INTRODUÇÃO

Esta tese objetiva estudar diversos aspectos do Direito Internacional Público em matéria de recursos hídricos de água doce. Pretende-se levar em consideração a forma, o conteúdo e os possíveis efeitos dos enunciados normativos, de âmbito multilateral, identificados cronologicamente e inseridos nos seus respectivos contextos políticos.

Geração de energia, abastecimento, pesca, navegação, lazer, agricultura e indústria, são múltiplos os usos que os seres humanos fazem da água doce. A água é o motivo pelo qual são travadas relações comerciais, são feitos acordos para navegação e construção de barragens, e são conduzidas conferências diplomáticas e provocados conflitos armados, ainda discretamente evocados pela literatura especializada e pela mídia em geral. Pode-se afirmar que são intrincadas e já dissimuladas as relações que se concretizam com o objetivo de utilizar e controlar as fontes de água doce. Antes disso, e geralmente além da consciência humana, a água doce serve para a manutenção de todo e qualquer tipo de vida na Terra. A percepção ainda incipiente desta característica elementar da natureza fez com que surgisse, nos últimos quarenta anos, uma nova motivação para agentes sociais no campo das relações em torno da água: as preocupações de raiz ecológica e conservacionista.

Os diversos interesses em jogo – conservar os ecossistemas, garantir água para abastecimento, gerar energia ou utilizar um rio para despejo de efluentes industriais – representam exigências cada vez mais acirradas, como parte da evolução de um capitalismo liberal insaciável, que desconhece fronteiras. O cenário da globalização tornou mais evidente a disputa pelos recursos naturais em geral – e pela água em particular –. Simultaneamente, crescem os movimentos contra-hegemônicos pela manutenção das virtudes da água e de diversas formas de vida fora do mercado.

Esta intrincada realidade pode e deve ser objeto de diferentes análises: política, econômica, jurídica, estratégico-militar, sociológica e de outros ramos da ciência. Pretende-se neste trabalho fazer uma análise dos aspectos jurídicos das relações travadas pelos Estados, dentro de um contexto das relações internacionais que muito mudou nas últimas décadas. Procura-se identificar as regras vigentes em matéria de recursos hídricos transfronteiriços, para verificar os seus possíveis efeitos na resolução de conflitos entre os Estados pelo controle e utilização da água doce e no estabelecimento de parâmetros para solução da crise ambiental e das dificuldades enfrentadas pelos seres humanos no acesso à água. Questiona-se o que foi produzido no âmbito do Direito Internacional Público para disciplinar as questões

relacionadas à água.

Esta introdução apresenta alguns exemplos de cooperação e conflitos entre Estados no tocante a águas superficiais e subterrâneas, que servem para contextualizar a pesquisa. Exemplos específicos sobre a situação brasileira também são úteis para ilustrar a complexidade das relações que envolvem o uso e a conservação da água doce: um país com grande disponibilidade hídrica, com boas relações com seus vizinhos e que se mantém num patamar medieval de injustiça e desigualdade no acesso à água e saneamento para parte significativa de sua população urbana e rural. Por fim, explicita-se o cenário político e jurídico no qual se inserem as regras de Direito e apresenta-se o plano de exposição do trabalho de tese.

Os contextos de cooperação e conflitos

São numerosos os fatos que servem para exemplificar a complexidade das relações entre Estados que envolvem usos de recursos hídricos de água doce. Inicialmente, deve-se citar que há no mundo aproximadamente 260 bacias hidrográficas internacionais, ou seja, que ocorrem no território de dois ou mais Estados. Elas representam 60% da água doce de superfície da Terra. Os maiores rios do mundo passam pelo território de dois ou mais Estados ou formam a fronteira entre Estados, são chamados de transfronteiriços, como o Amazonas, o Nilo, o Níger, o Danúbio, o Congo, o Tigre e o Eufrates, o Ganghes e o Mekong. Só na América Latina, há mais de 70 bacias hidrográficas compartilhadas por dois ou mais Estados.

Assim como há bacias hidrográficas que ocorrem no território de dois ou mais Estados, também há formações geológicas contendo água subterrânea que se espalham pelos subsolos dos Estados. Há no mundo 274 aquíferos transfronteiriços - o aquífero Guarani, por exemplo, constitui um sistema de aquíferos interligados que se espalham nos subsolos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Os aquíferos contém 99% de toda a água doce acessível e fazem parte do complexo ciclo hidrológico na Terra, com funções ecológicas importantíssimas[1]. No entanto, por

[1] Como se verá no capítulo 3 deste trabalho, os estudos da hidrologia e da geologia evoluíram muito a partir dos anos 1960. Hoje em dia não se pode mais abordar o tema dos aquíferos e das águas neles contidas com uma "visão de poço", é necessário compreender o complexo fluxo sistêmico das águas subterrâneas, como parte do todo que é o ciclo hidrológico que permite a vida na Terra. Os aquíferos confinados, que contém água chamada de "fóssil" armazenadas há milênios, representam uma parte ínfima dos aquíferos. Por isso pode-se afirmar que

estarem no subsolo e, portanto, "fora da vista", há uma distância muito grande entre o conhecimento científico produzido e as decisões políticas sobre o gerenciamento das águas subterrâneas[2] (UNESCO; IHP, 2009, p. 16-17). O ritmo atual de exploração dos aquíferos evidencia a seriedade e urgência dos problemas relacionados aos usos e abusos da água doce. Nas últimas cinco décadas a retirada de água subterrânea aumentou exponencialmente, para usos industriais, domésticos e principalmente para agricultura irrigada[3]. A partir do momento em que as águas superficiais estão tomadas, contaminadas ou escassas, a prática dos Estados tem sido a do "assalto ao banco", ou seja, de mineração de águas subterrâneas, como tem feito a Líbia[4], os EUA e o Brasil[5].

O Brasil tem histórias de cooperação bem sucedidas com seus vizinhos no que tange a bacias hidrográficas transfronteiriças. O Tratado de Cooperação Amazônica, firmado em 1978, foi de iniciativa do Itamaraty. O objetivo primordial era de assegurar a soberania dos Estados sobre a área da bacia do Amazonas, constituindo o chamado "Clube Amazônico". Havia no Brasil uma preocupação com a integração do território amazônico ao resto do país,

---

a maior parte dos aquíferos contem águas subterrâneas renováveis, mas isso depende de vários fatores como o tamanho e profundidade do aquífero e as condições climáticas, e o período de renovação pode variar de dias e semanas a anos ou milhares de anos (UNESCO/IHP, 2009, p. 16-17).

[2] Como explica o Programa Hidrológico da UNESCO (2009, p.16): "*The difficulty in the application of sound science to the sound management of aquifers is in the fact that they are found below ground and are thus a phenomenon that suffers from being 'out of sight' and thus 'out of mind' of the policy makers. Hydrogeologists have made tremendous strides in helping to visualise the hidden resources in aquifers through maps and three dimensional models, using much of the available modern day technologies. Nevertheless there remains a knowledge gap linking science and sound policy*".

[3] A média global de retiradas é de 600 a 800 km^3 de água por ano (UNESCO-IHP, 2009, p. 16).

[4] No meio do deserto líbio, as videiras cobertas de folhas verdes estão carregadas de cachos de uva; amendoeiras florescem em perfeitas fileiras e pomares de pereiras estendem-se indefinidamente. Isso tudo graças ao projeto "O Grande Rio feito pelo homem" (*Great Man-made River*), o maior projeto de irrigação do mundo, pelo qual água subterrânea é extraída do sul da Líbia e transportada para os centros populosos do norte, por meio de uma rede de dutos que percorrem mais de 3500 km de dutos, no curso da trajetória os produtores agrícolas podem utilizar a água para os seus campos. Diariamente são bombeados 2,5 milhões de metros cúbicos do Aquífero de Arenito Núbio, um enorme aquífero que se estende por baixo da Líbia, Egito, Chade e Sudão, numa profundidade média de 600 metros sob a superfície do deserto (PIERCE, 2006, p. 81-85; TOPOL, 2010).

[5] O Aquífero Guarani foi descoberto no âmbito das pesquisas de universidades públicas na década de 1990 e desde então tem sido alvo de mais estudos, tanto por parte das universidades como por meio de um projeto financiado pelo Banco Mundial. Mas o conhecimento científico que se produziu sobre o aquífero, sobre as áreas de recargas e descarga, sobre os usos do solo adjacente e sobre as vulnerabilidades do aquífero não significaram necessariamente mais preservação e cuidados na exploração das águas do Guarani. A cidade de Ribeirão Preto, no Estado de São Paulo, capta no Aquífero Guarani 100% toda a água que consome, mas com tanta fartura o consumo é exagerado e o desperdício e furto de água (por meio de poços clandestinos e de fraudes em hidrômetros) são ainda incalculáveis (HENRIQUE, 2008, p. H8). Recentemente descobriu-se no norte do Brasil uma reserva de água subterrânea ainda maior, sob os Estados de Amazonas, Pará e Amapá, batizado provisoriamente com o nome de "Aquífero Alter do Chão". A reserva se estenderia por uma área de 437,5 mil km e teria uma espessura média de 545 metros, contando com um potencial de 86.400 km^3 de água (AQUÍFERO, 2010; PACHECO, 2010).

por uma questão estratégica de segurança[6], mas mesmo com este *leitmotiv*, o tratado tem obrigações originais com relação ao equilíbrio ecológico (como o art. 1º que define "a preservação do meio ambiente e a conservação e a utilização racional dos recursos naturais") e de cooperação na promoção da pesquisa científica, troca de informações e de corpo técnico. O tema foi retomado em 1998 com um Protocolo de emenda ao tratado, criando a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica, responsável por conduzir diversos projetos sobre gerenciamento da bacia (CAUBET, 2006, p. 159-164; PRATES, 2008, p. 60-65).

O caso da Bacia do Prata é um pouco diferente. A bacia do Prata é formada por vários rios que percorrem o território de Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai. Nos anos 60 havia interesse brasileiro de realizar obras para aproveitamento energético dos recursos hídricos no rio Paraná. Os Estados brasileiro e paraguaio entraram em acordo, mas a Argentina preocupava-se com os impactos que a obra da hidrelétrica de Itaipu poderiam causar e sugeriu a institucionalização do diálogo entre os países, por meio de reuniões de chanceleres.

A primeira dessas reuniões ocorreu em Buenos Aires em 27 de janeiro de 1967; na segunda, em Santa Cruz de La Sierra, em 1968, aprovou-se o estatuto do Comitê Intergovernamental Coordenador –CIC, com a competência para elaborar um acordo entre os Estados. O resultado foi o Tratado da Bacia do Prata, assinado na terceira reunião de chanceleres, em Brasília, em 1969, entrando em vigor em 14 de agosto de 1970. O Tratado não selaria todas as disputas. Na quarta reunião de chanceleres, que ocorreu em Assunção em 1971, produziu-se uma ata e 25 resoluções, das quais a última, de n. 25 acabou sendo objeto de divergência. A resolução n. 25 é considerada uma falha da diplomacia argentina, pois definia que em rios contíguos havia "soberania compartilhada" e em rios sucessivos não haveria soberania compartilhada e cada Estado poderia aproveitar os recursos hídricos como melhor lhes aprouvesse, desde que não causasse prejuízo a outros. Tratava-se de uma definição contrária aos interesses da Argentina que, estando a jusante do rio Paraná, preocupava-se com o projeto de Itaipu que seria realizado a montante - sujeito unicamente à aprovação de Brasil e Paraguai, de acordo com a resolução n. 25. A Argentina passou então para a defesa da consulta prévia à implementação de projetos em foros internacionais; o Brasil não querendo dar à Argentina um poder de veto sobre seus projetos, concordava unicamente

[6] Sobre o processo de internacionalização da Amazônia e a consolidação do "direito de ingerência" na região, ver: MARCHIONI, 2009. Sobre o histórico e o contexto da assinatura do Tratado de Cooperação Amazônica, ver: CAUBET, 2006, capítulo 5.

com a obrigação de não causar prejuízo para o Estado a jusante. A solução deu-se em 1972, quando um Acordo Tripartite entre Argentina, Brasil e Paraguai serviu de base para a elaboração da Resolução 2.995 (XXVII) da Assembleia Geral da ONU sobre cooperação entre os Estados no campo do meio ambiente (CAUBET, 2006, p. 124-130).

Tanto no caso da bacia do Prata como no caso da bacia Amazônica as preocupações ambientais não constituem o foco do direito internacional aplicável. Já no século XXI, as negociações para elaboração de um acordo sobre o aquífero Guarani não poderiam deixar de ter este componente. Desde que passou a ser objeto de atenção de diversos agentes sociais a partir de 1996, o aquífero Guarani adquiriu várias conotações: a de uma "super reserva", "objeto de cobiça de interesses estrangeiros" e fator de "integração regional". Inicialmente uma descoberta de universidades públicas, os debates sobre o aquífero logo passaram para a esfera internacional: como objeto de pesquisa de um projeto financiado pelo Fundo Global para o Meio Ambiente (*Global Environmental Fund – GEF*) e coordenado pela OEA; e como objeto de negociações no âmbito do Mercosul. O Tratado sobre o Aquífero Guarani firmado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em 2 de agosto de 2010 encerra uma discussão iniciada pelos quatro países desde 2004. Mas as questões relativas ao aproveitamento da água do aquífero e de sua conservação estão longe de resolvidas.

Por outro lado, já é lugar comum afirmar que a água será motivo de guerras no futuro[7]. Diz o ex-Secretário Geral das Nações Unidas que foram identificados "46 países, onde vivem 2,7 bilhões de pessoas, nos quais há alto risco de crises relacionadas à água provocarem conflitos violentos", nos próximos 25 anos (CHADE, 2008, p. H2). Há possibilidades de guerras por água no Oriente Médio, Ásia e África subsaariana, segundo uma pesquisa feita pela CIA, pelo Ministério de Defesa britânico e pela *PriceWaterhouseCoopers* (DUPAS, 2008, p. A2)[8]. No mesmo sentido, Benedito Braga, vice-presidente do Conselho Mundial da Água (2009, p. H4): "a história mostra que conflitos são raros. As supostas discussões das guerras pela água ainda não têm substrato técnico seguro. Podemos prever, porém, que, se não houver gestão eficiente dos recursos hídricos do planeta, teremos conflitos em um futuro próximo".

---

[7] O termo em latim *rivus*, que designava os rios e riachos, é a origem das palavras "rival" e "rivalidade", "pois naquela época eram consideradas rivais todas as pessoas que habitavam as margens opostas dos rios e lagos" (HENKES, 2008, p. 78).

[8] O mesmo autor cita documentos para possíveis intervenções norte-americanas na América do Sul: "estudo realizado por John Ackerman, do *Air Command and Staff College* da *US Air Force*, diz: 'Nós (EUA) deveremos passar progressivamente da guerra contra o terrorismo para o novo conceito de segurança sustentável'. E cita, como motivações para intervenções armadas, secas, crises da água e eventos meteorológicos extremos. O *Center for Naval Analysis*, em relatório recente, asseverou que 'a mudança climática é uma realidade e os EUA, bem como o Exército, precisam se preparar para as suas consequências'"(DUPAS, 2008, p. A2).

Na verdade, a água já é há algum tempo uma das razões para conflitos armados, seja entre Estados, seja no interior deles[9]. A disputa entre Índia e Paquistão por água é um dos motivos para a guerra na Cachemira. Na fronteira com Bangladesh, os indianos ergueram uma barreira para impedir o fluxo de pessoas em busca de água e alimentos (CHADE, 2008, p. H2). O conflito em Darfur, no Sudão, também tem como uma de suas raízes a disputa pelo acesso à água e outros recursos naturais. A guerrilha é acusada de envenenar poços para forçar a população muçulmana a abandonar a região e o acesso à água piorou muito nos últimos 80 anos: o volume de chuvas caiu 30% e o deserto avançou em 200 quilômetros (CHADE, 2008, p. H2).

Na União Européia, um relatório do comissário de Relações Exteriores, Javier Solana, alertou para o fato de que a falta de água nos países vizinhos vai acelerar a corrida de imigrantes ilegais para a Europa até 2050 e defendeu a tese de que o acesso a recursos naturais seja considerado questão de segurança estratégica (CHADE, 2008, p. H2).

No Oriente Médio, há tempos que as guerras se dão em razão da água doce. A guerra dos seis dias em 1967[10], por exemplo, foi parcialmente causada pela iniciativa da Jordânia de fazer um desvio de águas do Rio Jordão. Antes desta guerra, menos de 10% da bacia do rio Jordão estava dentro de suas fronteiras, depois, a bacia passou a ser completamente controlada por Israel[11] (PIERCE, 2006, p. 220). Israel extrai 65% da água da parte superior do Rio Jordão (por meio do *National Water Carrier*), deixando chegar um mínimo de água salobra

[9] Afirmar que existe ou não uma "guerra" pela água, tendo por objeto conquistar ou manter o controle sobre fontes de água doce, é uma questão de qualificação dos fatos. "Pode-se observar que a qualificação de situações como sendo de controvérsia, de conflito, de operações de represálias, de operações militares e, *a fortiori*, de operações de guerra, depende de avaliações subjetivas, culturais e emotivas. A esse contexto deve-se acrescentar os parâmetros dos conflitos armados a partir da Carta da ONU. Como a guerra está declarada 'fora-da-lei', contrária ao Direito Internacional Público, as situações de conflito são minimizadas. A palavra 'guerra' não é de uso normal nas relações diplomáticas nem sequer entre representantes de Estados cujas forças armadas estão efetivamente em operações militares. Há muita incoerência e diversas doses de hipocrisia nos muitos exercícios de qualificação das situações concretas" (CAUBET, 2006, p. 31).

[10] Fred Pierce (2006, p. 211) explica que antes da guerra dos seis dias em 1967 os israelenses já captavam água da Cisjordânia, então sob controle da Jordânia. Naquela época, havia uma abundância de água, mesmo para os palestinos, as águas dos aquíferos na Cisjordância tinham um fluxo em direção ao Mediterrâneo e eram as fontes de dois dos maiores rios israelenses, o Yarkon e o Taninim. Mesmo sem por os pés na Cisjodânia, israelenses começaram a perfurar poços perto da fronteira, na medida em que a população crescia. O que mudou a partir de 1967 é que o Estado de Israel passou a limitar o que os árabes poderiam captar em seus aquíferos, em nome da conservação. Pierce cita um oficial israelense: *"'By the early 1960's, we were taking about 300 million cubic meters from the Aquifer and the Arabs about 20 million. Between us we were fully utilizing the aquifer, plus a little more', says Ze'ev Golani, who later became an Israeli official on the West Bank. The water table in the western aquifer began to fall and the two Rivers died. The Yarkon's bed became an open sewer for the fast-growning communities of the Tel Aviv urban area. So, says Golani, 'when Israel took control on the West Bank after the Six Day War in 1967, we said there should be no additional pumping by anyone – certainly not for agriculture. And not much has changed since'. In that way, almost by accident, Israel came to take the lion's share of the western aquifer and, in the name of conservation, decreed that it should take the lion's share forevermore"*.

[11] Como declarou o próprio Ariel Sharon (comandante em 1967 e posteriormente primeiro-ministro de Israel) na sua autobiografia (PIERCE, 2006, p. 220; DISPUTA, 2008, p. H3).

até a Cisjordânia (CLARKE; KING, 2005, p. 79; THE ECONOMIST, 2010, p. 18). O Mar Morto, que é alimentado pelo rio Jordão, tem encolhido 1 metro por ano e nos últimos 40 anos já perdeu um terço de sua superfície, a previsão é de que ele desapareça até 2050. As Colinas de Golan formam a região onde nasce o rio Jordão e que até 1967 pertencia à Síria, tendo sido naquele ano ocupada por Israel. Além da bacia do rio Jordão, o Estado israelense controla os aquíferos presentes na Cisjordânia (o Aquífero da Montanha) e na Faixa de Gaza (DISPUTA, 2008, p. H3).

Em suma, Israel controla todos os recursos hídricos da região[12]. Para construir um poço, os palestinos necessitam de uma autorização do governo israelense, que não permite poços com profundidade maior do que 140 metros. Já os colonos israelenses têm direito de cavar poços de até 800 metros de profundidade, podendo usufruir de piscinas e jardins irrigados (BELT, 2010, p. 153). Enquanto cada palestino consome, em média, 60 litros de água por dia[13], um israelense consome 300 litros (LE MONDE, 2009, p. 26-27). Após a construção de um muro, supostamente para proteger as cidades israelenses de terroristas, a situação dos palestinos piorou. O muro fez uma divisão hidrológica dos poços da região, confinando os mais produtivos do lado israelense da barreira (PIERCE, 2006, p. 214-216).

O rio Eufrates também está secando, prejudicando os iraquianos que estão a jusante. Não é somente um problema de mau aproveitamento da água por parte do governo iraquiano: há pelo menos sete represas a montante, em território turco e sírio. “Como o rio não mostra sinais de recuperação, o rancor por causa da água ameaça transformar-se numa fonte de tensão nos próximos meses ou anos entre o Iraque e seus vizinhos” (ROBERTSON, 2009, A20).

A água doce ou as instalações para o seu aproveitamento também são frequentemente utilizadas como arma em conflito armado por meio de envenenamento de poços e ataques a represas de abastecimento ou de geração de energia:

> O emprego da água como instrumento de militar tem uma história longa e conhecida. Em 1503, Leonardo da Vinci e Maquiavel planejaram o desvio do rio Arno para longe de Pisa numa época em que Florença e Pisa eram Estados guerreiros. Desde então, diques foram rompidos na Guerra Civil americana, o aqueduto de Los Angeles recebeu bombardeios freqüentes e –

[12] Stanley Weiss (2009, p. A20), presidente da organização Executivos Corporativos pela Segurança Nacional” conta a história de que o presidente sírio Bashar Assad citou em entrevista os temas em disputa entre Síria e Israel: “’Israel hierarquiza suas prioridades na seguinte ordem: segurança, terra e água”, disse ele. “Mas a verdade é diferente. Eles consideram a água a questão mais importante’”.

[13] Em Gaza, o sistema de abastecimento de água está à beira do colapso. Um relatório da ONU afirma que há vários lugares em que os níveis de concentração de substâncias tóxicas são altos e há intrusão de água salina no aquífero de Gaza. A população sofre com os problemas de saúde e as crianças têm problemas respiratórios, intestinais e até a “síndrome do bebê azul”, ficam com a pele com um tom de azul por causa da exposição ao nitrato (RINAT, 2009).

> numa tentativa de repelir os japoneses, mas de fato matando quase 1 milhão de pessoas na China – romperam-se diques para controle de enchentes no rio Amarelo. As tropas do exército alemão e as aliadas bombardearam represas, inundaram pântanos e criaram lagos, durante a Segunda Guerra Mundial, para chegar à vitória militar (CLARKE; KING, 2005, p. 75).

O fim da segunda guerra mundial não humanizou os conflitos[14]. A prática de jogar cadáveres em poços para contaminar a água, por exemplo, foi empregada em Angola, no Kosovo e no Timor Leste no ano de 1999. Ataques a represas aconteceram em 2001 na Colômbia (represa de Chingaza); em 1998 na República Democrática do Congo (represa de Inga); em 1988 na Angola (represa de Calueque), na Croácia em 1993 (a represa de Peruca foi atacada por sérvios); e, em 2001, norte-americanos destruíram uma hidrelétrica perto de Kandahar. Nos conflitos no Oriente - Médio (Irã e Iraque, Israel e Líbano, Iraque e Kuwait, Israel e palestinos) também são comuns os ataques a fontes de abastecimento de água (CLARKE; KING, 2005, p. 80-81).

Nem sempre os conflitos são armados e explícitos. As relações entre Estados Unidos, Canadá e México no tocante aos recursos hídricos de água doce são peculiares. Enquanto o Canadá teme que o Acordo NAFTA o obrigue a exportar água doce para os EUA (embora já exporte muita energia elétrica e petróleo), o México é subjugado pelo vizinho poderoso. O rio Colorado que nasce nos EUA e tem sua foz no México é um exemplo de como o país de montante impõe a sua superioridade geográfica. O Colorado é a principal fonte de água de superfície para o meio-oeste norte-americano, intensivamente explorado para irrigação e para manutenção dos altos padrões de consumo na Califórnia. Em 1945, um acordo foi feito para garantir que chegariam ao México 1,8 km^3 de água por ano, mas nada se falou sobre a qualidade de água. Em 1962, o México protestou porque as águas do Colorado que atingiam o seu território eram salobras, em 1973 os Estados Unidos passaram a garantir também a qualidade da água, construindo e operando a usina de dessalinização de Yuma (CLARKE; KING, 2005, p. 78).

Muito também poderia ser dito sobre a relação da China com os vizinhos com os quais compartilha bacias hidrográficas, da Índia com Bangladesh, do Egito com os países a montante do Nilo e da forma como os países da Europa resolveram coordenar suas ações a respeito do rio Reno e do Danúbio.

---

[14] Embora o Direito Internacional tenha se desenvolvido muito a partir de 1945: as Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário e mesmo a Convenção de Nova York sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação (1997) têm dispositivos a respeito da interdição de ataques contra reservas de água potável, obras de irrigação, diques, barragens ou instalações hidráulicas (CAUBET, 2006. p. 40-41).

Ainda que um Estado não compartilhe rios ou aquíferos com nenhum outro Estado, pode-se vislumbrar diversos conflitos relativos ao controle e aos usos da água. No leste da Austrália, a bacia Murray-Darling registrou nos últimos anos o menor volume de água desde que começou-se a fazer medições, em 1892, em razão da seca, das mudanças climáticas e da captação de água para irrigação agrícola. Do outro lado da Austrália, siderúrgicas chinesas exploram vastas reservas de minério de ferro, utilizando águas subterrâneas (MILLIKEN, 2008, p. 110).

Contexto brasileiro

Apesar da grande disponibilidade hídrica ou, em outras palavras, da abundância de água superficial e subterrânea no Brasil, o contexto brasileiro também é repleto de conflitos. Conflitos entre os representantes dos setores econômicos usuários da água, cada um querendo a prioridade para os seus interesses, conflitos entre comunidades e governo, conflitos entre os diversos usos e as necessidades de preservação e conservação dos recursos hídricos, entre governo federal e Estados pelo controle das águas subterrâneas... há vários desafios para a gestão dos recursos hídricos no Brasil.

A gestão da bacia do rio São Francisco evidencia uma situação conflituosa a respeito dos usos da água em um local em que a disponibilidade é restrita. A transposição do rio São Francisco foi imposta pelo Governo Federal (por meio de decisões juridicamente contestadas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e da Agência Nacional de Águas – ANA) e vem sendo levada a cabo, contra a decisão do Comitê de Bacia do São Francisco e contra a vontade de boa parte da sociedade brasileira. No entanto, a transposição, defendida como a única solução para os problemas do Nordeste Setentrional, estão ampliando e agravando os problemas ambientais (como a extinção de espécies de fauna e flora, a proliferação de doenças, a salinização da foz do São Francisco) sem resolver as causas que supostamente lhe deram origem[15] – evidenciando que a gestão dos recursos hídricos no Brasil está muito longe de pautar-se pelos princípios que a lei impõe. O caso do São Francisco

[15] Enquanto a obra faraônica da transposição segue a todo vapor, 38 obras de combate a seca no Nordeste estão inacabadas ou abandonadas por falta de verba ou planejamento. Se essas obras tivessem saído do papel, sobraria água no sertão, pois “os reservatórios do semi-árido acumulam 26 bilhões de metros cúbicos, mas, por falta de distribuição, a água não chega a quem deveria” (TOMAZELA, 2008, p. H7).

mostra que “a participação pública, assim como a descentralização da gestão hídrica no Brasil, em muitas situações não passam de jargões e têm como escopo legitimar as decisões tomadas por poucos, pulverizar a responsabilidade, além de inibir a explosividade social, ou seja, fragilizar as tentativas de demonstração da inaceitabilidade social do risco” (HENKES, 2008, p. 396-399).

Os problemas relacionados à gestão da água doce também são visíveis quando se trata de verificar as desigualdades no acesso à água de qualidade. Não se repetirá a estatística da Organização das Nações Unidas sobre o percentual de pessoas que vivem sem saneamento, pois a abstração dos 1 bilhão e tantos milhões[16] não serve para tornar os problemas mais compreensíveis. Ao invés disso, serão citados pequenos e pontuais exemplos do contexto brasileiro.

Para que o país atinja as Metas do Milênio da Organização das Nações Unidas[17] em relação à água, ou seja, a redução pela metade o número de brasileiros sem acesso à água potável e saneamento até 2015, o Ministério das Cidades estima que seria necessário um investimento de 180 bilhões de reais (BRAGA, 2009). Entre 1995 e 2002, o governo de Fernando Henrique Cardoso investiu R$ 3,3 bilhões em saneamento; o governo Lula investiu R$ 14,6 bilhões entre 2003 e 2010 (SANEAMENTO, 2010). Em 2007, foi editada a Lei n. 11.445 conhecida como um novo marco regulatório para o saneamento, no entanto, até 2010 não havia sido regulamentada. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo Lula previa que fossem investidos R$ 10 bilhões por ano em saneamento básico entre 2007 e 2010, desde que os Municípios dispusessem de planos aprovados pelas respectivas Câmaras Municiais, “exigência que umas poucas centenas de municípios, entre os mais de 5,5 mil do País, tinham condições de cumprir”. O prazo para aprovação dos planos termina em 31 de dezembro de 2010[18] (SANEAMENTO, 2010, p. A3). Até junho de 2010, somente 12% das obras de saneamento previstas no PAC haviam sido concluídas (KUNTZ, 2010, p. B9).

---

[16] Para saber das estatísticas globais, ver NINNI, 2010, p. H4.

[17] Em relação à fome, a meta da ONU é inalcançável, pois o número de pessoas que passam fome continua crescendo, só em 2009 mais 40 milhões de pessoas passaram a integrar a estatística. A linha de pobreza (renda de menos de 1,25 dólares por dia) continua a incluir mais gente, chegando a 41,7% da população global ou o equivalente a 2,7 bilhões de pessoas. A meta do milênio pretendia baixar este percentual para 20,9%. Além de aumentar o número de pessoas que passam fome, a concentração de renda também aumentou: 1% da população tem 40% da riqueza total, 65% deste 1% está no Japão e nos EUA, 0,6% está no Brasil (NOVAES, 2009, p. A2). O número de famintos deve ter alcançado 1 bilhão em 2009, e uma das opções que a ONU estuda é de adiar a meta para 2025. Apenas 1% do dinheiro dado aos bancos com a crise financeira iniciada na segunda metade de 2008 poderia resolver o problema da fome no mundo(CHADE, 2009, p. B19).

[18] A maior cidade do país anunciou em setembro de 2010 que vai ter pela primeira vez um plano municipal de saneamento. O Município de São Paulo apresenta como meta levar água e esgoto para 100% dos imóveis até 2024, hoje 95,5% dos domicílios têm água e 88,7%, esgoto. No entanto, temas importantes como drenagem

Segundo a última pesquisa nacional realizada pelo IBGE, o percentual de domicílios brasileiros atendidos pela rede geral de abastecimento de água aumentou de 83,9% para 84,4% entre 2008 e 2009 (SARAIVA, 2010). Em relação à rede de esgoto, no entanto, houve recuo de 59,3% para 59,1%, pois o total de domicílios do País aumentou mais que o sistema coletor. Isso significa que 40,1% dos domicílios brasileiros não contam com nenhum tipo de coleta de esgoto e lançam seus dejetos em rios, lagoas e no mar[19]. Os piores indicadores estão nas regiões Norte e Nordeste.

> A lentidão com que o indicador saneamento básico tem evoluído chama a atenção dos pesquisadores do IBGE. Em 2001, na série harmonizada (ou seja, que não inclui a zona rural da Região Norte, que só começou a ser pesquisada a partir de 2004 e foi excluída dessa sequência, para permitir uma comparação correta), 54,6% dos domicílios tinham ligação com rede de esgoto ou fossa séptica ligada a ela. O número passou a 56% em 2002; 56,6% em 2003; 57,2% em 2004; 57,4% em 2005; 58,1% em 2006; 59,8% em 2007; e 60% em 2008 e 2009. Foram necessários nove anos para que, em termos proporcionais, a ligação de domicílios à rede avançasse 5,4 pontos, em uma média de 0,6 ponto por ano (TOSTA, 2010, p. H5).

Segundo o diretor de Energia, Água e Transporte do Banco Mundial[20], Jamal Saghir, a recente crise financeira pode retardar em pelo menos uma década a ampliação do abastecimento de água no mundo, pois faltarão investimentos e "cada vez mais gente se verá sem condições de pagar as contas de água". Com a redução das verbas, pode ser retomado um círculo vicioso de serviços ruins, alta inadimplência e poucos investimentos (CRISE, 2009).

No Estado do Rio de Janeiro, se não houver investimentos de aproximadamente R$ 1,4 bilhões em obras para coleta e tratamento de esgoto, até 2015 a cidade começará a sofrer com desabastecimento. Não porque falte água no Estado, mas porque é de péssima qualidade. O resultado é que o Estado vem desviando água do Paraíba do Sul, de onde o Estado de São Paulo também pretende buscar água limpa. Segundo Paulo Canedo, Professor da

---

urbana (e estratégia para contenção de enchentes), manejo de lixo e controle de zoonoses não estão sendo contemplados pelo plano (REINA, 2010, p. C5).

[19] A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2009 realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que na área de saneamento o Brasil progride muito lentamente ou até regride, mas quando se trata do consumo de bens duráveis, o avanço é notável. "Manteve-se a tendência de crescimento do consumo de bens duráveis, com destaque para máquinas de lavar roupa, microcomputadores, celulares e aparelhos de DVD, que já estão em 72% dos domicílios (DANTAS, 2010, p. H1). Cite-se: "As deficiências e carências do saneamento, como serviço público essencial, refletem o quadro dramático da distribuição de renda no País. Mas, ao contrário dos bens de consumo privado, não se podem estabelecer 'ilhas de proteção' às classes mais privilegiadas, até porque a disponibilidade do serviço não garante necessariamente sua qualidade do ponto de vista da saúde pública. Assim, o 'cordão sanitário' tem seus limites no ambiente urbano, em virtude da veiculação de doenças, da degradação ambiental e da possível contaminação e/ou exaustão dos recursos hídricos" (BARAT, 2010, p. B2).

[20] "O Banco Mundial é o maior financiador oficial de investimentos em água nos países em desenvolvimento. Os compromissos de empréstimo na última década somaram por volta de U$ 55 bilhões, com a China e a Índia no topo da lista de mutuário, seguidas pelo Brasil e pela Indonésia", segundo Vinod Thomas e Ronald Parker, diretor-geral e consultor no grupo independente de avaliação do Banco Mundial (2010, p. A2).

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, ambos os Estados estão errados: "se o Rio tratasse o seu esgoto, precisaria desviar menos água. Se São Paulo não tivesse esculhambado todos os seus rios, não precisaria do Paraíba do Sul" (THOMÉ, 2010, p. H4).

Por causa da falta de saneamento básico várias doenças são causadas como hepatite A, diarréia, febre tifóide, cólera, giárdia e salmonela, isso representa 65% das internações no Sistema Único de Saúde - SUS. Só a diarréia causada por saneamento inadequado mata 7 crianças por dia no Brasil, com idade entre 1 e 5 anos, segundo a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA (A AMEAÇA, 2009, p. H11).

Enquanto isso, o negócio da água engarrafada prospera. A Nestlé é líder mundial de água engarrafa, dona de mais de 70 marcas e de 19% do mercado, seu faturamento em 2008 foi de R$ 16 bilhões. A Danone é a segunda maior empresa, detém 11% do mercado e faturou R$ 7 bilhões em 2008 (LOBO, 2010, p. H12). O Brasil é o quarto maior produtor de água engarrafada no mundo e um dos maiores consumidores, atrás somente dos Estados Unidos, México e China (FRASÃO, 2009, p. H4)[21].

Os contextos político e jurídico

Guerras pela água, escassez, direito à água, essas são expressões que muito recentemente passaram a fazer parte do vocabulário cotidiano sem que se dê conta das implicações das ideias que enfeixam. Não faltam relatórios do Banco Mundial, da UNESCO, da FAO, do PNUMA[22] e do PNUD para enfatizar a situação de escassez de alguns países e de excesso de disponibilidade de água de outros, para condenar a falta de tratamento de esgoto nos países pobres e o desperdício provocado pela falta de atribuição de um valor econômico ao "recurso" água doce. A escassez geral e abstrata serve como ideia matriz de um novo modelo global de gestão de água a ser adotado por todos os países em todas as situações. A numerologia ligada à quantificação planetária das reservas hídricas[23] produz efeitos

[21] Já existe até água mineral com grife, uma garrafa da marca norte americana *bling* cravejada de cristais custa R$4.500,00 (LOBO, 2010, p. H12).

[22] O mais recente documento produzido pelo PNUMA, o relatório *Global Environment Outlook*: *environment for development* (GEO-4) é explícito em relação aos desafios de gestão de recursos hídricos, desafios estes que envolvem a aceitação do mercado como regulador do processo de desenvolvimento x equilíbrio ambiental.

[23] Como por exemplo as incansáveis explicações de que dos 1,386 bilhão de quilômetros cúbicos de água (que cobrem três quartos da superfície terrestre e integram a atmosfera), 97,5% estão nos oceanos (ou seja, são água salgada), sendo somente 2,5% do total de água da Terra, água doce, aprisionada na sua maior parte em calotas polares e geleiras (68.9% do total de água doce) e no subsolo (29,9% do total de água doce); apenas 0,3% de

pedagógicos importantes, mas por operar com abstrações, dilui as diferenças entre as situações e oculta as verdadeiras origens históricas do problema. Assim,

> a escassez, posta de maneira genérica e abstrata como risco global e iminente, induz à aceitação de um elenco de propostas gerais visando tornar eficiente a gestão da água, bem como racionalizar o seu uso. De maneira mais ou menos sutil, introduz-se, como conseqüência lógica, a justificação da mercantilização da água, na medida em que a escassez lhe agrega, necessariamente, valor econômico (SIQUEIRA, 2005, p. 37-40).

Construiu-se, portanto, o problema social da escassez de água. Apesar de ser aparentemente evidente e natural, a ideia de "escassez hídrica" impõe uma representação do mundo e do meio ambiente segundo a qual há um limite absoluto na natureza (menos de 1% dos recursos hídricos existentes são de água doce, por exemplo), excluindo uma reflexão sobre as causas da suposta escassez ou sobre as opções políticas e econômicas de apropriação, de utilização dos recursos hídricos e de hierarquização desses usos, naturalizando, desta forma, o modelo atual de consumo.

Nas últimas décadas do século XX, marcadas pela "abertura" de economias e "retirada do Estado" de diversos setores, abriram-se possibilidades enormes para que o livre mercado passasse a estender sua mão sobre espaços antes impensáveis: até a água doce passou a ser objeto de apropriação, por diversas formas[24]. Com a globalização o acesso às fontes e a distribuição dos recursos naturais deixou de ser tema político e sujeito a controle democrático, para tornar-se uma questão de "boa governança" e competência gerencial[25]. No âmbito da

---

toda água doce se encontra em rios e lagos e 0,9% está em outros reservatórios. Embora se diga que a quantidade de água no planeta não aumentou, nem diminuiu, costuma-se afirmar que a "água está concentrada nos lugares errados" e muito pouco se diz sobre os impactos que as atividades humanas têm no ciclo hidrológico (BRZEZINSKI, 2009, p. 28-29).

[24] David Harvey (2008, p. 172-173) explica que a privatização e a mercadificação de tudo são características essenciais dessa nova fase do capitalismo, que chama de neoliberalismo: "A corporitização, a mercadificação e a privatização de ativos até então públicos têm sido uma marca registrada do projeto neoliberal. Seu objetivo primordial tem sido abrir à acumulação do capital novos campos até então considerados fora do alcance do cálculo de lucratividade. Todo tipo de utilidade pública (água, telecomunicações, transporte), de benefícios sociais (habitação social, educação, assistência à saúde, pensões), de instituições públicas (universidades, laboratórios de pesquisa, presídios) e mesmo operações de guerra (como ilustra o 'exército' de contratantes privados que operam ao lado das forças armadas no Iraque) foi privatizado em alguma medida por todo o mundo capitalista e para além dele".

[25] A inserção da iniciativa privada em setores tradicionalmente exclusivos dos serviços públicos é algo propagado como essencial e livre de interesses econômicos e políticos. Trata-se de uma necessidade, em razão da suposta competência e eficiência do capital privado, livre de qualquer ideologia. Observe-se as palavras do Presidente da Foz do Brasil, empresa do grupo Odebrecht, Fernando Santos-Reis (2010, p. N2): "Já se foi o tempo em que o confronto de ideologias sobre a participação do capital privado no desenvolvimento da infraestrutura se sobrepunha à própria necessidade de desenvolvê-la. No Brasil, já passamos pelo processo das concessões federais nas áreas de telecomunicações, transporte e energia. Um só poder concedente, o Federal, atraiu o capital privado para o progresso dessas infraestruturas, o que promoveu desenvolvimento, aumento e diversificação de serviços e redução das tarifas à população. Milhares de prefeitos e câmaras municipais têm a oportunidade de lançar mão de vários mecanismos para a universalização do saneamento, dentro de suas particularidades hídricas e de seus estágios de desenvolvimento. Do acesso ao orçamento público destinado ao PAC a uma grande variedade de modalidades contratuais - como concessões plenas e parciais, PPPs, sub-

Organização Mundial do Comércio, a rodada Doha de negociações pressiona pela mercantilização da água doce e pela liberalização dos serviços ambientais, inclusive o serviço de fornecimento de água. Com o mesmo propósito, a partir dos anos 90 foram criados organismos internacionais como o Conselho Mundial da Água (*World Water Council* - WWC), o Fórum Mundial da Água, Parceria Global da Água (*Global Water Partnership* – GWP) e ainda a Comissão Mundial para a Água no Século XXI (*World Comission for Water* – WCW).

As soluções propugnadas para os problemas relacionados à água doce são quase sempre pró-mercado. Há vários documentos e relatórios que ressaltam a atribuição de um valor econômico à água e a privatização dos serviços de saneamento como a panacéia. Conforme explica o chairman da Nestlé:

> E mais pode ser feito em nível internacional. Algumas colheitas são mais bem cultivadas em países ricos em água, outras crescem melhor com relativamente pouca água. Se a água tivesse um preço e se produtos agrícolas pudessem ser negociados livremente e sem subsídios por meio das fronteiras, isso resultaria em uma alocação da produção eficiente em termos da água (BRABECK-LETMATHE, 2008, p. 150).

"*You cannot manage what you cannot measure"*, é a ordem do dia. A solução de colocar um preço na água (*water pricing*), adotando *property rights*, negociáveis em um *water market* é comumente apontada como a melhor forma de equilibrar a demanda e a oferta de água. Num mercado livre, os donos de água poderiam vendê-la para compradores dispostos a utilizar a água em usos de mais alto valor agregado, basta que existam instituições fortes e apropriada regulação (THE ECONOMIST, 2010, p. 16)[26].

A mercantilização da água evoca diretamente a questão da água virtual. A noção de água virtual foi criada nos anos 1990 como uma tentativa de definição do volume de água consumido como insumo para produção de um determinado bem ou serviço. Pretendia-se, com este conceito, propor a importação de produtos que demandam muita água para serem produzidos como uma alternativa à importação de água real ou como alívio para a pressão

---

concessões, locações de ativo e outras alternativas com marcos regulatórios definidos e testados -, há vários caminhos aos quais a iniciativa privada e o poder público podem se associar para realizar esses volumosos investimentos. Algo que, isoladamente, nenhum dos dois poderá desenvolver [...] Nos anos 70, o Plano Nacional de Saneamento agrupou municípios e criou empresas estaduais de saneamento. Símbolos desse período, Sabesp, no Estado de São Paulo, e COPASA, em Minas Gerais, hoje são empresas de capital aberto e contam com gestão transparente, governança corporativa e eficiência operacional. São fatores que atraem o capital privado que, por sua vez, exige e cobra resultados - exemplificando mais uma das formas de complementaridade entre os setores público e privado".

[26] Esta não é, definitivamente, a solução adotada por Israel, como o próprio hebdomadário explica: *"Israel, hyper-conservation-conscious in water matters, still allocates water centrally among different sectors, and controls use within sector by permits and pricing. Rights provide quotas, but Israeli farmers do not want to see them traded and the water table drops"* (THE ECONOMIST, 2010, p. 16).

sobre as reservas próprias, em se tratando de países com escassez hídrica. Com base nisso tornou-se possível afirmar que a Jordânia resolveu muitos dos seus problemas geopolíticos com Israel quando passou a importar entre 5 a 7 bilhões de metros cúbicos de água virtual anualmente. O comércio da água embutida passou a ser uma prática ecológica:

> Quanto à exportação de água, é preciso lembrar que sua forma mais eficaz ocorrerá de maneira crescente por via indireta, por meio de alimentos e produtos industrializados que a utilizem em seu processo produtivo. São necessários 1.650 litros de água para produzir 1 kg de soja, 1.900 para 1 kg de arroz, 3.500 para 1 kg de aves e 15 mil para 1 kg de carne bovina. O mesmo ocorre com produtos industrializados. São 10 litros de água para 1 de gasolina, 95 para 1 kg de aço, 324 para 1 kg de papel e 600 litros para 1 kg de cana-de-açúcar voltada para a produção de etanol. Como se vê, a importação de grãos e matérias-primas é a maneira mais eficiente para os países com déficit hídrico importarem água em larga escala daqueles que a têm. A América do Sul, obviamente, ainda não tem condição de "precificar" a escassez futura de água no mundo, mas precisa zelar vigorosamente pela qualidade de seus estoques e considerar estrategicamente quanto quer comprometer de suas reservas num quadro global de escassez que poderá elevar consideravelmente o preço futuro desses produtos. No caso dos industrializados, a água agrega ainda mais valor em função do maior preço. Se esses fatores não forem adequadamente incluídos nos preços, a divisão internacional do trabalho e da produção poderá impor mais uma vez restrições futuras importantes aos países sul-americanos (DUPAS, 2008, p. A2).

Além das soluções pró-comércio, há quem defenda a proclamação de mais um direito, entre tantos outros presentes nas declarações, tratados, constituições e códigos, portanto, no direito interno e no direito internacional. Há sessenta anos atrás, quando foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ninguém pensaria que a água doce seria alvo de controvérsia (BARLOW, 2010).

Mas de lá para cá, a população da terra mais que dobrou, era de 2,5 bilhões e a estimativa é de que seja 9 bilhões em 2050, graças em parte à “revolução verde” que com fertilizantes e muita água possibilitou o aumento da população. Mas não foi só o aumento do número de bocas para alimentar que fez com que a demanda por água para irrigação aumentasse, também a sofisticação dos gostos e a disseminação do consumo de produtos, como a carne bovina, que demandam muita água para ser produzidos. A indústria também precisa de água, a sua demanda corresponde a aproximadamente 22% do consumo total no mundo; na indústria, a água é utilizada principalmente para resfriamento de motores, para extração de petróleo e etanol e para geração de eletricidade (THE ECONOMIST, 2010, p. 3-4).

Neste contexto em que a água doce se tornou objeto de disputa e que a humanidade perdeu o usufruto imediato do que é mais essencial para a vida, nada mais coerente do que a

proclamação de um direito humano à água. Até 2010, afirmava-se um "reconhecimento implícito" do direito à água no Direito Internacional, por meio de disposições contidas na Declaração Universal de Direitos Humanos e nos Pactos de 1966, de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais. Já o reconhecimento explícito encontrava-se em resoluções (como a de n. 24/2005, do Conselho Econômico e Social da ONU); declarações proferidas em conferências internacionais (como a de Dublin e a do Rio, ambas de 1992); e na Observação geral n. 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Conselho Econômico e Social da ONU. Em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 64/292, com votos favoráveis de 122 países e 41 abstenções. Abstiveram-se os Estados Unidos, alguns Estados europeus e desenvolvidos como Austrália, Áustria, Canadá, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Luxemburgo, Israel, Japão e Suécia.

Ainda, neste contexto político e jurídico, a soberania estatal é mencionada de forma recorrente, mas nem sempre com as mesmas conotações. Quando da votação na Assembleia Geral da ONU sobre a adoção de uma resolução declarando o direito humano à água, em julho de 2010, a questão da soberania veio à tona. O representante da Etiópia alegou que, embora reconheça que o acesso à água é um "direito natural", o texto deveria conter também o princípio segundo o qual os Estados têm direito soberano sobre seus recursos naturais[27]. A resolução da Assembleia Geral da ONU sobre os aquíferos transfronteiriços – aprovada em janeiro de 2009 – incorpora a soberania estatal como um princípio fundamental do Direito dos Aquíferos Transfronteiriços. O mesmo fizeram Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ao firmar um tratado sobre o aquífero Guarani. A soberania estatal é um dos argumentos utilizados para que os Estados não sofram intervenções e possam exercer poder sobre seus recursos naturais. Como explica o Prof. Antonio Celso Alves Pereira (2002), ao constatar que Nestlé e a Coca-Cola estão comprando fontes de água em diferentes pontos do mundo, inclusive no Brasil:

> O Brasil precisa traçar, desde já, um roteiro político e objetivo que nos permita, quando for o caso, implementar de imediato ações seguras nessa matéria. Em nosso território estão as duas maiores bacias hidrográficas do mundo: a do Amazonas e a do Prata. Na Amazônia brasileira está o maior volume de água doce disponível no mundo. Este é mais um fator a atiçar a conhecida cobiça internacional sobre a região. É bastante provável que enfrentaremos, nos próximos anos, sérias dificuldades para preservá-la sob a

[27] No original: *"The representative of Ethiopia said he had abstained although access to clean water was a natural right. States had the sovereign right to their own natural resources, according to the United Nations Charter, and that principle should have been included in the text, he noted"*, conforme as informações do Departamento de Informações da Assembleia Geral da ONU, disponível na internet (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010). Os representantes da Guiné Equatorial e do Peru também fizeram menção à soberania.

> nossa soberania. Pelas razões expostas, não há dúvida de que a escassez de água potável será mais um complicador no rol dos conflitos que exacerbam a instabilidade internacional nesses tempos iniciais do século XXI.

No entanto, a soberania estatal é também é identificada como um obstáculo para que os Estados adotem uma verdadeira cooperação na gestão de recursos hídricos transfronteiriços, para que respeitem normas de direitos humanos ou como impedimento para que se alcance um determinado acordo. A soberania - ora como qualificação do poder que um Estado deve exercer sobre seus recursos naturais, ora como bode expiatório para a inoperância do Direito Internacional – é um dado essencial para o estudo dos problemas da água doce no âmbito das relações internacionais.

A despeito de se tratar de uma substância essencial para a vida, em toda e qualquer forma, as ideias brevemente mencionadas – escassez, acesso, direito humano à água, guerra, água virtual - entre tantas outras inseridas na pauta das relações internacionais, constituem aquilo que Émile Durkheim chama de pré-noções. São ideias que funcionam “como um véu que se interpõe entre as coisas e nós e que as encobre tanto mais quanto mais transparente julgamos esse véu” (DURKHEIM, 2007, p. 17). As pré-noções acabam mediando e (con)formando as relações que os seres humanos travam com a substância que é condição para sua sobrevivência. Em outras palavras, escondem e ao mesmo tempo evocam uma série de questões de ordem biológica, política, sociológica, antropológica e jurídica que merecem atenção.

Entre todas as indagações que o tema suscita, aquela dirigida ao sistema jurídico permanece sem resposta ou com apontamentos tradicionais que consolidam as pré-noções habituais na matéria: muita retórica, poucos textos assinados (e ratificados) para surtir efeitos de direito.

Isso não significa que não haja um número expressivo de regulamentações aparentes sobre a matéria. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, a temática água doce tem tratamento constitucional e infraconstitucional: perpassa artigos do Código Civil, do Código de águas minerais, a regulamentação do setor elétrico e de saneamento e, finalmente, a Lei n. 9.433/1997, que instituiu uma Política Nacional de Recursos Hídricos. O tema de águas subterrâneas, apesar de não estar suficientemente contemplado pela Política Nacional, tem sido objeto de estudos que resultaram em normativas da Secretaria Nacional de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano e do Conselho Nacional Recursos Hídricos, com vistas a integrar a sua gestão à das águas superficiais.

No âmbito do Direito Internacional, o tema dos recursos hídricos é de interesse relativamente recente. Até o início do século XX, os rios eram objeto de normas

acentuadamente comerciais, relativas à liberdade de navegação. Logo antes da primeira guerra mundial, entrou em cena a produção de energia elétrica como um novo uso para os recursos hídricos. Foi somente a partir dos anos 80 do século passado que o tema "água doce" passou a ser debatido com mais intensidade, por diversas razões: tanto porque houve aumento sensível da demanda para uso industrial, agrícola e doméstico, quanto porque a disponibilidade se alterou diante do aumento da contaminação, da poluição e da concorrência pelos usos (embora a quantidade de água disponível permaneça a mesma).

São recorrentes as análises que ressaltam:

a) que o resultado da crise da água é o fato de que há no mundo 1,1 bilhão de pessoas excluídas do acesso à água potável embora todas elas sejam titulares de um "direito à água";
b) que o consumo humano deve ser a maior prioridade entre os possíveis usos;
c) que é preciso pôr em prática políticas que levem em consideração o valor econômico da água para que assim, com a inibição do consumo (individual) seja possível refrear a demanda;
d) que a utilização da água doce deve ser "racional e equitativa";
e) que deve haver uma gestão integrada, sustentável e participativa dos recursos hídricos;
f) que os conflitos entre os múltiplos usos dos recursos hídricos podem ser resolvidos por meio de consenso;
g) que os princípios da precaução e da prevenção têm que ser levados em consideração no tratamento da matéria...

Pode-se citar muitas outras evidências de que o Direito Internacional se "preocupa" com a água doce. Há, pelo menos, um tratado internacional de caráter universal sobre a matéria, trata-se da Convenção de Nova York sobre uso das águas dos rios internacionais para fins diversos da navegação, de 1997, resultado de 25 anos de trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU. Este tratado, no entanto, não entrou em vigor, por falta de um número suficiente de ratificações: em 13 anos, foram somente 19 ratificações[28]. O Brasil, por exemplo, não assinou a Convenção de Nova York, pois é contrário à regulamentação multilateral da matéria.

[28] Ratificaram a convenção os seguintes Estados: África do Sul (26/10/1998), Alemanha (15/1/2007), Espanha (24/9/2009), Finlândia (23/1/1998), Guiné Bissau (19/5/2010), Holanda (9/1/2001), Hungria (26/1/2000), Iraque (9/7/2001), Jordânia (22/6/1999), Líbano (25/5/1999), Líbia (14/6/2005), Namíbia (29/8/2001), Noruega (30/9/1998), Portugal (22/6/2005), Qatar (28/2/2002), Síria (2/4/1998), Suécia (15/6/2000), Tunísia (22/4/2009) e Uzbequistão (4/9/2007). Assinaram a convenção e não ratificaram: Costa do Marfim (25/9/1998), Luxemburgo (14/10/1997), Paraguai (25/8/1998), Venezuela (22/9/1997) e Yemen (17/5/2000), segundo informações do site das Nações Unidas *United Nations Treaty Collection* (UN, 2010).

No entanto, não se pode vislumbrar, com segurança, quais são exatamente as regras que vigem em matéria de recursos hídricos transfronteiriços, estabelecendo parâmetros para resolução da crise, em termos ambientais, para garantir que haja oferta de água para todos na quantidade mínima suficiente e que ainda assim cuide de disciplinar os conflitos entre os Estados pelo controle e utilização da água doce. Em suma, há uma profusão aparente de normas, concomitante com o aumento (paradoxal?) de conflitos e problemas não resolvidos.

Se há dificuldade para se identificar as normas de Direito que regulamentam os recursos hídricos, há problemas ainda maiores para evidenciar o significado dessas normas nas situações concretas de conflitos. Ainda, pode-se ousar questionar quais são os efeitos dessas normas nas relações que elas visam disciplinar e quais são os pontos de coincidência entre os efeitos produzidos e os objetivos declarados por estas mesmas normas. O que constitui o Direito Internacional da água doce? Quais as suas formas, o seu conteúdo e a sua efetividade?

Tentar responder a estas questões é o objetivo da pesquisa.

Plano de exposição

O objetivo geral do trabalho é de analisar o regime jurídico internacional da água doce. Especificamente, isto significa: identificar as fontes de Direito Internacional que tratam da água doce; analisar, dentre as fontes, quais impõem obrigações efetivas; analisar a aplicação das regras e princípios ensaiados nas fontes de Direito Internacional aos casos concretos; analisar se há, nos casos concretos analisados, um padrão de resolução de conflitos pela água; tentar explicar o tratamento dado pelo Direito Internacional às questões relacionadas à água doce, inclusive o clássico obstáculo apontado para a sua efetividade, qual seja, a soberania nacional. Para atingir estes objetivos, o trabalho é dividido em duas partes.

Desde a declaração sobre a soberania permanente sobre recursos naturais até as declarações de Estocolmo, do Rio, de Johanesburgo, decorrentes de preocupações ambientais no âmbito das Nações Unidas, passando pelos trabalhos do Instituto de Direito Internacional (IDI), da Associação de Direito Internacional (ILA) e da Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU), pode-se afirmar que há vários instrumentos jurídicos que merecem ser estudados, a partir de categorias analíticas pré-estabelecidas.

É preciso analisar as tentativas incipientes de regulamentação das águas subterrâneas transfronteiriças. A relevância do tema é evidente, sob território brasileiro existem 11 aquíferos transfronteiriços, entre eles, a maior parte de um dos maiores aquíferos do mundo, o Guarani. Pouco se produziu de legislação no Brasil a respeito de águas subterrâneas. Em termos de águas subterrâneas transfronteiriças, há no Direito Internacional alguns poucos tratados bilaterais ou regionais - como o recém assinado Acordo sobre o Aquífero Guarani, negociado no âmbito do Mercosul – e uma Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas (n. 63/124, de 15 de janeiro de 2009) com um esboço de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços.

Para realizar este estudo de identificação das normas de Direito Internacional em matéria de recursos hídricos e investigação da possibilidade de efetividade (ou seja, o fato de poder se cobrar que seus dispositivos sejam respeitados e implementados, não como simples metas para serem alcançadas um dia, mas como obrigações imediatamente válidas) serão analisadas as declarações, resoluções e tratados sobre o tema, de caráter universal e regional, ressaltando-se as seguintes categorias: água doce como bem com valor econômico; água doce como direito ou como necessidade; utilização razoável e equitativa; prioridade de usos; dever de evitar prejuízo notável em território de outro Estado; dever de realizar consultas antes de executar projetos de potencial danoso; dever de cooperação; responsabilidade internacional; disponibilidade de informações; e solução de controvérsias. A eleição destas categorias analíticas se justifica na medida em que há quem identifique a existência de princípios de Direito Internacional (cooperação, utilização razoável e eqüitativa, proibição de dano substancial ou sensível, sustentabilidade e participação pública) e regras procedimentais (notificação prévia, consultas e negociações e resolução pacífica de conflitos) que merecem ser verificados na prática, isto é, nas normas, regimes e casos que serão estudados.

Estes são os temas da primeira parte do trabalho, constituída de 3 capítulos. No primeiro capítulo descreve-se a evolução histórica do Direito Internacional Fluvial até os estudos da doutrina de Direito Internacional e a Convenção de Nova York de 1997. O capítulo segundo objetiva apresentar o tema da água doce no contexto de surgimento do Direito Internacional do Meio Ambiente em meados dos anos 70 e o desenvolvimento de relatórios, conferências, e estudos de organizações internacionais, por meio dos quais a água doce entrou na pauta da agenda das relações internacionais, até o ponto em que declarou-se um direito humano à água. O propósito do capítulo terceiro é o de ingressar na incipiente questão da regulamentação dos usos das águas subterrâneas.

Na segunda parte do trabalho, um outro lado da realidade afeita àqueles instrumentos será narrado, ao longo de 3 capítulos.

O caso do Aquífero Guarani é o objeto do quarto capítulo. A intensiva exploração das águas do Guarani desde que este foi descoberto não respeitou padrões ou normas regionais ou da legislação brasileira. A norma regional só foi criada em 2 de agosto de 2010, quando os quatro países do Mercosul reuniram-se para assinar o Acordo sobre o Aquífero Guarani, elaborado em 2004. Por sua vez, a lei brasileira sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos está muito aquém do desejável para a regulação das águas subterrâneas, esta deficiência só vem sendo superada por meio de resoluções do Conselho Nacional de Recursos Hídricos e do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Ainda persiste, contudo, uma absurda divisão entre águas subterrâneas e águas minerais, prevista na legislação anterior à Constituição de 1988.

É necessário confrontar o(s) resultado(s) da pesquisa acerca das fontes de Direito Internacional com as soluções propostas em casos paradigmáticos de conflitos pela água, este é o propósito do capítulo quinto. São conhecidos de antemão: a arbitragem envolvendo Espanha e França, sobre o Lago Lanoux (1957) e a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Gabcikovo-Nagymaros (1997), contrapondo interesses da Hungria e da Eslováquia; e a recente controvérsia envolvendo Argentina e Uruguai sobre a instalação de plantas de celulose às margens do rio Uruguai. Vale lembrar os ensinamentos de Pierre Bourdieu (2005, p. 213-218) sobre o campo jurídico, segundo este autor, é na confrontação de interesses específicos divergentes que se determina realmente a significação prática da lei, já que a interpretação do texto jurídico é uma maneira de se apropriar da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Sabe-se, por exemplo, que o aumento de desastres ambientais e o surgimento daquilo que se convencionou chamar de “Direito Internacional do Meio Ambiente”, a partir de 1990, não se refletiu em decisões práticas até muito recentemente. O desenrolar do caso das *papeleras* (entre Argentina e Uruguai) junto à Corte Internacional de Justiça poderia significar inovações no que diz respeito à aplicação dos princípios e regras de Direito Internacional Ambiental. De qualquer forma, trata-se de verificar as respostas, necessariamente contextualizadas historicamente, dadas pelo Direito nos casos em que os conflitos pela água foram submetidos a um procedimento formal de solução pacífica de controvérsias.

Por fim, a pesquisa realizada não pode se furtar de desenvolver ideias que expliquem a existência e a efetividade (ou a falta dela) das normas de Direito Internacional sobre recursos hídricos. Depois da identificação do formato e conteúdo do que se chama de Direito

Internacional da água doce e confrontá-lo com a realidade, o que sobra geralmente é a soberania estatal. A soberania, normalmente, é o bode expiatório para a falta de assinatura nos tratados ou de votos em declarações, mas também serve para fundamentar a adoção de compromissos por parte dos Estados. Conclui-se tentando responder as seguintes questões: Existe Direito Internacional da água doce? São as normas de Direito Internacional efetivas? Para que servem essas normas de Direito Internacional, além da afirmação de sua própria existência como metas a serem atingidas? São essas dimensões, complexas, que o trabalho pretende enfrentar. Independentemente das concepções filosóficas a respeito do que é o Direito, mesmo que o campo jurídico não seja o que ele tenta aparentar ser, um universo puro de todo comprometimento com a política ou com a economia, “o fato de que consiga fazer-se reconhecer como tal contribui para produzir efeitos sociais inteiramente reais” (BOURDIEU, 1997, p. 116).

1. DO DIREITO INTERNACIONAL FLUVIAL (1815) À CONVENÇÃO DE NOVA YORK (1997)

Este capítulo apresenta o surgimento e o desenvolvimento no âmbito das relações internacionais das preocupações com recursos hídricos e as consequências desses debates no âmbito do Direito Internacional. Propõe-se tentar responder à seguinte questão: existe um Direito Internacional da água doce?

Tradicionalmente, os recursos hídricos são objeto de normas de Direito Internacional no tocante à liberdade de navegação. A partir do início do século XX, outro tipo de norma de Direito Internacional relativa à água doce surge para estruturar a cooperação e a resolução de eventuais conflitos decorrentes do incipiente aproveitamento hidrelétrico. Até então, tratados bilaterais e algumas iniciativas multilaterais davam conta de regular as relações entre Estados.

Mas o século XX inaugurou novas e complexas necessidades pela água, que nem sempre são compatíveis entre si: a construção de uma barragem, por um país, em um rio internacional, para produção de energia elétrica, pode prejudicar o uso das águas desse mesmo rio por parte de outro ribeirinho, como aquele que costume utilizar água para irrigação. Este uso da água, por sua vez, pode prejudicar a utilização que dela faz um outro ribeirinho a jusante, que faça a captação no rio internacional para fins de abastecimento público, por exemplo. Esta finalidade (abastecimento) pode ser obstada caso um país situado a montante ou na outra margem, deste mesmo rio, decida utilizá-lo para despejo de resíduos industriais. As necessidades do capitalismo industrial e da agricultura intensiva, o aumento da população e, por outro lado, exigências mínimas ecológicas, fazem com que as possibilidades de conflitos cresçam sem que as regras jurídicas tenham acompanhado essa evolução.

A análise dessas situações leva a uma questão de fundo: qual é o estatuto jurídico das águas que dividem ou atravessam o território de dois ou mais Estados? Há quem diga que há um condomínio dos Estados sobre as mesmas águas. Ver-se-á que houve quem argumentasse que um Estado pode exercer sua soberania de forma absoluta, sem qualquer consideração pelos direitos de outros Estados interessados no mesmo rio.

Há formulações segundo as quais a água que atravessa ou divide territórios sob diferentes jurisdições constitui um “recurso natural compartilhado” e, como tal, não pode sofrer a incidência da soberania de um Estado de forma a excluir a de outro. Neste caso, a soberania estatal seria limitada (e a limitação da soberania estatal não é algo que se dê sem

muita disputa). Seria um rio internacional um "patrimônio comum da humanidade"[29]? À primeira vista, o Direito Internacional não tem resposta positiva para esta questão.

Tampouco há no Direito Internacional um consenso sobre a terminologia: rios internacionais, bacias hidrográficas internacionais, cursos de água internacionais ou vias de águas internacionais? Trata-se de águas transfronteiriças ou de águas internacionais? Uma convenção da ONU que não está em vigor utiliza a expressão "curso de água internacional", terminologia com a qual o Estado brasileiro não concorda, pois o termo "internacional" poderia subtrair a qualidade de nacional – logo, sob sua soberania – de águas que são geograficamente transfronteiriças.

As respostas que eventualmente são dadas por um ou outro sujeito de Direito Internacional dependem do interesse que este determinado sujeito detém na administração e distribuição das vantagens decorrentes do uso da água. Não há um consenso justamente porque o que está em jogo são as condições em que cada um poderá se apropriar da água. A questão é como se apropriar da água – "como" jurídica e politicamente, não materialmente. A justificativa deve ser a de apropriação da parte justa? De parte razoável? De toda a água?

Mesmo não dando resposta para o problema da "natureza jurídica" da água no plano internacional, o Direito tenta estabelecer algumas regras para atuação dos Estados e regulação das situações conflitivas[30].

Quando se tenta dar exemplo de alguma forma de regulação das águas internacionais cita-se, geralmente, regras de natureza doutrinária. Quando se diz, por exemplo, que um Estado tem direito a uma porção equitativa e razoável das águas de um rio internacional ou que, disposto a realizar obras no rio, ele deve notificar outros ribeirinhos, está se referindo aos trabalhos de estudiosos. Isso porque os juristas, nomeadamente do Instituto de Direito Internacional e da Associação de Direito Internacional, empreenderam intensos esforços para propor regras que regulassem a questão da água doce. O trabalho mais famoso é o conjunto das "Regras de Helsinki", consolidadas e revistas em 2004 pelas "Regras de Berlin", pela

[29] A noção de patrimônio comum da humanidade é utilizada para qualificar os fundos marinhos, conforme o art. 137 da Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar (1982). O regime jurídico de "patrimônio comum da humanidade" implica que o leito do mar e seu subsolo não estão sujeitos à soberania de nenhum Estado, a sua utilização é para fins exclusivamente pacíficos e o aproveitamento dos recursos minerais (sólidos, líquidos ou gasosos) que lá se encontrem só pode ser feito em proveito da humanidade. A noção provoca algumas indagações: a humanidade é sujeito de direitos? A humanidade é como um menor de idade sob tutela da Organização das Nações Unidas? Reflexões sobre este tema podem ser encontradas em: CAUBET, 1977.

[30] Também no plano interno há disputas acirradas a respeito da titularidade dos recursos hídricos, acerca da prioridade que deve ser dada a uma ou outra utilização da água e das condições de sua exploração. A letra da lei (e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) não dá conta de açambarcar a realidade multifacetada ou multidimensional dos usos sociais e econômicos da água, conjugados com requisitos mínimos de preservação ecológica.

Associação de Direito Internacional. Mas nenhuma dessas propostas efetivamente tornou-se Direito Internacional geral e poucas são eventualmente incorporadas em tratados de âmbito bilateral ou regional. É duvidoso que alguma tenha sido incorporada aos costumes de Direito Internacional.

Já na década de 1970, no âmbito das relações internacionais, o tema da água doce passou a ser discutido com muito mais intensidade em diversos foros: conferências organizadas pela ONU, no âmbito de organizações internacionais e de agências especializadas. Foi a época também do surgimento do Direito Internacional ambiental em meio a vários desastres de proporções até então desconhecidas.

É especialmente marcante, neste contexto, que a Assembleia Geral da ONU tenha solicitado que a Comissão de Direito Internacional estudasse o tema e elaborasse uma proposta de convenção[31]. A Comissão de Direito Internacional é o órgão encarregado das funções de desenvolvimento progressivo e codificação do Direito Internacional, seus trabalhos sobre recursos hídricos de superfície duraram 25 anos e resultaram na Convenção de Nova York sobre uso das águas dos rios internacionais para fins diversos da navegação, de 1997. É notável que até o ano de 2010 a referida Convenção tenha sido ratificada por somente 19 Estados, num quadro em que são necessárias 35 ratificações para que entre em vigor.

Este capítulo se divide em quatro partes, todas elas dedicadas a analisar a evolução histórica do que era o Direito Internacional fluvial e que recentemente a doutrina convencionou chamar de "Direito Internacional da Água Doce", bem como seu conteúdo, identificando as normas (as propostas e as efetivamente em vigor) conforme categorias analíticas previamente selecionadas, como a noção de bacia hidrográfica, a previsão de responsabilidade internacional, de meio de solução de controvérsias, de uso razoável e equitativo etc.

O estudo das primeiras normas de Direito Internacional sobre o assunto é relatado na primeira parte do capítulo. Até o século XX, ditas normas concentravam-se em regular a liberdade de navegação e, a partir das primeiras décadas daquele século passaram a compatibilizar a navegação com outro incipiente uso: a geração de hidroeletricidade. As concepções doutrinárias baseadas nos princípios da soberania e da integridade territorial são objeto de relato da segunda parte do capítulo. Na terceira parte deste capítulo, são analisadas as propostas do Instituto de Direito Internacional e da Associação de Direito Internacional para o tema da água doce. Na quarta parte, o trabalho da Comissão de Direito Internacional da

[31] Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 2669/XXV, de 8 de dezembro de 1970, intitulada *Progressive Development and Codification of the Rules of International Law Relating to International Watercourses.*

ONU é relatado, com objetivo de compreender as regras propostas para regular as relações inter-estatais em matéria de recursos hídricos.

As regras propostas pela doutrina e pela CDI são apresentadas na sua forma mais "pura", livre de ou com poucas referências a eventos reais que tenham efetivamente ocorrido. Primeiro, porque essa é a forma com que são apresentadas pela maior parte da doutrina, com poucas exceções. Segundo, porque são esses conceitos amplos e sem muito rigor nos termos que compõem o que se chama de Direito Internacional da água doce, que deverá ser contraposto às efetivas práticas no assunto, abordadas a partir da segunda parte deste trabalho.

A ênfase é dada a quatro categorias: primeiramente, a chamada utilização equitativa e razoável dos recursos hídricos, como critério para avaliar a conduta dos Estados na apropriação da água doce compartilhada com outro(s) Estado(s). A regra do uso equitativo e razoável, segundo Julio Barberis (1979, p. 35), deve ser compreendida sob dois pontos de vista: um relativo à exploração das águas e outro relativo à distribuição dos benefícios resultantes dessa exploração. Os parâmetros de razoabilidade e equidade devem orientar ambos os atos, tanto a exploração quando a distribuição dos benefícios dela decorrentes. Os parâmetros para aferição do que é equitativo e razoável variam, nas propostas doutrinárias e nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, mas todos pretendem de alguma forma apresentar critérios para avaliar o que é possível fazer, segundo o Direito Internacional, com as águas de um rio.

Em segundo lugar, deve-se investigar a previsão de vedação de se causar danos significativos ou prejuízos sensíveis em razão de atividades em território de um Estado ou sob sua jurisdição – um dever que constitui um princípio de Direito Internacional para boa parte da doutrina. Significa, em outras palavras, que nenhuma atividade ou empreendimento relacionado às águas de um rio internacional é *a priori* vedado. Tampouco é terminantemente vedado que se cause danos (uma alteração do curso do rio, poluição ou contaminação, por exemplo) a um terceiro Estado, mas o Direito Internacional proíbe, em tese, que se provoque um dano significativo ou um prejuízo sensível. A determinação do que é *significativo* ou *sensível* e a definição de quem aprecia e decide o que é um dano significativo ou um prejuízo sensível motiva os debates.

É relevante também verificar a previsão (ou ausência de previsão) de necessidade de consulta a outro(s) ribeirinho(s) e consentimento deste(s) para que se possa empreender um projeto, programa ou atividade relacionado à água. Não há controvérsias a respeito de um genérico dever de prestar informações, por parte de um Estado que deseje empreender obras ou atividades no rio, a outro Estado ribeirinho. No entanto, não se pode afirmar que o Direito

Internacional exige o consentimento de outro ribeirinho para que possa empreender algum projeto, por mais que parte da doutrina (a Associação de Direito Internacional, por exemplo) intente estabelecer um procedimento de consultas e de busca do consenso entre os ribeirinhos.

Estes são os principais pontos em debate quando se trata das relações inter-estatais. Mas também são objeto de análise previsões de normas que digam respeito à proteção e preservação do meio ambiente. Ver-se-á que mesmo depois de 1992, ano no qual se realizou a maior conferência das Nações Unidas a respeito do meio ambiente, não foi possível criar normas multilaterais de Direito Internacional com vistas à proteção da água doce de interesse de dois ou mais Estados.

Com relação às fontes, é preciso ressaltar que as declarações, resoluções e relatórios resultantes das reuniões da Associação de Direito Internacional e do Instituto de Direito Internacional estão disponíveis no sítio da internet dessas instituições[32]. Todas as Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas citadas, bem como os relatórios e documentos da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, foram consultados no sítio da internet sobre Documentos da Organização das Nações Unidas e no Guia analítico dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU[33], disponível no sítio da internet da própria Comissão. Todas as fontes e endereços eletrônicos estão listados na parte final do trabalho, dedicada às referências bibliográficas.

1.1. As primeiras preocupações: a navegação e a geração de hidroeletricidade

Desde a Antiguidade, as civilizações agrícolas se desenvolveram nas margens de grandes rios (Nilo, Tigre, Ganges), de onde retiravam a água para irrigação e onde despejavam seus dejetos. Com as migrações para os centros urbanos, não foi diferente: as concentrações humanas formavam-se perto de rios, onde era possível eliminar os esgotos, comprometendo a qualidade das águas. Os processos de industrialização e o desenvolvimento de tecnologias que permitiram a utilização dos recursos hídricos para fins como a geração de

[32] Ver: *Institut de Droit International – IDI* disponível em www.idi-iil.org; e *International Law Association – ILA*, disponível em http://www.ila-hq.org.
[33] Ver: *United Nations Documents*, disponível em: http://www.un.org/en/documents/index.shtml; *United Nations Treaty Collection*, disponível em http://treaties.un.org/pages/; *United Nations General Assembly Resolutions*, disponível em http://www.un.org/documents/resga.htm; e *International Law Comission*, disponível em http://untreaty.un.org/ilc/.

energia agravaram ainda mais a degradação do meio ambiente dos rios (CARO, 1998, p. 76-77).

Mas não foi a poluição ou a contaminação dos rios que provocou o surgimento de políticas ou a adoção de providências tendo por objeto recursos hídricos. Tradicionalmente, até o fim do século XIX, a problemática principal referia-se à liberdade de navegação para ribeirinhos e não ribeirinhos (CARO, 1998, p. 78; SALMAN, 2007, p. 626).

Foi com a Revolução Francesa que se começou a propalar a liberdade de navegação fluvial. Um decreto francês de 20 de novembro de 1792 ordenava aos exércitos franceses na Bélgica que assegurassem a liberdade de navegação no rio Mosa e no Escalda, princípio reafirmado posteriormente em tratados franceses. Em 1815, na Ata Final do Congresso de Viena, consolidou-se o princípio da liberdade de navegação fluvial para todos os Estados, fossem ou não ribeirinhos, nos arts. 108 a 117. Em 1892, Charles Calvo já defendia a liberdade de navegação para os ribeirinhos de rios que atravessassem o território de dois ou mais Estados[34]. Posteriormente, a Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI (manifestando-se sobre o Danúbio, em 1927 e sobre o Oder em 1929) afirmou a existência de

[34] Vale citar: « *Guidé par les principes que nous venons d'établir, on reconnaît sans peine qu'en droit international les lacs et leurs rivages rentrent de plano dans le domaine propre de la nation sur le territoire de laquelle ils sont situés. Toutefois, si leurs rivages appartenaient à deux ou à plusieurs nations, ces lacs, que leurs eaux soient douces ou salées, devraient forcement être considérés comme des mers libres. Si la liberté des mers est un principe de justice définitivement consacré par le droit des gens et reconnu par la pratique des nations, il semble logique et naturel, à première vue, de l'appliquer également à la navigation des fleuves, dans lesquels on ne peut s'empêcher de voir un moyen précieux de communication entre les peuples, de progrès et de civilisation. Nul motif en effet n'empêche de placer les fleuves sur la même ligne que les mers, de reconnaître que les règlements particuliers établis par chaque peuple relativement à cette navigation ne doivent pas assumer un caractère de fiscalité, et que l'autorité ne saurait intervenir que pour la faciliter, la généraliser et faire respecter les droits de tous.*
Lorsqu'un fleuve est situé tout entier sur le territoire d'un seul État, il est considéré comme se trouvant sous la souveraineté exclusive de ce même État, qui alors a seul autorité et pouvoir pour en réglementer la navigation. Quand, au contraire, il sert de limite à un ou plusieurs États, il constitue pour ceux-ci une propriété commune, à moins que, par première occupation, achat, cession ou autre titre valide et légitime, l'un de ces États n'en ait acquis le domaine exclusif et privilégié. Enfin, lorsqu'un fleuve non seulement traverse plusieurs États, mais encore sert à marquer entre eux la frontière politique ou de souveraineté, la ligne de partage qui indique la limite de juridiction, est supposée fictivement passer par la partie la plus profonde du courant des eaux connue sous le nom de thalweg. La haute ou la déclivité des rives n'est jamais prise en considération; et même, si par sa situation topographique la limite de démarcation ne permettait pas à l'un des riverains d'utiliser pour la navigation la portion du fleuve qui lui est réservée, il est de principe que le thalweg doit être pratiquement reporté et fixé à une distance égale des deux bords.
Il peut arriver qu'un fleuve navigable traverse le territoire de plusieurs États, ou que, formant la frontière politique d'un, il traverse le territoire d'autre avant de déboucher dans la mer. Dans ce cas il est généralement admis que le droit de naviguer et de commercer est commun à tous les riverains, sauf entente amiable entre eux, par voie de stipulation conventionnelle, pour l'exercice de ce même droit, qui peut, suivant les circonstances, affecter la sécurité du pays en possession des deux rives d'embouchure.
La législation romaine avait déjà consacré le principe que le droit de naviguer implique celui d'amarrer et d'attacher les navires à la rive du fleuve ou des îles qu'il entoure; celui de charger ou décharger des marchandises; en un mot, tous les droits accessoires ou connexes à la navigation. La même règle est entrée dans le droit international moderne, lequel a soumis généralement aux mêmes principes l'exercice de ces droits, le tout au gré des convenances des États intéressés » (CALVO, 1892, p. 135-137).

um Direito Internacional fluvial, reconhecendo a liberdade de navegação fluvial como um princípio consuetudinário, já que após o Congresso de Viena muitos tratados relativos à navegação fluvial foram firmados, repetindo uniformemente esse princípio[35].

Foi também na Ata Final do Congresso de Viena que se consagrou a mais clássica definição de um rio internacional: rio internacional é um rio que atravessa ou divide o território de dois ou mais Estados. No caso de atravessar sucessivamente o território de mais de um Estado, o rio é considerado sucessivo. Quando um rio separa o território de dois Estados, o rio é contíguo. Já os lagos são internacionais quando suas margens pertencem a mais de um Estado (BARBOZA, 2008, p. 512-515; REUTER, 1958, p. 374-375).

A Ata Final do Congresso de Berlin, de 1885, confirmou o princípio da liberdade de navegação e o estendeu ao Congo e ao Níger, não somente para os ribeirinhos, mas para todos. O propósito, na época, era de facilitar o movimento das potências coloniais na África (SALMAN, 2007, p. 626).

Em 1919, o tratado de Versalhes declarou o princípio da liberdade de navegação de todos os rios da Alemanha e o livre acesso aos seus portos, para todos os países aliados (art. 327). Na sequência, dedicou vários artigos (art. 332 a 353) ao regime dos rios Elba, Oder, Niemen e Danúbio, afirmando que são rios internacionais e estabelecendo um regime de liberdade de trânsito nas vias navegáveis. Além de estabelecer comissões internacionais para administração desses rios, o tratado determinou (art. 338) que fosse elaborada uma convenção geral para implementar a liberdade de navegação, no âmbito da Liga das Nações.

Tal convenção foi firmada em 20 de abril de 1921, em Barcelona, reunindo 42 Estados, inclusive o Brasil. A Convenção de Barcelona[36] estabelece um estatuto para os cursos de água navegáveis de interesse internacional. Estes são os cursos de água navegáveis, junto com seus tributários navegáveis, que separam ou atravessam diferentes Estados (art. 1, 1), bem como aqueles que expressamente são submetidos ao regime da Convenção (art. 1, 2)[37]. Para os cursos d'água que define, a Convenção confirma a total liberdade de navegação

---

[35] Em outras palavras, este princípio não pode ser afirmado em relação aos países do continente americano. Nesse caso, a abertura dos rios para navegação de outros ribeirinhos só pode ocorrer por tratados ou por concessões unilaterais.

[36] Convenção e Estatuto sobre o regime de cursos de água navegáveis de interesse internacional, no original "*Convention and Statute on the Régime of Navigable Waterways of International Concern"* (LEAGUE OF NATIONS, 1921).

[37] "*Article 1. In the application of the Statute, the following are declared to be navigable waterways of international concern:*
1. All parts which are naturally navigable to and from the sea of a waterway which in its course, naturally navigable to and from the sea, separates or traverses different States, and also any part of any other waterway naturally navigable to and from the sea which connects with the sea a waterway naturally navigable which separates or traverses different States.

para todos os Estados partes (art. 3), podendo os Estados ribeirinhos estabelecer regras sobre alfândega, saúde pública, imigração e importação e exportação de mercadorias proibidas (art. 6). Em Barcelona, o princípio da liberdade de navegação atingiu o seu maior âmbito (a partir do qual só sofreu declínios) (DIHN, 2003, p. 1257-1258; REUTER, 1958, p. 376-377).

Não se pode deixar de notar que o fundamento da liberdade de navegação é econômico, é relativo à liberdade de comércio. Isso permitiu que a navegação fosse prioritária por um século, até que o desenvolvimento do capitalismo fizesse exigências com relação a novos usos (CAUBET, 2006, p. 4-5).

Foi após o surgimento de novas demandas por recursos hídricos, para fins outros que a navegação, que se firmou a Convenção de Genebra sobre o desenvolvimento de hidroeletricidade que afete mais de um Estado[38], em 9 de dezembro de 1923, ratificada somente por 11 Estados. A Convenção faz, primeiramente, uma ressalva à soberania estatal compreendida no direito de cada Estado de desenvolver em seu território as atividades que entender necessárias, respeitados os limites do Direito Internacional (art. 1). Para o desenvolvimento de um projeto de desenvolvimento de hidroeletricidade os Estados devem negociar (art. 2-4) e, somente após a negociação, as atividades podem ser colocadas em prática. Há a mesma exigência de negociação caso haja a possibilidade de obras ou atividades causarem sérios prejuízos a outro Estado. O art. 12 prevê um procedimento de solução de controvérsias, podendo ser realizada consulta à Liga das Nações[39].

Também para regular a questão incipiente da geração da hidroeletricidade[40], realizou-

---

It is understood that:

a) Transhipment from one vessel to another is not excluded by the words 'navigable to and from the sea';

b) Any natural waterway or part of a natural waterway is termed 'naturally navigable' if now used for ordinary commercial navigation, or capable by reason of its natural conditions of being so used; by 'ordinary commercial navigation' is to be understood navigation which, in view of the economic condition of the riparian countries, is commercial and normally practicable;

c) Tributaries are to be considered as separate waterways;

d) Lateral canals constructed in order to remedy the defects of a waterway included in the above definition are assimilated thereto;

e) The different States separated or traversed by a navigable waterway of international concern, including its tributaries of international concern, are deemed to be 'riparian States'.

2. Waterways, or parts of waterways, whether natural or artificial, expressly declared to be placed under the régime of the General Convention regarding navigable waterways of international concern either in unilateral Acts of the States under whose sovereignty or authority these waterways or parts of waterways are situated, or in agreement made with the consent, in particular, of such States".

[38] No original: *Convention relating to the development of hydraulic power affecting more than one State and Protocol of Signature*. O Brasil não é parte da Convenção de Genebra (LEAGUE OF NATIONS, 1923).

[39] É curioso que na segunda parte deste art. 12 a Convenção faça uma exceção à solução pacífica de controvérsias, afirmando que a primeira parte do artigo não se aplica ao Estado que pode sofrer consequências sérias para sua economia e segurança em decorrência do desenvolvimento da hidroeletricidade.

[40] Ressalte-se que, na prática, a expansão do uso da água para geração de hidroeletricidade não era incompatível com os usos preexistentes, "notadamente porque o grau de desenvolvimento econômico dos Estados europeus era praticamente idêntico e porque os diferentes usos possíveis e existentes estavam repartidos de forma

se a VII Convenção Internacional dos Estados Americanos, em Montevidéu em 1933. O resultado foi a Declaração de Montevidéu sobre a utilização dos rios internacionais para fins industriais e agrícolas, contendo várias referências à alteração das águas e ressaltando que nenhuma obra pode prejudicar a liberdade de navegação. A declaração estabelece a necessidade do consentimento de outros ribeirinhos para que um Estado realize obras de aproveitamento industrial e agrícola de águas de um curso d'água de caráter internacional, tanto em caso de rios contíguos como em caso de rios sucessivos; e consagra o dever de não causar prejuízo. Havendo prejuízo, as partes devem negociar e caso o prejuízo seja irreparável, as partes devem acertar uma indenização antes do início das obras. A declaração de Montevidéu previa, também, um mecanismo de solução de controvérsias (CARO, 1998, p. 91, PRATE, 2008, p. 31).

Vale lembrar que o contexto latino americano é diferente do europeu em relação ao regime dos rios. Primeiramente, a liberdade de navegação é mais ampla, abrangendo, inclusive, alguns rios nacionais, sem que exista uma convenção como a Ata do Congresso de Viena de 1815 ou regimes de comissões fluviais. Como a navegação era, tradicionalmente, o único interesse econômico importante nos rios do continente, foi fácil atingir um consenso na Conferência de Montevidéu: os países não podiam antever a amplitude dos aproveitamentos que mais tarde poderiam ser empreendidos nos rios, nem tampouco a complexidade dos problemas que esses empreendimentos poderiam trazer, no âmbito das relações internacionais. Além do mais, a Declaração de Montevidéu é uma resolução sem força obrigatória (CAUBET, 1991, p. 330-331).

De qualquer forma, com o fim da segunda guerra mundial, a ideia da liberdade de navegação fluvial perdeu força na Europa para se restringir somente aos Estados ribeirinhos de um determinado rio, situação que hoje é considerada parte do direito costumeiro (SALMAN, 2007, p. 627). Vale também a liberdade de navegação nos rios que servem de trânsito a Estados sem litoral, não sendo permitido que um Estado proíba a navegação ou a torne materialmente impossível (DIHN, 2003, p. 1258).

No início do século XX, a prática dos Estados em relação às águas transfronteiriças deu ensejo a diferentes concepções doutrinárias sobre soberania e território, que serão analisadas a seguir.

---

homogênea entre eles". A situação atual é infinitamente mais complexa, seja pela variedade dos usos, seja pela intensidade da exploração (CAUBET, 2006, p. 8).

1.2. Teorias baseadas na soberania e na integridade territorial

É preciso citar algumas concepções doutrinárias que já nortearam a prática dos Estados em caso de conflito pelo uso de um rio transfronteiriço.

Desenvolveu-se nos EUA uma das primeiras concepções doutrinárias acerca do uso de rios. A Doutrina Harmon prega sucintamente que cada Estado tem o direito de atuar sem qualquer restrição dentro do seu território. Tem origem no parecer do Procurador Geral dos Estados Unidos da América, Judson Harmon, que foi consultado em 1895 a respeito de uma controvérsia de seu país com o México. O representante diplomático do México protestara em Washington contra obras empreendidas em território americano, de desvio do Rio Grande para irrigação. Harmon negou que existisse para os EUA qualquer obrigação ou responsabilidade internacional decorrente do uso das águas em seu território:

> O fato de o Rio Grande não possuir um volume de água suficiente para ser utilizado pelos habitantes dos dois países não autoriza o México a impor aos Estados Unidos restrições que dificultariam o desenvolvimento de seu território ou privariam seus habitantes de uma vantagem com que a natureza os dotou e que se encontra inteiramente em seu território. Admitir tal direito seria inteiramente contrário ao princípio de que os Estados Unidos exercem a plena soberania sobre seu território nacional [...]. O caso que se apresenta é novo [...]. A meu ver, as regras, os princípios e os precedentes que existem em Direito Internacional não impõem nenhuma obrigação, nem nenhum compromisso aos Estados Unidos (Georges Sauser-Hall apud CAUBET, 1991, 132).

Em suma, baseando-se na soberania territorial absoluta, Harmon propôs que dentro de seu território os EUA pudessem fazer de tudo, mesmo que isso pudesse causar prejuízo para outrem. O argumento mexicano contra o desvio do Rio Grande era o de que a população mexicana a jusante do rio tinha precedência de seu uso, por estar lá há mais tempo[41]. O governo americano optou por desconsiderar o parecer e o caso resultou na elaboração de um tratado, concluído em 21 de maio de 1906. Este tratado estabeleceu alguns direitos do México a respeito das águas do rio Grande, direitos esses resultantes de um ato de cortesia, sem nenhum fundamento jurídico, não podendo constituir um precedente (BARBERIS, 1979, p. 16-17; BARBOZA, 2008, p. 518).

Também nas relações com o Canadá, os EUA pretenderam aplicar a doutrina Harmon:

[41] Segundo Julio Barberis (1979, p. 17), a ideia de soberania absoluta tal como expressa na doutrina Harmon não é nova, nem na doutrina, nem na prática dos Estados. Anteriormente países europeus já haviam considerado essa questão, como no tratado de 1816 entre Prússia e Países Baixos, tratado entre Bélgica e Países Baixos de 1863 e o tratado de 1879 entre Baden e Suíça.

a partir de 1902, os Estados Unidos passaram a contestar aproveitamentos dos rios Milk e St. Mary. Em 11 de janeiro de 1909 as partes firmaram um acordo em Washington no qual se enunciava o princípio da soberania absoluta, reservando-se a cada parte a jurisdição absoluta sobre as águas do seu lado da linha que formam a fronteira. A segunda parte deste mesmo artigo reconhece às partes direitos pelas modificações dos cursos fluviais que prejudiquem um dos Estados (BARBERIS, 1979, p. 17).

Opondo-se à doutrina Harmon e ao princípio da soberania absoluta, há a doutrina que decorre do princípio da absoluta integridade territorial. Segundo este princípio, um Estado não pode utilizar um rio internacional de modo que, no território de outro ribeirinho, altere-se o curso, o volume ou a qualidade das águas, devendo portar-se dentro do seu território de maneira tal que não haja modificação no regime natural do rio quando este passa ao território de um Estado ribeirinho. De acordo com este princípio, somente alterações mínimas das condições do rio, por parte de um ribeirinho de montante, seriam aceitas. A doutrina da integridade territorial absoluta foi exposta pela primeira vez por Max Huber, em 1907, baseando-se nos julgados do tribunal federal suíço a respeito de disputas entre os cantões, mas Oppenheim-Lauterpacht também se inclinaram por esta doutrina (BARBERIS, 1979, p. 19).

Há ainda outras correntes apontadas pela doutrina que, em geral, tentam fazer uma mediação entre as posições extremas representadas pela doutrina Harmon e pela teoria da absoluta integridade territorial. É o caso da doutrina da soberania territorial limitada ou integridade territorial limitada, segundo a qual todo Estado tem o direito de utilizar as águas de um rio internacional, mas se submete à obrigação de assegurar que esta utilização não prejudique outros ribeirinhos.

Há também teorias que recorrem ao direito privado para justificar que um Estado possa utilizar rios transfronteiriços, embora com restrições em benefício de outros ribeirinhos, baseando-se na noção de servidão ou na de abuso de direito. Vale citar também a doutrina da comunidade de Estados ribeirinhos de um rio internacional, segundo a qual a bacia deve ser considerada uma unidade econômica e os direitos sobre as águas ficam sob administração de um órgão coletivo ou dividido entre os Estados, por acordo ou com base na proporcionalidade[42] (BARBERIS, 1979, p. 20; KLIOT, 2001, p. 232; SALMAN, 2007, p. 627).

[42] Segundo Barberis (1979, p. 22), foi nesta teoria que se basearam a resolução de Madrid de 1911 adotada pelo Instituto de Direito Internacional e a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso da Comissão Internacional do rio Oder em 10 de setembro de 1929. Neste caso, a corte decidiu que: "*esta comunidad de intereses en un río navegable constituye la base de un derecho común, cuyas características esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en el uso de todo el curso del río y la exclusión de cualquier privilegio preferencial de un Estado ribereño respecto de los demás*".

Historicamente, a jurisprudência internacional tende a admitir restrições à soberania estatal sobre rios transfronteiriços, apesar de aplicar distintas concepções teóricas (BARBERIS, 1979, p. 21).

Segundo Salman, somente a teoria da soberania territorial limitada sobreviveu para formar as bases do moderno Direito Internacional sobre o assunto. Ela estaria baseada na igualdade entre todos os Estados ribeirinhos, açambarcando tanto a ideia do direito de utilização da água como o dever de não causar prejuízo significativo, ainda que na prática a relação entre esses dois fatores tenha se revelado bem complexa (SALMAN, 2007, p. 628).

No entanto, não se pode afirmar que a doutrina Harmon tenha caído no esquecimento, primeiro porque os EUA jamais renunciaram a ela expressamente. Segundo, porque no âmbito das relações internacionais há exemplos de sua aplicação, mesmo que não se utilize as palavras "doutrina Harmon". Exemplos são a controvérsia entre Peru e Bolívia sobre o lago Titicaca em 1936 e o problema das águas do rio Jordão, envolvendo Israel e países árabes. "Com efeito, ligada à escassez de água, ela nos parece, pelo contrário, destinada a receber aplicações em todas as regiões onde esses recursos, em suas utilizações de consumo, apresentar-se-ão em quantidade insuficiente em relação aos usos de que será objeto" (CAUBET, 1991, p. 134-135). Segundo Aaron Wolf (1999, p. 11), a doutrina da soberania territorial absoluta é a preferida dos países a montante dos cursos de água, nas suas relações com países a jusante, a exemplo dos argumentos do Egito nas relações com Sudão e Etiópia a respeito do Nilo.

Por fim, é preciso dizer que historicamente há divergências com relação à extensão do sistema de curso d'água, particularmente se engloba uma bacia completa com todos os seus tributários e as águas subterrâneas. A definição mais extensiva, de bacia hidrográfica (também chamada de concepção unitária), passou a ser adotada nos últimos anos, mas a prática dos Estados ainda se dá mais pelo conceito clássico de curso de água internacional, já que o conceito de bacia hidrográfica ou de bacia de drenagem, exprimindo uma unidade geográfica é negador de certos atributos da soberania estatal[43] (CAUBET, 1991, p. 188; SHAW, 2008, p.

[43] A concepção de unidade da bacia foi defendida pela Espanha na sua disputa a respeito das águas do Lago Lanoux, que a França pretendia desviar. O tribunal arbitral reconheceu o princípio da unidade de bacia, mas disse que deveria ser considerado em relação à realidade humana: a unidade da bacia não deve ser tomada em sentido geográfico, mas em suas relações com a atividade humana. Em outras palavras, um Estado pode realizar atos em seu território que afetem a unidade de bacia do ponto de vista geográfico, sempre que não a prejudique em relação às necessidades humanas. "*El Tribunal no puede desconocer la realidad, desde el punto de vista de la geografia física, de cada cuenca fluvial, que constituye, como lo sostiene la Memória española..., ´una unidad´. Pero, esta comprobación no autoriza las consecuencias absolutas que de ella quiere deducir la tesis española. La unidad de una cuenca solo está sancionada en el plano jurídico en la medida en que corresponde a las realidades humanas. Una derivación con restitución, como la considerada en el proyecto francés, no modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social*" (BARBERIS, 1979, p. 24-

883).

1.3. Os trabalhos da doutrina de Direito Internacional

Até que a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitasse à Comissão de Direito Internacional que incluísse o tema de recursos hídricos na sua pauta de trabalho, em 1971, as maiores contribuições para regulamentação das questões relativas à água doce no plano internacional foram doutrinárias (CARO, 1998, p. 80; SALMAN, 2007, p. 625). São duas as instituições que estudaram e propuseram normas a este respeito: o Instituto de Direito Internacional - IDI (*Institut du Droit International*) e a Associação de Direito Internacional – ILA (*International Law Association*).

1.3.1. O Instituto de Direito Internacional

O Instituto de Direito Internacional foi fundado em 1873, na Bélgica, por 11 advogados de renome que decidiram criar uma organização independente, com vistas a contribuir com o desenvolvimento do Direito Internacional e com sua implementação. Até hoje o IDI é uma instituição fechada: a categoria de membro está condicionada a eleição ou convite. Trata-se, portanto, de uma organização não governamental de *experts*. O instituto se reúne a cada dois anos, sendo que, entre as reuniões, comissões científicas estudam determinados temas que podem ser adotados como resoluções em uma sessão (IDI, 2009).

---

25). Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 47) faz um relato similar. A decisão do caso do Lago Lanoux será estudada no quarto capítulo. A doutrina mais moderna conceitua uma bacia hidrográfica como "uma área de captação natural de água de precipitação que faz convergir o escoamento para um único ponto de saída. A bacia hidrográfica compõe-se de um conjunto de superfícies vertentes e de uma rede de drenagem formada por cursos de água que confluem até resultar em um leito único no seu exutório (TUCCI, 1997). A bacia hidrográfica pode ser então considerada um ente sistêmico. É onde se realizam os balanços de entrada proveniente da chuva e saída de água através do exutório, permitindo que sejam delineadas bacias e sub-bacias, cuja interconexão se dá pelos sistemas hídricos. A questão da escala a ser utilizada depende do problema a ser solucionado. Pode ser delimitada a totalidade da bacia do Rio Amazonas, desde suas cabeceiras mais distantes na cordilheira andina até seu exutório do Oceano Atlântico, assim como podem ser delimitadas suas sub-bacias, maiores ou menores, dependendo da necessidade do problema a ser abordado. Diz-se que o tamanho ideal de bacia hidrográfica é aquele que incorpora toda a problemática de interesse. Pode-se ter interesse em uma pequena bacia de 0,5 km2 numa área urbana, como na bacia do Rio São Francisco, com mais de seus 600.000 km2 de área. Esse conceito sistêmico adpata-se muito bem aos sistemas de gestão de recursos hídricos" (PORTO; PORTO, 2008, p. 45).

O Instituto de Direito Internacional - IDI foi o pioneiro[44]: em sua sessão de 1911, em Madri, abordou os problemas da regulamentação dos usos das águas internacionais além do direito de navegação. A declaração aprovada em Madri contém regras importantes, a primeira delas estabelece que, em se tratando de Estados ribeirinhos sucessivos ou contíguos, nenhum Estado pode, sem o consentimento de outro e sem um título jurídico, realizar ou permitir que se realize mudanças prejudiciais ao território de outro Estado; tampouco pode utilizar ou permitir que se utilize água, em seu território, de forma a causar um prejuízo grave ao aproveitamento da água por parte de outro Estado.

O art. 2º da Declaração de Madri (1911) determina que, em caso de rios sucessivos, o ponto em que o curso de água atravessa as fronteiras de dois ou mais Estados não pode sofrer modificações sem consentimento do(s) outro(s); a declaração também proíbe o despejo de substâncias nocivas no rio; e ressalta que o direito de navegação não pode ser violado. O mesmo artigo tem disposições que demonstram preocupação com os resultados da exploração da hidroeletricidade: o art. 2º, parágrafo 3º estabelece que as instalações, em especial as de exploração de energia hidroelétrica, não podem retirar quantidade de água de forma a alterar seriamente a constituição (o uso e o caráter essencial) do rio quando da chegada no território de ribeirinho de jusante. O parágrafo 5º, do mesmo artigo, determina que um Estado não pode permitir que no seu território se desenvolvam atividades que produzam o perigo de inundação no território de outro Estado. Recomenda, ainda, a criação de comissões para que os Estados possam opinar, pelo menos, a respeito de instalações ou modificações em instalações já existentes que possam resultar em consequências importantes para o curso de água em outro território.

Em 1961, em Salzburg, reuniu-se novamente o Instituto de Direito Internacional e o resultado dessa reunião foi uma declaração que se diz aplicável aos usos de águas que são parte de um curso de água ou de uma bacia hidrográfica que se estende pelo território de dois ou mais Estados. Há uma inovação, já no artigo 1º, com a utilização do conceito de bacia hidrográfica; e, no último artigo, a declaração recomenda que os Estados interessados numa mesma bacia hidrográfica investiguem a possibilidade de criação de um órgão comum, que

[44] Antes da Sessão de Madri, de 1911, o IDI reuniu-se em 1887 em Heidelberg e propôs uma regulamentação internacional da navegação fluvial. Nesta, afirma que os Estados ribeirinhos são obrigados a estabelecer um regramento de comum acordo para a navegação do rio internacional; os pavilhões de todas as nações devem ser tratados de forma igualitária; os navios podem transportar pessoas e mercadorias, mas não podem praticar a navegação de cabotagem, salvo com autorização especial do Estado; em tempos de guerra a navegação de pavilhões de Estados neutros é livre etc. Em 1934, na Sessão de Paris, o IDI propôs outra resolução a respeito da navegação de rios internacionais, reafirmando o princípio da liberdade de navegação em rios internacionais; o princípio de tratamento igualitário entre os navios de diferentes bandeiras; o dever de todo navio de ostentar um pavilhão; entre outros dispositivos.

possa estabelecer planos de utilização da bacia. Os Estados podem se referir a um ou outro conceito, dependendo do grau de cooperação existente entre eles (CAUBET, 1990, p. 191).

A Declaração de Salzburg afirma que todo Estado tem o direito de utilizar águas internacionais, até os limites estabelecidos pelo Direito Internacional e pelo direito de uso das mesmas águas por parte de outro Estado (art. 2º). Se Estados entrarem em desacordo a respeito dos seus respectivos direitos de utilização, a resolução da contenda deve se realizar com base na equidade, levando-se em consideração as necessidades de cada um (art. 3º). Trata-se de um prelúdio da definição da utilização equitativa e razoável, conceituada posteriormente pela Associação de Direito Internacional (BRUHÁCS, 1993, p. 159).

Segundo o documento de Salzburg, nenhum Estado pode utilizar águas internacionais de forma a afetar seriamente a possibilidade de uso por parte de outros Estados, a não ser que sejam asseguradas vantagens para o Estado prejudicado e adequada compensação (art. 4º). Na sequência, a declaração prevê que a utilização de águas internacionais que possa causar algum dano ou afetar os direitos de uso de outro Estado só pode se dar após notificação dos interessados; havendo objeção, as partes devem negociar e durante as negociação, conforme o princípio da boa-fé, cada parte deve se abster de implementar as medidas de utilização objeto da disputa ou adotar medidas que possam agravar a disputa.

Percebe-se que não há qualquer menção à preservação ambiental nos trabalhos do Instituto de Direito Internacional até aqui invocados, ou seja, até 1961. As declarações restringem-se a assegurar os direitos de uso de cada Estado sobre as águas internacionais em seu território, ressalvando os direitos de utilização do Estado ribeirinho ou cujo território faz parte da mesma bacia hidrográfica. Somente em 1979, na sessão de Atenas, os problemas derivados da contaminação de rios e lagos internacionais mereceram a atenção do Instituto.

A Declaração de Atenas, de 12 de setembro de 1979, sobre "a poluição de rios e lagos e o Direito Internacional" estabelece expressamente uma proibição:

> No exercício de seu direito soberano de explorar seus recursos de acordo com suas próprias políticas ambientais, e sem prejuízo para suas obrigações contratuais, os Estados estão obrigados a assegurar que suas atividades ou as atividades conduzidas sob sua jurisdição ou controle não causem poluição para as águas de rios e lagos internacionais[45].

[45] No original: "*Article II. In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and without prejudice to their contractual obligations, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the waters of international rivers and lakes beyond their boundaries*". Segundo Rey Caro (1998, p. 82), esse dispositivo significou um grande avanço uma vez que não estabelece condições de extensão ou causa para os danos (como por exemplo, prejuízo sensível, grave etc.) para que a conduta do Estado que provocou a poluição seja considerada ilícita.

Ver-se-á que este artigo não difere do conhecido Princípio 21 da Declaração de Estocolmo de 1972, que será analisada adiante. Em decorrência desta obrigação fundamental, contida no art. 2º da Declaração de Atenas, os Estados devem adotar as medidas necessárias para prevenir novas formas de poluição ou o aumento da poluição já existente e diminuir a poluição já existente para os melhores limites possíveis. Como meios para atingir esses fins, no âmbito nacional, os Estados devem promulgar as leis e as regulamentações necessárias e os procedimentos administrativos e judiciais para implementar tais normas; no âmbito internacional, os Estados devem cooperar de boa-fé (arts. III e IV). A declaração de Atenas determina que os Estados concluam tratados com objetivo de estabelecer normas sobre jurisdição, lei aplicável e execução de sentença para as vítimas de poluição transfronteiriça, bem como normas sobre responsabilidade objetiva e fundos de compensação (art. VI); e reafirma um princípio geral de responsabilidade: "os Estados incorrerão em responsabilidade internacional pelo desrespeito de suas obrigações acerca da poluição de rios e lagos"[46].

Vale citar, ainda, que os Estados parte da mesma bacia hidrográfica devem, segundo a declaração, conforme o dever de cooperação de boa-fé, informar os outros Estados sobre níveis de poluição, as causas, os danos e as medidas preventivas; notificar os Estados sobre atividades em seu território que possam causar risco significativo de poluição transfronteiriça para a bacia; notificar os Estados que podem ser afetados por um aumento repentino de níveis de poluição, bem como adotar as medidas para reduzir esses efeitos; abrir consultas com outros Estados sobre problemas atuais ou potenciais de poluição da bacia; coordenar pesquisas técnicas e científicas para combater a poluição; estabelecer regras comuns sobre meio ambiente; estabelecer comissões internacionais; estabelecer redes coordenadas de observação e controle de poluição; desenvolver medidas de salvaguarda dos direitos de indivíduos atingidos por atividades poluentes, tanto em termos de prevenção quanto de compensação por danos (art. VII).

Após 1979, o Instituto de Direito Internacional desenvolveu trabalhos acerca da questão ambiental, seguindo a tendência internacional, embora não tenha mais trabalhado especificamente sobre o tema recursos hídricos, podendo-se citar a Resolução de 1997, da sessão de Strasbourg, sobre meio ambiente, sobre adoção e implementação de normas em matéria da meio ambiente, e sobre responsabilidade internacional por danos ambientais.

---

[46] No original: "*States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of rivers and lakes*".

1.3.2. A Associação de Direito Internacional

A Associação de Direito Internacional - ILA (da sigla em inglês: *International Law Association*) é uma organização não governamental, fundada em 1873, em Bruxelas, com objetivo de "promover o estudo e o desenvolvimento do Direito Internacional" (ILA, 2009). A ILA também se ocupou dos problemas decorrentes do uso dos rios internacionais.

1.3.2.1. De Dubrovnik a Helsinki

O primeiro trabalho da ILA a respeito dos rios internacionais foi a Resolução de Dubrovnik, de 1956. Neste documento, a ILA determina que cada Estado ribeirinho de um rio internacional deve exercer seu "controle soberano" sobre as águas de um rio internacional, exercendo este controle de forma a levar em consideração os seus efeitos sobre os outros Estados ribeirinhos; tornando-se responsável, internacionalmente, pelas atividades públicas ou privadas que produzam dano a um outro Estado, dano que poderia ter sido evitado com a razoável diligência (artigos III, IV e VII). Segundo a resolução de Dubrovnik, os Estados devem estabelecer acordos e encerrar conflitos levando em consideração o benefício que um determinado uso da água deu a um Estado e o dano que causou a outro e, para isso, propõe a resolução os seguintes critérios (art. V):

a) o direito de cada um ao uso razoável da água;
b) a extensão da dependência de cada Estado das águas do rio internacional;
c) os ganhos sociais e econômicos de cada Estado;
d) os acordos pré-existentes entre os Estados e;
e) a apropriação da água já realizada por parte de um Estado[47].

[47] No original: "*V. In accordance with the general principle stated in No. III above, the States upon an international river should in reaching agreements, and States or tribunals in settling disputes, weigh the benefit to one State against the injury done to another through a particular use of the water. For this purpose, the following factors, among others, should be taken into consideration:*
(a) The right of each to a reasonable use of the water;
(b) The extent of the dependence of each State upon the waters of that river;
(c) The comparative social and economic gains accruing to each and to the entire river community;
(d) Pre-existent agreements among the States concerned;
(e) Pre-existent appropriation of water by one State".

A resolução determina a necessidade de se fazer consultas aos outros ribeirinhos antes de realizar obras ou de modificar os usos da água, sendo que, na hipótese de não haver acordo, deve-se resolver a disputa por meio de uma comissão técnica ou de arbitragem. Vale citar ainda que segundo a ILA os Estados devem unir-se para fazer uma utilização completa das águas do rio internacional, tanto do ponto de vista da bacia como um todo integrado, como sob o ponto de vista das mais variadas formas de utilização da água, de forma a assegurar maiores benefícios para todos[48] (art. VIII).

Essas regras foram revistas e refinadas na reunião da ILA em Nova York (1958), cuja resolução final estabelece princípios de Direito Internacional e propõe recomendações. Os princípios de Direito Internacional são:

a) deve haver um tratamento integrado do sistema de rios e lagos de uma bacia de drenagem;
b) cada Estado ribeirinho tem direito a uma parte razoável e equitativa dos usos da água de uma bacia de drenagem, o que deve ser determinado em cada caso particular;
c) cada Estado ribeirinho deve respeitar os direitos dos outros ribeirinhos;
d) cada Estado deve prevenir que se cometam, por parte de quem está sob sua responsabilidade, violações dos direitos de outros ribeirinhos.[49]

As recomendações propostas em Nova York são genéricas: sugerem que não haja unilateralismo, que haja reunião e troca de informações entre as agências da ONU e entre os Estados, que sejam instituídas agências permanentes dedicadas ao estudo dos problemas decorrentes dos usos das águas, e que os Estados adotem as medidas para prevenir poluição e reduzir a poluição já existente.

O trabalho mais importante da Associação de Direito Internacional foi concluído em Helsinki em agosto de 1966. As famosas "Regras de Helsinki sobre os usos das águas de rios internacionais"[50] são um conjunto de trinta e sete artigos divididos em 6 capítulos: um

---

[48] No original: "*VIII. So far as possible, riparian States should join with each other to make full utilization of the waters of a river both from the viewpoint of the river basin as an integrated whole, and from the viewpoint of the widest variety of uses of the water, so as to assure the greatest benefit to all*".

[49] No original: *"Agreed Principles of International Law*
1. A system of rivers and lakes in a drainage basin should be treated as an integrated whole (and not piecemeal).
2. Except as otherwise provided by treaty or other instruments or customs binding upon the parties, each co-riparian State is entitled to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of the drainage basin. What amount to a reasonable and equitable share is a question to be determined in the light of all the relevant factors in each particular case.
3. Co-riparian States are under a duty to respect the legal rights of each co-riparian State in the drainage basin.
4. The duty of a riparian State to respect the legal rights of a co-riparian State includes the duty to prevent others, for whose acts it is responsible under international law, from violating the legal rights of the other co-riparian States".

[50] No original "*The Helsinki rules on the uses of the Waters of international Rivers"*.

capítulo geral e mais cinco específicos sobre: utilização equitativa, poluição, navegação, transporte de madeira e solução de controvérsias.

Primeiramente, a resolução afirma se aplicar aos usos de água de uma bacia de drenagem internacional (apesar de seu título, que menciona "rios internacionais") e traz as definições de uma bacia de drenagem internacional como "uma área geográfica que se estende sobre dois ou mais Estados, determinada pelos limites do sistema de água, incluindo águas de superfície e subterrâneas, que flui para um término comum"[51] (artigo I); e de "Estado da bacia", entendido como um Estado cujo território comporta uma parte da bacia de drenagem internacional"[52].

O segundo capítulo da resolução trata da utilização equitativa das águas de uma bacia de drenagem internacional, estabelecendo que cada Estado é titular de uma parte equitativa e razoável dos usos das águas de uma bacia de drenagem internacional (art. IV)[53]. Para determinar o que é razoável e equitativo, a ILA propõe que se analisem fatores determinantes em cada caso particular, mencionando exemplificativamente (mas não exaustivamente) os fatores que devem ser considerados:

a) a geografia da bacia e a extensão desta no território de cada Estado;
b) a hidrologia da bacia e a contribuição de água de cada Estado;
c) o clima;
d) a utilização das águas da bacia no passado e no presente;
e) as necessidades econômicas e sociais de cada Estado;
f) a população de cada Estado que depende das águas da bacia;
g) os custos para a alternativa de satisfação de necessidades econômicas e sociais de cada Estado;
h) a existência de outros recursos;
i) a vedação do desperdício na utilização das águas;
j) a praticidade de compensações para um ou mais Estados como forma de solução de conflito;

[51] No original: *"Article I. An international drainage basin is a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus"*.
[52] No original: *"Article II. A 'basin State' is a State the territory of which includes a portion of an international drainage basin"*.
[53] No original: *"Article IV. Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin"*.

k) o nível até o qual se pode satisfazer as necessidades de um Estado sem causar dano a outro ribeirinho.[54]

Segundo as Regras de Helsinki, nenhum uso ou categoria de uso pode ser considerado prioritário em relação a outro (art. VI), mas nenhum Estado pode ser privado da possibilidade de utilizar de forma razoável as águas da bacia em prol da reserva para utilização futura por parte de outro Estado (art. VII). Ainda no segundo capítulo, a resolução prevê que um uso razoável já existente pode se perpetuar a não ser que os fatores que justificam a sua continuidade sejam sobrepujados por outros fatores que levem à conclusão de que o uso deve ser modificado ou cessado, a fim de se acomodar a um uso concorrente e incompatível (art. VIII), estipulando critérios para o que se deve considerar "já existente".

A crítica que pode ser feita é que, apesar dos esforços expressos nos "fatores" para determinação do uso razoável e equitativo, não há, de fato, como se determinar o que significa "razoável" e "equitativo", pois não há qualquer consenso sobre a terminologia[55]. A utilização dos dois termos "equitativo" e "razoável" ao mesmo tempo pode até mesmo ser considerada

---

[54] No original: *"Article V*
I. What is a reasonable and equitable share within the meaning of article IV to be determined in the light of all the relevant factors in each particular case.
II. Relevant factors which are to be considered include, but are not limited to:
1. The geography of the basin, including in particular the extent of the drainage area in the territory of each basin State;
2. The hydrology of the basin, including in particular the contribution of water by each basin State;
3. The climate affecting the basin;
4. The past utilization of the waters of the basin, including in particular existing utilization;
5. The economic and social needs of each basin State;
6. The population dependent on the waters of the basin in each basin State;
7. The comparative costs of alternative means of satisfying the economic and social needs of each basin State;
8. The availability of other resources;
9. The avoidance of unnecessary waste in the utilization of waters of the basin;
10. The practicability of compensation to one or more of the co-basin States as a means of adjusting conflicts among uses; and
11. The degree to which the needs of a basin State may be satisfied, without causing substantial injury to a co-basin State.
III. The weight to be given to each factor is to be determined by its importance in comparison with that of other relevant factors. In determining what is reasonable and equitable share, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole".

[55] Segundo Paulo Affonso Leme Machado, a utilização equitativa significa simplesmente uma utilização justa das águas (2009, p. 91-92) e remete ao princípio da igualdade soberana entre os Estados. Este mesmo autor relata que Stephen McCaffrey, na condição de relator especial do tema, na 36ª sessão da CDI em 1984, explicou como se invocou pela primeira vez perante a Suprema Corte dos EUA a doutrina da "repartição equitativa". No caso "Kansas *versus* Colorado", a Suprema Corte decidiu que nenhum Estado "poderia impor sua lei a um outro Estado e que cada Estado tinha direito a uma participação equitativa das vantagens. Importa notar que isto não significa divisão, no sentido próprio, das águas do rio, mas, sobretudo, divisão das vantagens decorrentes da presença do rio. A Corte Suprema jamais exarou uma definição de "repartição equitativa", e afigura-se difícil extrair uma definição dos raros casos sobre o tema. A noção mesma de "equidade" implica resposta a uma situação dada, e não a aplicação de uma regra imutável. Assim, a noção de "repartição" pode supor a outorga de vantagem a um Estado e a recusa de uma vantagem a outro Estado. A água, a energia elétrica e a pesca são consideradas vantagens divisíveis, enquanto a ostreicultura nos estuários, a navegação e a utilização das águas para fins recreativos estão ligadas a lugares bem precisos" (2009, p. 115).

simples verborragia, segundo Bruhács (1993, p. 163), já que na prática a Corte Internacional de Justiça utiliza os dois vocábulos alternativamente. O termo equidade costuma aparecer com 3 acepções diferentes: como uma forma de expressar as igualdades soberanas em oposição à noção de soberania compartilhada; como um método para determinar os direitos de utilização de um rio por parte de cada Estado ribeirinho; e como uma coordenação de usos, atingida pela aplicação do método (BRUHÁCS, 1993, p. 158).

Além disso, os fatores propostos pela ILA para se medir a utilização equitativa e razoável são de avaliação subjetiva, já que cada Estado da bacia tem uma percepção diferente acerca das suas necessidades, das utilizações mais ou menos relevantes das águas e das vantagens que disso retira. As necessidades de um Estado, lembra Bruhács, são essencialmente infinitas (1993, p. 161).

Um dos fatores "relevantes" que pode ser considerado razoavelmente objetivo é o da utilização prévia (art. VI, II, 4) ou da apropriação prévia: quem primeiro se apropriou das águas da bacia e já estabeleceu uma utilização que persiste acaba tendo esse fato a seu favor no momento de determinação do que é "razoável e equitativo"[56]. Ressalte-se ainda que as regras se abstêm de estabelecer uma hierarquia de usos, o que deixa que a casuística impere na definição do que é um uso da água mais importante do que os outros[57].

O terceiro capítulo das Regras de Helsinki trata de poluição, especificamente de poluição da água, definindo-a como qualquer mudança deletéria na composição natural, no conteúdo ou na qualidade das águas de uma bacia internacional, decorrente de ação humana (art. IX). Os Estados devem prevenir formas novas de poluição e o aumento do grau da poluição já existente, que possa causar dano substancial no território de outro Estado ribeirinho – seja a poluição causada dentro do seu território ou fora, mas por conduta sua (art. X, 1, a). Na hipótese de violação desta obrigação, o Estado deve cessar a sua conduta e compensar o Estado ribeirinho prejudicado (art. XI, 1). Além disso, os Estados devem adotar as medidas razoáveis necessárias para reduzir a já existente poluição da água de forma que nenhum dano seja causado ao território de outro Estado da bacia (art. X, 1, b), podendo ser instado a entrar em negociações com um Estado prejudicado para que se alcance uma solução equitativa (art. XI, 2).

[56] Segundo Aaron Wolf (1999), a maior parte dos tratados bilaterais ou regionais sobre água tratam de garantir os usos já existentes, ou seja, de tornar legítima uma apropriação prévia dos recursos.

[57] Para Julio Barberis (1979, p. 35-37), a regra da utilização equitativa e razoável é uma norma de direito consuetudinário, o autor cita tratados que consideram essa norma, mesmo que não de forma expressa: Ata de 26/5/1866 firmada por Espanha e França; acordos sobre os lagos Chad (22/5/1964) e Constanza 30/4/1966.

Apesar do mérito das Regras de Helsinki de aparentar uma incipiente consciência ambiental, é preciso ressaltar que a poluição da água é vista sob um ponto de vista utilitarista e economicista. Não há qualquer consideração pelo bem ambiental em si, mas somente pelos prejuízos que a poluição possa eventualmente causar. De qualquer forma, na resolução consta a expressão "prejuízo substancial" (no original, *"substantial injury"* e *"substantial damage"),* algo que permanece no plano da total indeterminação. Não há como definir o que é substancial.

É interessante que pela primeira vez um instrumento comporta tanto o uso da água para navegação quanto os "outros usos diversos da navegação". As regras de Helsinki dedicam um capítulo inteiro à navegação (capítulo 4), incorporando o que já era considerado princípio de Direito Internacional: a liberdade de navegação de um Estado ribeirinho (art. XIII), resguardando o direito de exercício do poder de polícia (art. XV) e algumas limitações (arts. XVI a XX) decorrentes do fato de a navegação não ser mais o uso mais importante. Para fins de navegação, um afluente é considerado como um curso de água separado e não está sujeito ao princípio da liberdade de navegação. Quanto ao transporte de madeira (capítulo 5), é recomendado que os Estados da bacia entrem em acordo a respeito da utilização da água para esta finalidade e a respeito das condições em que pode se concretizar[58].

Por fim, o capítulo 6 das Regras de Helsinki estabelece normas sobre procedimentos de prevenção e solução de disputas. Lembrando que os Estados têm o dever de solucionar suas controvérsias pacificamente (art. XVII) a resolução sugere que as partes recorram, primeiramente, aos métodos previstos em tratados a eles aplicáveis (art. XXVIII). Recomenda-se que cada Estado da bacia forneça informações relevantes sobre as águas e seus usos em seu território e sobre propostas de construções ou instalações que possam alterar o regime da bacia, proporcionando um tempo razoável para que os outros Estados da bacia analisem as informações e os impactos possíveis decorrentes da construção e instalação. Caso o Estado responsável pela construção ou instalação não forneça as informações, este não terá

[58] Com relação à distinção que a ILA faz dos conceitos (de bacia ou de curso de água) conforme a finalidade, pode-se citar a crítica de Christian Caubet (1990, p. 197): "Não nos parece justificado reservar à navegação e ao transporte de madeira por água as consequências que resultam da distinção entre cursos de água contíguos e sucessivos. A poluição deve ser encarada pela coletividade dos corribeirinhos de uma bacia fluvial, sob pena de não poder ser eficazmente absorvida ou impedida. Mas outras utilizações não deveriam necessariamente cair sob a responsabilidade da totalidade dos Estados da bacia. A irrigação e a construção de obras hidrelétricas, por exemplo, podem ter consequências apenas para uma parte do conjunto dos corribeirinhos. Não parece então nem razoável nem equitativo postular um conceito unitário – e unificador – de bacia hidrográfica, pois muitas dificuldades podem ser resolvidas a nível mais claramente localizado. E no caso de não o serem a esse nível elementar, seria concebível que elas pudessem se aplanar mais facilmente, levando em conta a bacia como um todo integrado? Salvo se forem implementados modos de cooperação tão constrangedores como os que figuram no art. 29 das regras de Helsinki! Mas o mínimo que se pode dizer é que eles parecem muito afastados das práticas dos Estados".

a “prioridade temporal” prevista como um dos fatores para determinação do uso razoável e equitativo das águas da bacia internacional (art. XXIX).

Note-se que a declaração propõe que, a fim de prevenir possíveis disputas, os Estados cumpram com um dever genérico de informação, ou seja, os Estados devem informar sobre seus projetos e até mesmo aguardar que o(s) Estado(s) afetado(s) possa(m) fazer uma avaliação dos impactos que o referido projeto teria. Não há, em absoluto, a necessidade do consentimento dos outros Estados de bacia para que um Estado possa empreender as atividades ou projetos que pretenda. De fato, ver-se-á que, a necessidade de se realizar uma consulta prévia aos outros ribeirinhos é excepcional e deve ser expressa em um tratado.

Na sequência, a resolução estabelece a necessidade de negociação (art. XXX) ou a submissão da questão a uma comissão que poderá propor planos ou recomendações (art. XXXI). Recomenda-se uma série de métodos para resolução de conflitos: que as partes procurem bons ofícios ou a mediação de um terceiro Estado, de organização internacional ou de pessoa qualificada (XXXII); que as partes formem uma comissão de inquérito ou uma comissão de conciliação *ad hoc* (art. XXXIII); ou que as partes concordem em se submeter à decisão de um tribunal arbitral *ad hoc*, de um tribunal arbitral permanente ou à Corte Internacional de Justiça (art. XXXIV).

A Associação de Direito Internacional complementou as Regras de Helsinki ao longo de 20 anos de estudos e conferências, com propostas sobre controle de enchentes (*Articles on Flood Control*, Nova York, 1972); poluição marinha de origem telúrica (*Articles on Marine Pollution of Continental Origin*, Nova York, 1972); manutenção e melhoria de rios navegáveis que separam ou cruzam diversos Estados (*Articles on the Maintenance and Improvement of Naturally Navigable Waterways separating or traversing several States*, Nova Delhi, 1975); proteção de recursos hídricos e instalações hidráulicas em tempo de conflito armado (*Resolution on the protection of water resources and water installations in times of armed conflict*, Madri, 1976); administração de recursos hídricos internacionais (*Resolution on international water resources administration*, Madri, 1976); regulamentação de fluxo de cursos d’água internacionais (*Regulation of the flow of water of international watercourses*, Belgrado, 1980); sobre relação entre água e outros recursos naturais e o meio ambiente (*Articles on the relationship between water, other natural resources and the environment*, Belgrado, 1980); poluição de bacias internacionais (*Rules on the water pollution in na international drainage basin*, Montreal, 1982); sobre água subterrânea (*Rules on international groundwaters*, Seoul, 1986); sobre dano substancial (*Complementary rules applicable to international water resources*, Seoul, 1986); e poluição da terra, do ar e de

outros recursos naturais (*Rules on cross-media pollution*, Buenos Aires, 1994, *Articles on cross-media pollution resulting from the use of the Waters of an international drainage basin*, Helsinki, 1996, e *Articles on private Law remedies for transboundary damage in international watercourses*, Helskinki, 1996).

É preciso comentar as Regras de Seul sobre água subterrânea de 1986. Segundo a resolução da ILA, as regras de Helsinki também se aplicam às águas subterrâneas que formam aquíferos internacionais – águas que se encontrem no território de dois ou mais Estados - mesmo que as águas subterrâneas não contribuam com as águas de superfície ou não recebam água de superfície[59]. A Associação de Direito Internacional enuncia a necessidade de se conter a poluição (art. III, 1), de promover a cooperação e o intercâmbio de informações (art. III, 2 e 3) e de se considerar o manejo integrado das águas subterrâneas, em conjunto com as águas de superfície (art. IV).

1.3.2.2. As Regras de Berlin

Nos anos 1990, viu-se que era necessário consolidar num único instrumento as normas que a Associação de Direito Internacional propôs ao longo de décadas de trabalhos. Em junho de 1999, o esboço dessa compilação ficou conhecido como "*The Campione Consolidation of the ILA Rules on International Water Resources, 1966-1999*". Logo depois, a ILA decidiu pela revisão e atualização dessas normas, estabelecendo um comitê com este propósito, cujo relatório final foi apresentado na reunião de Berlin, em 2004, ficando conhecido como "Regras de Berlin sobre recursos hídricos"[60] (SALMAN, 2007, p. 631).

As regras de Berlin são um conjunto de 73 artigos, divididos em 14 capítulos abrangentes. Primeiramente, é preciso enfatizar o escopo abrangente do documento: as regras de Berlin referem-se não somente às bacias internacionais, mas a todo tipo de gerenciamento

[59] No original: *"Article II: Hydraulic Interdependence.*
1. An aquifer that contributes water to, or receives water from, surface waters of an international basin constitutes part of an international basin for the purposes of the Helsinki Rules.
2. An aquifer intersected by the boundary between two or more States that does not contribute water to, or receive water from, surface waters of an international drainage basin constitutes an international drainage basin for the purposes of the Helsinki Rules.
3. Basin states, in exercising their rights and performing their duties under international law, shall take into account any interdependence of the groundwater and other waters including any interconnections between aquifers, and any leaching into aquifers caused by activities and areas under their jurisdiction".
[60] No original: *The Berlin Rules on Water Resources.*

de água, inclusive daquelas que ocorrem exclusivamente dentro do território de um Estado (art. 1). Os Estados devem adotar as normas e regulamentos necessários para alcançar os propósitos mencionados pela resolução, bem como adotar medidas eficientes e adequadas, judiciais e administrativas, para a implementação das normas e regulamentos. Exorta-se o investimento em educação, em pesquisa e em capacitação técnica (art. 2º).

O art. 3º das Regras de Berlin trata das definições. É interessante citar que "Estado", segundo a resolução, pode significar tanto Estado soberano como uma organização regional de integração econômica (conforme parágrafo 18 do art. 3º). As "águas", neste contexto, são todo tipo de água, tanto de superfície como subterrânea, com exceção da água marinha (parágrafo 21); e o seu "gerenciamento" significa o desenvolvimento, o uso, proteção, distribuição, regulação e controle de águas (parágrafo 14). A "bacia de drenagem" corresponde a uma área limitada geograficamente por um sistema de águas interconectadas, cujas águas de superfície normalmente compartilham um *terminus* comum (parágrafo 5); e a bacia de drenagem internacional é a bacia de drenagem que se estende por dois ou mais Estados (parágrafo 13). Consolidando as normas anteriormente editadas, a ILA apresenta uma definição ampla e abrangente de bacia, incluindo as águas subterrâneas.

Há outros conceitos inovadores no art. 3º das Regras de Berlin: "integridade ecológica" significa as condições naturais de águas e de outros recursos suficientes para assegurar a integridade física, química e biológica do ambiente aquático (parágrafo 6); "uso sustentável" é entendido como o gerenciamento integrado de recursos de forma que se assegure uso eficiente e acesso equitativo à água, em benefício das gerações presentes e futuras, preservando a renovação dos recursos e mantendo os recursos não renováveis na extensão máxima razoavelmente possível (parágrafo 19); e "necessidades humanas vitais" significa a água usada para imediata sobrevivência humana: beber, cozinhar, satisfazer necessidades sanitárias e usos domésticos (parágrafo 20).

As seguintes definições do art. 3º são relevantes para o presente estudo:

> "Dano" inclui uma perda de vida ou dano pessoal; a perda de ou prejuízo para a propriedade ou outras perdas econômicas; dano ambiental; e os custos das medidas razoáveis para prevenir e minimizar esta perda, prejuízo ou dano (parágrafo 4).
> "Dano ambiental" inclui dano ao meio ambiente ou qualquer outra perda ou prejuízo causado por este dano; os custos das medidas razoáveis para restabelecer o meio ambiente, medidas efetivamente adotadas ou que estão prestes a serem adotadas (parágrafo 8)[61].

[61] No original: *"4. 'Damage' includes:*
a. loss of life or personal injury;
b. loss of or injury to property or other economic losses;

O capítulo II das Regras de Berlin cuida dos princípios de Direito Internacional relativos ao gerenciamento de todo tipo de água (internacionais ou não) e o primeiro princípio é o da participação: os Estados devem assegurar que as pessoas que podem ser afetadas pelo gerenciamento de água possam participar do processos e decisões relativos ao gerenciamento (art. 4). Logo depois, declara-se que os Estados devem realizar o gerenciamento das águas de forma unificada e abrangente (art. 5); trata-se do gerenciamento conjunto (*conjunctive management*, no original), o gerenciamento coerente de águas de superfície, subterrâneas e águas de outras fontes possíveis, que é parte de, mas que não se confunde com o "gerenciamento integrado". Este último é objeto do art. 6º que o define como o gerenciamento das águas de forma integrada com o gerenciamento de outros recursos.

Na sequência do capítulo II, são mencionados os seguintes princípios: da sustentabilidade, segundo o qual os Estados devem adotar as medidas apropriadas para gerenciar suas águas de forma sustentável (art. 7º); e o princípio segundo o qual os Estados devem adotar as medidas necessárias para prevenir e minimizar os danos ambientais (art. 8º). O art. 9º determina que as regras sejam interpretadas de acordo com os princípios indicados.

Em seu terceiro capítulo, as Regras de Berlin tratam das águas compartilhadas internacionalmente (*internationally shared waters*), estabelecendo que os Estados têm o direito de participar do gerenciamento das águas de uma bacia internacional de uma forma equitativa, razoável e sustentável (art. 10). Há uma sutil mudança em relação às regras de Helsinki: em 2004 já não mais se fala em direito do Estado a uma parte equitativa e razoável das águas, mas em direito do Estado de participar da gestão das águas de forma equitativa, razoável e sustentável. Além disso, os Estados devem cooperar de boa-fé na gestão das águas de uma bacia internacional em prol do mútuo benefício dos Estados participantes (art. 11).

O art. 12 trata de conciliar a utilização equitativa de águas com o chamado princípio da obrigação de não causar dano a terceiro:

> 1. Os Estados de bacia devem, nos seus respectivos territórios, gerenciar as águas de uma bacia de drenagem internacional de forma equitativa e razoável, com a devida consideração pela obrigação de não causar dano significativo a outros Estados da bacia.
> 2. Em particular, os Estados da bacia devem desenvolver e utilizar as águas da bacia de forma a atingir um uso ótimo e sustentável e a obter benefícios, levando em consideração os interesses dos outros Estados da

---

c. environmental harm; and
d. the costs of reasonable measures to prevent or minimize such loss, injury, or harm.
8. 'Environmental harm' includes:
a. injury to the environment and any other loss or damage caused by such harm; and
b. the costs of reasonable measures to restore the environment actually undertaken or to be undertaken."

> bacia consistentes com a adequada proteção das águas[62].

Para se determinar o que é razoável e equitativo, deve-se considerar em cada caso particular todos os fatores relevantes listados no art. 13:

> 2. Fatores relevantes incluem, mas não se limitam a:
> a) Qualidades geográficas, hidrográficas, hidrológicas, hidrogeológicas, climáticas, ecológicas e outras qualidades naturais;
> b) Necessidades sociais e econômicas dos Estados;
> c) A população dependente das águas da bacia internacional em cada Estado da bacia;
> d) Os efeitos de um uso ou usos das águas da bacia por parte de um Estado em outro Estado da bacia;
> e) Os usos potenciais e os já existentes das águas da bacia internacional;
> f) A conservação, proteção, desenvolvimento e a economia dos usos das águas da bacia internacional e os custos das medidas necessárias para atingir tais propósitos;
> g) A disponibilidade de alternativas para usos particularmente planejados ou já existentes;
> h) A sustentabilidade dos usos propostos ou já existentes; e
> i) A minimização de danos ambientais.
> 3. O peso de cada fator é determinado pela sua importância em comparação com outros fatores relevantes. Na determinação do uso equitativo e razoável todos os fatores relevantes devem ser considerados em conjunto e a conclusão deve ser alcançada na base da totalidade[63].

Vale ressaltar que, se as Regras de Helsinki enfatizavam o direito de cada Estado da bacia a uma parcela equitativa e razoável das águas, numa concepção de igualdade entre os Estados, nas Regras de Berlin a ênfase é diferente: cada Estado da bacia é obrigado a gerenciar as águas de maneira equitativa e razoável, sendo que gerenciar significa (conforme

---

[62] No original: "*Article 12. Equitable Utilization*
1. Basin States shall in their respective territories manage the waters of an international drainage basin in an equitable and reasonable manner having due regard for the obligation not to cause significant harm to other basin States.
2. In particular, basin States shall develop and use the waters of the basin in order to attain the optimal and sustainable use thereof and benefits therefrom, taking into account the interests of other basin States, consistent with adequate protection of the waters."

[63] No original: *"2. Relevant factors to be considered include, but are not limited to:*
a. Geographic, hydrographic, hydrological, hydrogeological, climatic, ecological, and other natural features;
b. The social and economic needs of the basin States concerned;
c. The population dependent on the waters of the international drainage basin in each basin State;
d. The effects of the use or uses of the waters of the international drainage basin in one basin State upon other basin States;
e. Existing and potential uses of the waters of the international drainage basin;
f. Conservation, protection, development, and economy of use of the water resources of the international drainage basin and the costs of measures taken to achieve these purposes;
g. The availability of alternatives, of comparable value, to the particular planned or existing use;
h. The sustainability of proposed or existing uses; and
i. The minimization of environmental harm.
3. The weight of each factor is to be determined by its importance in comparison with other relevant factors. In determining what is a reasonable and equitable use, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of the whole."

o art. 3 das definições): desenvolvimento, uso, proteção, distribuição, regulação e controle de águas (SALMAN, 2007, p. 636).

Inovando em relação ao que havia sido estabelecido em 1966, as regras de Berlin ressaltam que na determinação do uso razoável e equitativo, os Estados devem alocar águas primeiramente para a satisfação de necessidades humanas vitais (art. 14), além desta hipótese, não deve haver hierarquia ou preferência entre os usos da água.

Também de forma inovadora, a Associação de Direito Internacional tratou da obrigação de não causar dano a outrem (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) de forma autônoma, ou seja, sem subordiná-la à ideia do uso equitativo e razoável como fora feito em Helsinki. Vale citar:

> Artigo 16. Proibição de dano transfronteiriço. Os Estados da bacia, no gerenciamento das águas de uma bacia de drenagem internacional, devem prevenir e abster-se da prática de ações ou omissões dentro de seu território que cause dano significativo a outro Estado da bacia, considerando o direito de cada Estado da bacia de utilizar as águas equitativa e razoavelmente[64].

Percebe-se outra diferença essencial entre o que foi proposto pela Associação de Direito Internacional em Helsinki e em Berlin: as regras de gerenciamento das águas de uma bacia internacional – de forma equitativa e razoável – são subordinadas à obrigação de não causar dano significativo a outro Estado da bacia, esta última prevista em um artigo específico. Antes, a obrigação de não causar dano estava implícita nos fatores de determinação da utilização razoável e equitativa. Agora, os dois princípios são colocados em pé de igualdade. Segundo Salman (2007, p. 637; 639), ao invés de esclarecer a matéria, as Regras de Berlin só criaram mais confusão, já que não fazem diferença entre dano quantitativo e dano qualitativo: o primeiro geralmente é abordado com base no princípio da utilização equitativa, enquanto que o segundo, com base nas obrigações relativas ao meio ambiente (como as dos capítulos V e VI, abordados adiante).

Além do âmbito das águas transfronteiriças, a Associação de Direito Internacional dedicou um capítulo integral aos "direitos das pessoas" (capítulo IV), compreendendo a participação pública e o acesso à informação (art. 18), educação (art. 19), a proteção de comunidades e povos indígenas (art. 20) e o dever de compensar pessoas ou comunidades deslocadas em razão de projetos relacionados aos recursos hídricos (art. 21). A mais importante previsão deste capítulo se refere ao "direito de acesso à água", disposto no art. 17,

---

[64] No original: *"Article 16. Avoidance of Transboundary Harm.*
Basin States, in managing the waters of an international drainage basin, shall refrain from and prevent acts or omissions within their territory that cause significant harm to another basin State having due regard for the right of each basin State to make equitable and reasonable use of the waters".

segundo o qual todo indivíduo tem o direito de acesso à água suficiente, segura, satisfatória, fisicamente e economicamente acessível para satisfazer suas necessidades humanas vitais. É notável que a ILA defina o conteúdo do direito "das pessoas" de acesso à água como algo condicionado à possibilidade de pagamento. O tema será abordado adiante, quando do relato dos esforços de se proclamar o "direito humano à água", mas desde já é preciso ressaltar o aspecto mercantil indefectível em declarações aparentemente bem intencionadas desse tipo. Além disso, a ILA ora exige a intervenção do Estado, ora atribui ao Estado um papel de fiscal. Pode-se observar o art. 17:

> Artigo 17. O direito de acesso à água
> 1. Todo indivíduo tem o direito de acesso à água suficiente, segura, satisfatória, fisicamente e economicamente acessível para satisfazer suas necessidades humanas vitais.
> 2. Os Estados devem assegurar a implementação do direito de acesso à água de forma não discriminatória.
> 3. Os Estados devem realizar progressivamente o direito à água por meio de:
> a) Abster-se de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito;
> b) Prevenir que terceiros interfiram no gozo do direito;
> c) Adotar as medidas necessárias para facilitar o acesso dos indivíduos à água, por exemplo, definindo e aplicando as medidas legais de acesso a água e usos da água; e
> d) Fornecendo água ou os meios para obter água quando os indivíduos não podem, por razões fora de seu controle, obter acesso a água pelos seus próprios esforços.
> 4. Os Estados devem fiscalizar e revisar periodicamente, por meio de um processo transparente e com participação pública, a realização do direito de acesso a água[65].

Na sequência, as regras de Berlin passam a tratar da proteção do ambiente aquático (capítulo V). Em sete artigos, enuncia-se uma série de medidas que devem ser adotadas pelos Estados, medidas de acordo com as declarações das conferências da ONU sobre meio ambiente (1972 e 1992). Os Estados devem adotar as medidas apropriadas para proteger a integridade ecológica necessária para manutenção dos ecossistemas dependentes da água (art. 22), inclusive com a manutenção de uma vazão ecológica (art. 24); prevenir a introdução de

[65] No original: *"Article 17. The Right of Access to Water*
1. Every individual has a right of access to sufficient, safe, acceptable, physically accessible, and affordable water to meet that individual's vital human needs.
2. States shall ensure the implementation of the right of access to water on a non-discriminatory basis.
3. States shall progressively realize the right of access to water by:
a. Refraining from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right;
b. Preventing third parties from interfering with the enjoyment of the right;
c. Taking measures to facilitate individuals access to water, such as defining and en-forcing appropriate legal rights of access to and use of water; and
d. Providing water or the means for obtaining water when individuals are unable, through reasons beyond their control, to access water through their own efforts.
4. States shall monitor and review periodically, through a participatory and transparent process, the realization of the right of access to water".

espécies estranhas (art. 25) e de substâncias perigosas no ambiente aquático (art. 26); prevenir, reduzir, eliminar ou controlar a poluição (art. 27); e estabelecer parâmetros de qualidade da água de forma a resguardar a saúde pública e o ambiente aquático. No cumprimento de todas as suas obrigações os Estados devem seguir o princípio da precaução (art. 23).

Ainda no campo da ecologia, a ILA determina que os Estados devem realizar avaliações dos impactos dos programas, projetos ou atividades que possam ter um efeito significativo no meio ambiente aquático ou no desenvolvimento sustentável das águas (no Brasil: "estudo de impacto ambiental") (art. 29, 1), inovando no que se refere às categorias de impactos: impactos para saúde humana e segurança, impactos ambientais, efeitos sobre atividades econômicas, efeitos sobre condições culturais e sócio-econômicas e efeitos sobre a sustentabilidade dos usos da água (art. 29, 2). As Regras de Berlin estabelecem um procedimento para este estudo (art. 31), que deve contar com a participação pública (mesmo de nacionais de outro Estado ameaçados de sofrer danos resultantes de programas, projetos ou atividades) (art. 30). Não há menção ao princípio do poluidor-pagador porque a ILA não o considera parte das normas internacionais costumeiras, conforme os comentários no próprio relatório que expõe as Regras de Berlin. O capítulo seguinte (VII) trata de situações extremas como acidentes de poluição, enchentes e secas, determinando que os Estados devem prevenir, reduzir, eliminar ou controlar todas as "condições da água" que representem risco para saúde ou vida humana, dano a propriedade ou dano ambiental e desenvolver sistemas de alerta e notificações (art. 32-35).

O capítulo VIII das Regras de Berlin é dedicado à questão das águas subterrâneas, definindo, desde o início, sua aplicação a todo tipo de aquífero[66], tenha ou não relação com águas de superfície (art. 36). Primeiramente, determina que os Estados atuem conforme o princípio da precaução (art. 38) e que adotem um gerenciamento integrado numa acepção mais restrita, *conjunctively*, considerando eventuais conexões entre aquíferos e corpos de água de superfície e os impactos das atividades desenvolvidas sob jurisdição ou controle do Estado (art. 37). De acordo com princípios enumerados no início do capítulo, os Estados devem poder obter informações sobre as águas subterrâneas (art. 39), devem aplicar o princípio da sustentabilidade (art. 40) e proteger os aquíferos de poluição e contaminação, inclusive

[66] Um aquífero, segundo o artigo que contém as definições, significa uma ou mais camadas de estratos geológicos suficientemente porosos e permeáveis que permitam um fluxo ou a retirada de águas subterrâneas "usáveis" (art. 1º, 2). No original: *"'Aquifer means a subsurface layer or layers of geological strata of sufficient porosity and permeability to allow either a flow of or the withdrawal of usable quantities of groundwater".*

integrando o tema nos programas de gerenciamento do solo e de meio ambiente (art. 41).

Há um artigo específico para abordar os aquíferos transfronteiriços:

> Art. 42. Aquíferos transfronteiriços
> 1.As regras aplicáveis às águas internacionalmente compartilhadas se aplicam a um aquífero se:
> a) ele está ligado às águas superficiais que são parte de uma bacia de drenagem internacional;
> b) é recortado pelas fronteiras entre dois ou mais Estados, mesmo que não seja ligado às águas superficiais que formam uma bacia de drenagem internacional.
> 2.Sempre que possível e apropriado, os Estados da bacia que compartilham um aquífero referido no parágrafo 1 devem gerenciar o aquífero na sua totalidade.
> 3.Na gestão das águas de um aquífero referido no parágrafo 1º os Estados devem realizar consultas e trocar informações e dados a pedido de qualquer um deles, bem como devem colaborar na coleta e análise de informações adicionais necessárias pertinentes às obrigações aqui mencionadas.
> 4. Os Estados devem cooperar, conforme os procedimentos estabelecidos no Capítulo XI, para estabelecer padrões a fim de garantir a utilização equitativa e razoável do aquífero referido no parágrafo 1, considerando a obrigação de não causar dano significativo e a obrigação de proteger o aquífero.
> 5.Os Estados que partilham um aquífero referido no parágrafo 1 devem cooperar na gestão da recarga do aquífero.
> 6. Os Estados que partilham um aquífero referido no parágrafo 1 devem se abster e prevenir ações e omissões dentro de seu território que causem um prejuízo significativo para outro Estado, levando em consideração o direito de cada Estado de uso equitativo e razoável das águas.

O capítulo IX descreve as condições que a ILA propõe para a liberdade de navegação, de forma similar à das regras de Helsinki. Os Estados da bacia têm o direito à liberdade de navegação por todo o curso d'água do qual são ribeirinhos, de forma equitativa e não discriminatória (arts. 43 a 49).

Na sequência, o capítulo X trata da proteção das águas e instalações em tempo de guerra ou conflito armado. É proibido envenenar água ou torná-la imprópria para consumo (art. 50); desviar água e atacar instalações indispensáveis para a saúde e sobrevivência da população civil (art. 51), com exceção da situação de autodefesa, em caso de imperativa necessidade militar (art. 51, 3). Barragens e diques, quando não utilizados com propósito militar, não podem ser atacados (art. 53), tampouco pode-se atacar instalações de água ou promover desvios caso isso possa causar graves danos ambientais e de longo prazo (art. 52). Nos territórios ocupados, a água deve ser gerenciada de forma sustentável e as instalações devem ser protegidas de forma a se assegurar o abastecimento da população (art. 54) e os tratados sobre água eventualmente existentes continuam em vigor entre as partes, mesmo em tempo de guerra ou conflito armado, podendo ser suspensos somente em caso de necessidade

militar (art. 55).

Por fim, as Regras de Berlin passam ao tema da cooperação internacional e do controvertido dever de informação: os Estados devem fornecer todas as informações relevantes e disponíveis sobre a qualidade e quantidade da água, sobre o meio aquático, sobre causas de modificações das condições da água e do ambiente aquático, com uma lista das retiradas, das fontes de poluição, bem como sobre programas, projetos, planos ou atividades ou resultados de estudos de impacto (art. 56).

Os Estados devem prontamente notificar outros Estados ou organizações internacionais que podem ser afetados significativamente por um programa, plano, projeto ou atividade; caso algum ribeirinho tenha razões para acreditar que um programa, projeto ou atividade de outro Estado possa envolver impactos significativos nas suas águas ou seu ambiente aquático sem que tenha sido informado, poderá requerer informações ou solicitar o procedimento de consulta. Durante o procedimento de consulta, o Estado responsável deve abster-se de dar continuidade ao programa, projeto ou atividade, por um período razoável, desde que a consulta não seja utilizada somente para atrasar injustificadamente os programas, projetos ou atividades em questão (arts. 57 a 58); pode-se dar início à implementação do projeto, plano ou atividade caso seja de suma importância para a saúde pública, para a segurança pública ou interesse semelhante (art. 61).

Ainda no campo da cooperação, os Estados devem procurar harmonizar suas legislações e políticas a respeito do uso equitativo e sustentável das águas e do ambiente aquático (art. 62); bem como estabelecer acordos para gerenciamento conjunto da bacia (art. 64).

Embora as Regras de Berlin prevejam o dever de informação de forma mais detalhada do que as regras de Helsinki, não há conteúdo certo para as noções de “prazo razoável”, “atraso injustificado” e “interesse semelhante”. A rigor, as regras não estabelecem – e não poderiam estabelecer - uma consequência jurídica para a violação do dever de informação ou a realização dos empreendimentos (na linguagem da resolução: projeto, plano ou atividade) sem o consentimento de outros ribeirinhos.

Há uma previsão geral de responsabilidade internacional do Estado[67] antes das regras se dedicarem às medidas legais[68] (capítulo XIII) e à solução de controvérsias (capítulo XIV).

[67] Conforme art. 68, os Estados são responsáveis por violações de Direito Internacional em relação ao gerenciamento de águas ou ao ambiente aquático, de acordo com o Direito Internacional de responsabilidade internacional do Estado.

[68] Garantindo um “acesso à justiça” a pessoas nacionais ou estrangeiras, organizações não governamentais órgãos públicos, conforme arts. 69-71.

É relevante ressaltar que assim como nas regras de Helsinki, além de estabelecer que os Estados devem solucionar suas controvérsias pacificamente, a ILA prevê uma série de métodos: consultas, comissão de inquérito para esclarecer os fatos, mediação e conciliação. Caso nada disso funcione, os Estados devem submeter sua disputa a um tribunal arbitral *ad hoc* ou permanente ou a uma corte internacional competente (art. 73).

É louvável o trabalho da Associação de Direito Internacional de reunir nas Regras de Berlin tanto aquilo que considera normas costumeiras de Direito Internacional, quanto prescrições que sequer são aceitas pelos Estados, como os chamados *princípios de Direito Internacional ambiental*, dos quais ninguém discorda de forma veemente, mas que muito poucos põem em prática.

Contudo, nenhum dos instrumentos mencionados – resoluções, declarações, conjunto de regras – da ILA ou do IDI pode ser considerado como dotado de obrigatoriedade. Nem mesmo as declarações resultantes de conferências da Organização das Nações Unidas são pacificamente tidas como fontes de Direito Internacional, quanto menos os resultados de estudos particulares.

Conforme dito anteriormente, o Instituto de Direito Internacional é uma organização fechada de *experts*, de caráter não governamental, que se dedica a estudar temas de relevância para o Direito Internacional, de forma a contribuir com o seu desenvolvimento. As resoluções do IDI, ou seja, o resultado das suas sessões, constituem trabalho de *experts*, de estudiosos, e não podem ser consideradas, de forma alguma, fontes de Direito Internacional.

O mesmo pode ser dito da Associação de Direito Internacional. A ILA é dotada de muito prestígio e goza de status consultivo junto a algumas agências especializadas da ONU. No entanto, os seus estudos – ou seja, as "regras" que propõe - não são considerados fontes formais de Direito Internacional. Nem o IDI, nem a ILA produzem Direito Internacional.

Afirma-se que o IDI e a ILA não produzem Direito Internacional, porque as suas resoluções não constituem fontes *stricto sensu*, tais como aquelas enumeradas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[69]. Segundo esta norma, a doutrina

[69] Estabelece o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça:
1.A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
a)as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
b)o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
c)os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
d)sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2.A presente disposição prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

jusinternacionalista somente pode ser considerada como meio auxiliar para a determinação das regras de direito (art. 38, 1, b). Em outras palavras, a Corte Internacional de Justiça pode levar em consideração as regras propostas pela ILA, por exemplo, para pronunciar a sua decisão, no julgamento de um caso concreto (sendo que, segundo o art. 59 do mesmo Estatuto, a decisão só vale para as partes litigantes a respeito do caso em questão).

Guido Soares (2002, p. 97) explica que os precedentes judiciais e a doutrina internacionalista somente podem produzir norma se conjugadas com as outras três fontes mencionadas no art. 38 do Estatuto da CIJ, mas não "de maneira direta, de modo exclusivo e por força normativa própria e solitária". Isso porque se procurou evitar que a Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, a Corte Internacional de Justiça pudesse reproduzir fenômenos das esferas nacionais: a excessiva ênfase nos precedentes judiciais (como nos sistemas de *common law*) ou na doutrina, conferindo-lhes uma importância relativa em relação às outras fontes.

Além disso, o fato de não constituírem fontes formais de direito não significa que eventualmente regras propostas pela doutrina internacional não possam ser incorporadas à prática dos Estados. O fato de os Estados praticarem algumas das regras sugeridas pela ILA pode dar lugar a uma norma costumeira de Direito Internacional, mas a Associação em si não produz Direito Internacional.

Christian Caubet (1990, p. 187-188) ressalta o fato de que a tomada de posição teórica não representa somente uma vontade de apresentar a realidade de forma coerente, mas também as convicções de seu autor ou o desejo de consolidar ou de fazer evoluir as práticas estatais. Em todo caso, é possível notar um descompasso entre a doutrina e suas proposições de *lege ferenda* e as práticas estatais ou verdadeiro estado do Direito. Como a realidade, em se tratando das relações internacionais, tem o desagradável costume de contrariar teorias e conceitos arquitetados com idealismo e boa-fé, resta à doutrina procurar os aspectos negativos que possam servir como "bodes expiatórios"; quase sempre será a soberania estatal. Não é porque há necessidade de regras que se pode afirmar que elas existem, ou seja, não se deve confundir o Direito como ele é com o que os juristas pensam que ele deveria ser.

1.4. Os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU e a Convenção de Nova York (1997)

Por solicitação da Assembleia Geral da ONU, a Comissão de Direito Internacional estudou durante 20 anos o tema dos recursos hídricos de água doce e os seus usos, excluído o uso para navegação. O objetivo era o de produzir um tratado internacional sobre o assunto, algo que foi concretizado em 1997.

1.4.1. O contexto dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional

A Comissão de Direito Internacional - CDI da ONU foi criada em 1947 como órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, com objetivo de cumprir o art. 13, 1, a da Carta, segundo o qual a AG iniciará estudos e fará recomendações para incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação.

Já em 1959, a Assembleia geral solicitou que a CDI estudasse a questão - por meio da Resolução n. 1401 (XIV), de 21 de novembro de 1959 – e preparasse um relatório com informações fornecidas pelos Estados membros da ONU a respeito da legislação nacional em vigor; com um resumo dos tratados em vigor e das definições proferidas por tribunais internacional; e com um quadro geral dos estudos feitos por organizações não governamentais. No entanto, apenas 5 Estados (Estados Unidos, México, Noruega, Países Baixos e Suécia) responderam as solicitações acerca das suas legislações.

O tema veio à tona novamente em 1971 por iniciativa da Finlândia. A Assembleia Geral adotou a Resolução n. 2.669 (XXV), de 8 de dezembro de 1970[70], recomendando que a CDI incluísse na sua pauta de trabalho o estudo do direito sobre os cursos de água internacional para fins diversos da navegação. Na sua sessão XXIII, em 1971, a CDI efetivamente incluiu o tema no seu programa de trabalho, embora a prioridade a ser dada para o tema ainda não estivesse definida. Atendendo à solicitação da Assembleia Geral (Resolução n. 3315 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974), a CDI criou um subcomitê na sua vigésima quinta sessão, em 1973.

[70] A Resolução n. 2.669 (XXV), de 8 de dezembro de 1970, é intitulada: "*Progressive development and codification of the rules of international law relating to international watercourses*".

Os trabalhos da CDI desenvolvem-se conforme a seguinte sistemática: nomeia-se um relator especial, que tem a tarefa de fazer um levantamento completo de determinado assunto; o relator especial apresenta o seu relatório aos outros 33 membros da CDI que comentam, criticam e fazem observações, contribuindo para aprimorar os sucessivos relatórios apresentados; o resultado é apresentado à Assembleia Geral, cujos membros também podem fazer comentários e observações e devolver à CDI, para que continue os estudos e relatórios (CAUBET, 1990, p. 199).

O tema dos recursos hídricos teve cinco relatores na CDI: Richard Kearney (1974), Stephen Schwebel (1977), Jens Evensen (1982), Stephen McCaffrey (1985) e Robert Rosenstock (1992). A sucessão de relatores e a busca por um consenso geral podem explicar a demora na elaboração de propostas jurídicas. Pode-se identificar fases distintas nos posicionamentos dos relatores e dos membros da CDI: uma primeira fase de levantamento de questões ligadas ao assunto[71] e o primeiro relatório de Richard Kearney, marcado por uma concepção unitária e preconizando a adoção do conceito de bacia fluvial; a segunda fase cobrindo os três relatórios de Stephen Schwebel[72] e o primeiro de Jens Evensen, com a

[71] A CDI estabeleceu uma subcomissão que elaborou um questionário, enviado aos Estados, para que estes precisassem o alcance a ser dado para o estudo da questão. O questionário compreende as seguintes indagações:
"a. Qual seria o alcance da definição a dar a uma via de água internacional para um estudo dos aspectos jurídicos das utilizações, de um lado, da água doce e, de outro, da poluição da água doce?
b. É a noção geográfica de bacia hidrográfica internacional a base apropriada para um estudo dos aspectos jurídicos das utilizações das vias de água internacionais para fins que não os da navegação?
c. É a noção geográfica de bacia hidrográfica internacional a base apropriada para um estudo dos aspectos jurídicos da poluição das vias de água internacionais?
d. No que se refere às utilizações da água doce, a Comissão deveria adotar o plano abaixo como base de seu estudo:

a) Utilizações agrícolas: 1. Irrigação; 2. Drenagem; 3. Evacuação de detritos; 4. Aquicultura;
b) Utilizações econômicas e comerciais: 1. Produção de energia (hidrelétrica, nuclear e mecânica); 2. Indústrias; 3. Construção; 4. Transportes que não os da navegação; 5. Transporte de madeira por água; 6. Evacuação de detritos; 7. Indústrias extrativas (mineral, petrolífera, etc.);
c) Utilizações domésticas e sociais: 1. Consumo (bebida, cozinha, lavagem etc.); 2. Evacuação dos detritos; 3. Lazer (natação, pesca, esportes aquáticos etc.)?

e. Há outras utilizações que deveriam figurar no plano?
f. Deveria a Comissão estender seu estudo à luta contra as inundações e aos problemas de erosão?
g. Deveria a comissão levar em conta em seu estudo a interação entre a utilização para fins que não os da navegação e as outras utilizações?
h. Está de acordo que a comissão inicie seu estudo pelo problema da poluição das vias de água internacionais?
i. Seria necessário tomar disposições especiais para que a Comissão recebesse os pareceres técnicos, científicos e econômicos de que necessitasse , por exemplo, criando um comitê de especialistas?"
As respostas dão uma ideia das diferentes concepções dos Estados: vários apóiam-se na definição tradicional do rio internacional estabelecida em Viena (como Brasil, Alemanha, Barbados, Áustria, Colômbia, Equador, Espanha, Nicarágua e Polônia); enquanto outros insistem na concepção unitária de bacia hidrográfica (EUA, Finlândia, Argentina, Suécia, Grécia, Luxemburgo, Nigéria, Síria, Bangladesh e Portugal); restando um terceiro grupo com posição matizada (CAUBET, 1990, p. 201-202).

[72] Schwebel esforçou-se por tentar estabelecer que a água é um recurso natural compartilhado, baseado no art. 3º da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados - Resolução 3281 (XXIX) adotada em 12 de dezembro de 1974 pela AG – segundo a qual não haveria soberania permanente sobre recursos naturais compartilhados

utilização de uma ambígua concepção de "via de água internacional" e, posteriormente, de "sistemas", de forma a conciliar antagonismos[73]; na terceira fase, após críticas, houve uma nítida guinada nas orientações, consolidando-se uma concepção mais analítica e a volta dos princípio mais tradicionais[74] (CAUBET, 1990, p. 1999; DIHN, 2003, p. 1256; MCCAFFREY, 2008, p. 1-2; CDI, 2009).

Somente em 1991, a Comissão adotou o primeiro rascunho de artigos sobre o assunto. Por meio da Resolução 46/54 de 9 de dezembro de 1991 a AG solicitou aos governos dos Estados que apresentassem seus comentários e observações. Foi nesse contexto que o relator especial Robert Rosenstock questionou a AG sobre a oportunidade de se incluir provisões sobre águas subterrâneas confinadas não relacionadas com as águas de superfície (*unrelated confined groundwaters*)[75].

Em 1994, na sua quadragésima sexta sessão, a Comissão de Direito Internacional adotou o texto final do esboço de artigos sobre o direito dos usos diversos da navegação dos cursos de água internacionais – paralelamente, uma resolução a respeito de águas subterrâneas[76] – submetendo-o à Assembleia Geral, com a recomendação de que fosse elaborada uma convenção sobre o assunto com base no referido esboço. A AG, na sequência, estabeleceu um grupo de trabalho aberto aos Estados membros da ONU e às suas agências especializadas para elaborar uma convenção quadro sobre o direito dos usos diversos da navegação dos cursos de água internacionais, com base no rascunho da CDI (Resolução 49/52, de 8 de dezembro de 1994).

Após conclusão dos trabalhos do grupo, a AG adotou, por meio da Resolução n.

---

impondo-se a cooperação, o dever de informação e de consultas prévias para assegurar a exploração ótima dos recursos, sem causar prejuízos aos outros Estados (CAUBET, 1990, p. 208; CLÉMENT, 2003, p. 81-82).

[73] O sítio *web* da CDI relata que na sessão XXVIII, de 1976, houve um debate que resultou na decisão de não determinar o escopo do termo "curso d'água internacional". Ao invés disso, os trabalhos da Comissão deveriam formular princípios gerais aplicáveis aos usos dos referidos cursos d'água e regras as mais abrangentes possíveis. A intenção era de que as normas propostas pela CDI tivessem um caráter subsidiário em relação a regimes específicos para os rios internacionais, cuja criação deveria ser incentivada.

[74] A noção de recurso natural compartilhado mostrou-se por demais controvertida, optando-se por afirmar que cada Estado tem direito a uma parte equitativa na utilização das águas, podendo utilizá-la soberanamente, com a condição de não prejudicar os demais. Trata-se de um recuo na concepção unitária de bacia hidrográfica (CAUBET, 1990, p. 219).

[75] Robert Rosenstock era partidário da inclusão do tema das águas subterrâneas confinadas e não relacionadas no Projeto da Convenção, conforme os seus informes de 1993 e 1994. Entendia que às águas subterrâneas aplicavam-se os mesmos princípios e normas concebidos para os cursos de água. No entanto, a posição de Rosenstock encontrou oposição entre os membros da CDI, que entendia que as águas subterrâneas deveriam receber um tratamento à parte (CLÉMENT, 2003, p. 98-99).

[76] *Resolution on confined transboundary groundwater*, de 1994. Esta resolução aconselha os Estados que façam acordos para regular as águas subterrâneas transfronteiriças e que, nessa regulação, se guiem pelos princípios contidos no esboço da convenção sobre o direito dos usos diversos da navegação dos cursos de água internacionais; e que havendo disputa que envolva águas subterrâneas transfronteiriças resolvam-nas pacificamente, conforme o art. 33 do esboço de convenção.

51/229, de 21 de maio de 1997, a Convenção sobre o direito dos cursos de água internacionais para usos diversos da navegação (*Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*) (MCCAFFREY, 2008, p.1; CDI, 2009).

1.4.2. A Convenção sobre o direito dos usos dos cursos d'água internacionais para fins diversos da navegação

A Convenção sobre o direito dos usos dos cursos d'água internacionais para fins diversos da navegação ou, simplesmente, Convenção de Nova York ficou aberta para assinatura até 20 de maio de 2000 na sede da ONU em Nova York, com a previsão de entrar em vigor noventa dias após o depósito da trigésima quinta ratificação (art. 36). Ela constitui-se de um preâmbulo, 37 artigos divididos em 7 partes e um anexo sobre arbitragem.

1.4.2.1. Escopo e definições

Primeiramente, a Convenção explicita que se aplica aos usos diversos da navegação, exceto na medida em que a navegação afete os outros usos ou que seja afetada por outros usos (art. 1º). O art. 2º dedica-se às definições, ressalte-se a mais relevante delas:

> Curso de água significa um sistema de águas superficiais e subterrâneas que constituam, em razão de sua relação física, um conjunto unitário e desembocando, normalmente, num ponto comum[77].

Se inicialmente a Comissão de Direito Internacional pretendia adotar um conceito que fizesse referência à unidade física das águas, ela foi duramente criticada. A solução foi a de fazer apenas referência à noção de sistema quando da definição do curso de água internacional. Neste contexto, um curso de água internacional significa um curso de água cujas partes se situem em diferentes Estados (art.2, b) e um curso de água significa um sistema de águas superficiais e subterrâneas que constituem uma unidade, normalmente com

[77] No original: "*'Watercourse' means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus*".

um desaguadouro comum (art.2, a)[78]. Um Estado de curso de água (*watercourse State*) pode significar tanto um Estado quanto uma organização de integração econômica regional (art. 2, c e d) onde se localize o curso de água, aparentemente eliminando a dicotomia entre rios contíguos e sucessivos. Vale lembrar que a Convenção não trata das águas subterrâneas não conectadas com águas de superfície.

A Convenção de NY não afeta os direitos e obrigações advindos de acordos já firmados por um Estado, mas este deve considerar os princípios contidos na Convenção com intuito de harmonizar os acordos já existentes aos referidos princípios (art. 3, 1 e 2). Quando Estados assinam um acordo sobre um determinado curso de água internacional, devem definir a quais águas se aplica o acordo, pois este pode ser firmado para regular a totalidade do curso de água ou uma parte, bem como para regular um determinado uso particular, um projeto ou programa. Um acordo não pode afetar as utilizações da água por parte de um Estado do curso de água que dele não seja parte, também não pode atentar contra direitos e obrigações deste Estado decorrentes da própria Convenção (art. 3, 4). Todo Estado do curso de água tem o direito de participar de negociações sobre um acordo para a totalidade do curso de água, inclusive para se tornar parte do referido acordo; caso um Estado possa ser afetado pela implementação de um acordo sobre o curso de água, do qual não faça parte, pode participar de consultas e, eventualmente, de negociações para se tornar parte (art. 4, 1 e 2).

1.4.2.2. Os princípios

A segunda parte da Convenção de NY enumera cinco princípios gerais. O primeiro é o da utilização e participação equitativa e razoável definido da seguinte forma:

> 1.Os Estados do curso de água devem, nos seus respectivos territórios, utilizar um curso de água internacional de maneira equitativa e razoável. Em particular, um curso de água internacional deve ser usado e desenvolvido pelos Estados com vistas a fazer uma ótima e sustentável utilização e disso obter benefícios, considerando os interesses dos Estados do curso de água compatíveis com a adequada proteção do curso de água.
> 2. Os Estados do curso de água devem participar no uso, desenvolvimento e proteção de um curso de água internacional de maneira equitativa e razoável. A participação inclui tanto o direito de utilizar o curso de água como o dever de cooperar na proteção e desenvolvimento, como determinado na presente

[78] No original: *"´Watercourse´ means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus"*.

Convenção.[79]

Para determinar o que é utilização equitativa e razoável, a Convenção propõe, no art. 6º, que se leve em consideração uma série de fatores relevantes e circunstâncias, como:

> a) Fatores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos e outros de caráter natural;
> b) As necessidades sociais e econômicas dos Estados do curso de água em questão;
> c) A população dependente do curso de água, dentro de cada Estado;
> d) Os efeitos do uso ou usos do curso de água por parte de um Estado em outro Estado;
> e) Os usos já existentes e potenciais do curso de água
> f) A conservação, proteção, desenvolvimento e economia do uso dos recursos hídricos de um curso de água e os custos de medidas para esses efeitos;
> g) A disponibilidade de alternativas de valor comparável para um uso particular existente ou planejado.
> [...] 3. O peso a ser dado para cada fator deve ser determinado pela sua importância em comparação com a importância de outros fatores relevantes. Na determinação do que é uso razoável e equitativo todos os fatores relevantes devem ser considerados em conjunto e a conclusão deve ser alcançada na base da totalidade.[80]

Os fatores devem ser considerados em conjunto e as conclusões baseadas na totalidade (art. 2, 3). Neste aspecto, a Comissão de Direito Internacional incorporou quase que integralmente o que propunha a Associação de Direito Internacional em Helsinki: os aspectos naturais, as necessidades sociais e econômicas dos Estados, a população, a utilização já feita das águas do curso de água. No entanto, as Regras de Helsinki ainda incluíam, entre os fatores relevantes, a proibição do desperdício e os custos das soluções alternativas para satisfazer as necessidades econômicas e sociais de cada Estado. As Regras de Berlin, como visto, avançaram um pouco mais, incluindo entre os fatores a sustentabilidade dos usos propostos ou já existentes e a minimização dos danos ambientais.

---

[79] No original: "*1. Watercourse States shall in their respective territories utilize an international watercourse in an equitable and reasonable manner. In particular, an international watercourse shall be used and developed by watercourse States with a view to attaining optimal and sustainable utilization thereof and benefits therefrom, taking into account the interests of the watercourse States concerned, consistent with adequate protection of the watercourse.*
2. Watercourse States shall participate in the use, development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner. Such participation includes both the right to utilize the watercourse and the duty to cooperate in the protection and development thereof, as provided in the present Convention".

[80] No original: "*(a) Geographic, hydrographie, hydrological, climatic, ecological and other factors of a natural character;*
(b) The social and economic needs of the watercourse States concerned;
(c) The population dependent on the watercourse in each watercourse State;
(d) The effects of the use or uses of the watercourses in one watercourse State on other watercourse States;
(e) Existing and potential uses of the watercourse;
(f) Conservation, protection, development and economy of use of the water resources of the watercourse and the costs of measures taken to that effect;
(g) The availability of alternatives, of comparable value, to a particular planned or existing use".

Como dito quando da análise das Regras de Helsinki, a crítica necessária à regra da "utilização equitativa e razoável" compreende o fato de que não há definição para o que é "equitativo e razoável". Como explicou Bruhács (1993, p. 161-163), utilizar os dois termos conjuntamente pode ser considerada simples verborragia, já que na prática a Corte Internacional de Justiça utiliza os dois vocábulos alternativamente[81]. Se a definição do que é "equitativo e razoável" depende dos fatores, a apreciação dos fatores é essencialmente subjetiva, já que cada Estado tem a sua própria avaliação sobre suas necessidades (que costumam ser infinitas), sobre a relevância dos seus usos e as vantagens que disso obtém.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 99), falta na Convenção de NY a indicação de "um procedimento administrativo específico para coletar dados e informações e analisá-los em cada Estado do curso de água internacional e de forma conjunta entre os Estados integrantes da mesma bacia internacional de drenagem" de forma a definir a utilização equitativa e razoável.

O art. 7º da Convenção de NY trata da obrigação de não causar dano significativo[82], definindo-a como o dever dos Estados de um curso de água de adotar todas as medidas para prevenir o evento de um dano significativo a outro Estado do curso de água (art. 7, 1); se mesmo assim um dano for causado, o Estado cuja utilização causou o dano deve adotar as medidas necessárias para mitigar ou eliminar o dano e, se apropriado, deve discutir a compensação (art. 7, 2)[83].

Se, nos trabalhos doutrinários, o Instituto de Direito Internacional apresentava uma tendência de enfatizar a obrigação de não causar dano e, por outro lado, a Associação de Direito Internacional costumava debruçar-se com mais atenção sobre a participação equitativa

---

[81] É preciso repetir que o mesmo autor explica que o termo equidade costuma aparecer com 3 acepções diferentes: como uma forma de expressar as igualdades soberanas em oposição à noção de soberania compartilhada; como um método para determinar os direitos de utilização de um rio por parte de cada Estado ribeirinho; e como uma coordenação de usos, atingida pela aplicação do método (BRUHÁCS, 1993, p. 158).

[82] Se é pacífico que o Direito Internacional proíbe a prática de atos que causem danos sensíveis a um outro Estado, é de se perguntar se o Direito Internacional obriga que um Estado realize ou empreenda obras para modificar um estado natural que provoca um dano ou prejuízo sensível a outro país. Esta situação se apresentou a um tribunal federal alemão, quando da disputa entre dois Estados membros de uma Federação (os Länder de Baden e Württenberg) em razão da "infiltração do Danúbio". O tribunal decidiu em 18 de junho de 1927, aplicando o Direito Internacional, que embora haja a obrigação de não causar dano sensível a outro, um Estado não está obrigado a modificar as condições naturais de um rio ou impedir alterações naturais que este sofra, em benefício de outro Estado (BARBERIS, 1979, p. 30; 197, p. 148; CLÉMENT, 2003, p. 83).

[83] No original: "*Article 7. Obligation not to cause significant harm*

1.Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.

2.Where significant harm nevertheless is caused to another watercourse State, the State whose use causes such harm shall, in the absence of agreement to such use, take all appropriate measures, having due regard for the provisions of articles 5 and 6, in consultation with the affected State, to eliminate or mitigate such harm and, where appropriate, to discuss the question of compensation".

e razoável, a Convenção da ONU de 1997 tem o mérito de reunir as duas proposições no mesmo documento.

A regra do art. 7º foi uma das mais discutidas na CDI. Muitos Estados de jusante de um determinado curso de água internacional propuseram um reforço na proibição de causar danos e lamentaram "a debilidade da obrigação de diligência e o fato de que o adjetivo 'significativo' elevara excessivamente o parâmetro do dano relevante". Por outro lado, países situados a montante de um determinado curso de água sustentavam a posição contrária: a supressão do art. 7º ou, pelo menos, a sua subordinação ao princípio da utilização equitativa (MACHADO, 2009, p. 143-144)[84].

A Convenção de NY institui no art. 7º, aparentemente, duas obrigações distintas. A primeira (art. 7º, 1) é uma obrigação de meios, ou seja, de adotar todas as medidas para evitar que o dano ocorra; e não necessariamente de não causar danos, o que seria uma obrigação de resultado – o que significa, por outro lado, que mesmo que não se concretize o dano, pode-se considerar que houve violação da obrigação. Já a segunda parte do artigo estabelece que mesmo que o Estado adote todas as medidas necessárias para evitar a ocorrência de um dano, ou seja, mesmo que seja isento de culpa, ele tem responsabilidade caso um dano significativo efetivamente se concretize.

No entanto, segundo Christian Caubet (1990, p. 231) a questão da responsabilidade internacional deveria levar em consideração as distinções entre os usos consuntivos e não consuntivos e entre usos poluentes e não poluentes, estabelecendo assim uma gradação da responsabilidade conforme se acumulam os efeitos negativos desses usos[85]. Existiriam, desta forma, quatro hipóteses fundamentais de caracterização dos usos: não consuntivos e não poluentes; consuntivos e não poluentes; não consuntivos e poluentes; e consuntivos e poluentes[86]. A adoção dessas quatro hipóteses para sopesar-se a responsabilidade não surtiria efeitos somente *a posteriori*, ou seja, para após a realização do dano, mas incitaria os Estados

[84] Salman também comenta esta oposição entre países de montante e de jusante (2007, p. 633), os países a jusante de um curso de água tendem a favorecer a obrigação de não causar dano significativo, pois esta protegeria os usos já existentes dos impactos decorrentes das atividades dos ribeirinhos de montante. Estes, por outro lado, tendem a preferir o princípio da utilização equitativa e razoável, porque lhes dá justificativa de utilizar as águas para atividades que possam eventualmente prejudicar os Estados situados a jusante.

[85] Os usos consuntivos são aqueles que significam a apropriação da água, seja porque sofreu evaporação, seja porque foi incorporada a um processo de produção ou simplesmente porque a água não foi restituída ao corpo de água onde foi captada. Os usos poluentes são aqueles que provocam alteração das características físicas, químicas ou biológicas das águas, tal como prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) (CAUBET, 2004).

[86] Exemplos de usos consuntivos são: os usos industriais (como insumo no processo de produção), uso agrícola (na irrigação e na dessedentação de animais), uso na geração de energia elétrica (por causa da evaporação). Os usos da água para navegação, na exploração de garimpos de ouro, ou na exploração de areia e cascalho, por exemplo, são usos não consuntivos, embora sejam poluentes. O uso da água para pesca – desde que não seja predatória – é não consuntivo e não poluente (CAUBET, 2004).

a adotarem medidas preventivas (CAUBET, 1990, p. 231).

Com base na igualdade soberana, na integridade territorial, no benefício mútuo e na boa-fé, os Estados devem cooperar para obter a utilização ótima e a adequada proteção de um curso de água internacional, podendo considerar o estabelecimento de comissões ou mecanismos conjuntos, conforme julgarem necessário, para facilitar a cooperação em assuntos relevantes e procedimentos (art. 8, 1 e 2).

Aludindo ao dever de informação, a Convenção sugere que os Estados mantenham um intercâmbio regular de dados e informações sobre as condições do curso de água (de natureza hidrológica, meteorológica, hidrogeológica, ecológica bem como sobre a quantidade e previsões relacionadas); caso um Estado seja solicitado a fornecer dados ou informações, deverá envidar esforços para atender, podendo impor a condição de que o Estado solicitante pague pelos custos (art. 8, 1 e 2).

O último princípio geral a que se refere a Convenção de 1997 diz respeito à ausência de prioridade entre os usos possíveis, mas, havendo conflito entre os usos, deve ser resolvido com base no princípio da utilização equitativa e razoável (conforme disposto nos art. 5º e 6º) e com atenção às necessidades humanas vitais (art. 10).

1.4.2.3. Medidas planejadas e notificação

A terceira parte da Convenção é chamada de “medidas planejadas”, mas refere-se, efetivamente, à controvertida obrigação de notificar outros Estados do mesmo curso de água internacional a respeito de planos, projetos ou atividades que desejem empreender. Os Estados devem trocar informações, realizar consultas e, se necessário, negociar a respeito dos possíveis efeitos de medidas planejadas nas condições de um curso de água internacional (art. 11). A partir do art. 12, a Convenção detalha como se deve realizar este procedimento: em primeiro lugar, a notificação deve ser prévia à implementação ou mesmo permissão de implementação de uma medida planejada, munida de todos os dados técnicos e informações, inclusive estudo de impacto ambiental (art. 12); o Estado notificante deve conceder um prazo de 6 meses – prorrogáveis por mais seis – para que o Estado notificado possa estudar, analisar e comunicar os efeitos das medidas planejadas (art. 13); durante este prazo de 6 meses, a implementação das medidas planejadas não pode se dar, exceto com o consentimento dos Estados notificados (art. 14).

O Estado notificado, por outro lado, deve dar a sua resposta o mais breve possível. Caso o notificado considere que a medida planejada é incompatível com o princípio da utilização equitativa e razoável ou que possa causar dano significativo, deve-se iniciar procedimentos de consultas ou negociações de boa-fé. Durante o procedimento de consulta ou negociação, as medidas planejadas podem ter a implementação suspensa, a pedido do Estado notificado, pelo prazo de 6 meses (arts. 15 e 17).

Há a possibilidade de o Estado notificado simplesmente não apresentar a sua resposta, o que possibilita que o Estado autor da notificação dê seguimento às medidas planejadas (art. 16). A Convenção de NY também prevê a possibilidade do Estado que pretende implementar alguma medida planejada simplesmente não cumprir seu dever, cabendo ao Estado do curso de água que acreditar que outro esteja planejando alguma medida apresentar um requerimento para dar início ao procedimento do art. 12[87]. Se, ainda assim, o Estado que esteja planejando a medida acreditar não estar sujeito à obrigação de notificar, deve apresentar suas razões para tanto. A solução proposta para a Convenção é que os Estados entrem em consultas ou negociações, conforme o procedimento do art. 17 (art. 18, 1 e 2).

Apesar de todos os prazos previstos pela Convenção, há previsão de justificativa para que um Estado possa imediatamente empreender as medidas que queira, em detrimento de possíveis impactos ou efeitos para outros Estados do curso de água internacional. O art. 19 possibilita que, em caso de proteção da saúde pública ou outro interesse igualmente importante[88] o Estado proceda imediatamente com a implementação de suas medidas planejadas, devendo apenas apresentar uma declaração formal aos outros Estados do curso de água a respeito da urgência do projeto.

No que diz respeito ao dever de informação, portanto, a Convenção de 1997 é mais detalhada do que pretendia a doutrina nas regras de Helsinki e certamente influenciou a elaboração das Regras de Berlin pela ILA. Efetivamente, a Convenção estabelece um dever de notificar um outro Estado do mesmo curso de água internacional a respeito de um projeto que venha a ser implementado, devendo o notificante aguardar a resposta do outro ribeirinho por

---

[87] Julio Barberis, em 1979, ponderou sobre a competência para determinar se uma obra é suscetível de causar efeitos no território de outro ribeirinho, o que poderia dar ensejo ao dever de realizar consultas. No caso do Lago Lanoux, a França decidiu unilateralmente que o projeto não provocaria modificação no rio além de suas fronteiras e que, portanto, não estava obrigada a notificar a Espanha. O tribunal decidiu que a obrigação de dar o aviso prévio não pode depender de apreciação exclusiva do Estado que se propõe a fazer tal obra (p. 49-51).

[88] No original: *" In the event that the implementation of planned measures is of the utmost urgency in order to protect public health, public safety or other equally important interests, the State planning the measures may, subject to articles 5 and 7, immediately proceed to implementation, notwithstanding the provisions of article 14 and paragraph 3 of article 17*".

um prazo certo, determinado e com possibilidade de prorrogação. Contudo, a possibilidade de adoção de medidas urgentes baseadas em justificativas ambíguas esvazia completamente o conteúdo da obrigação que a Convenção tentou estabelecer. Em outras palavras, em nome da saúde pública, da segurança e de "outro interesse relevante" um Estado pode realizar qualquer obra de seu intento no curso de água sem estar obrigado pelos artigos 11 e 12. Vale ressaltar que há uma outra ressalva pertinente ao dever de informação, relativa às informações vitais para defesa e segurança nacional (art. 31).

De fato, é muito complexo regular o chamado dever de informação, considerando a sutileza da diferença entre notificar um ribeirinho a respeito dos trabalhos que se queira empreender no curso de água e a possibilidade de conceder aos ribeirinhos um poder de veto sobre as atividades que se deseje praticar em território soberano. Mesmo o dever de aguardar as considerações de um Estado notificado tem limites. A Resolução 2995 (XXVII), de 15 de dezembro de 1972, da AG da ONU, relativa à cooperação entre os Estados no campo do meio ambiente[89], por exemplo, afirma que a comunicação das informações não habilita um Estado qualquer a retardar ou entravar programas ou projetos de levantamento e de exploração de recursos naturais dos Estados em cujo território são executados tais programas e projetos[90]. Além disso, não se pode afirmar a existência de um costume internacional neste campo, pois ele seria contrário ao princípio fundamental de soberania dos Estados, ou seja, as limitações e as renúncias ao exercício de um direito têm que ser expressas. Dessa forma decidiu o tribunal no julgamento do caso do Lago Lanoux (CAUBET, 1990, p. 156-157; BRUHÁCS, 1993, p. 181).

1.4.2.4. Dispositivos da Convenção de Nova York sobre "proteção, preservação e gestão"

O trabalho da CDI foi concluído cinco anos após a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992 (e vinte anoós após a Conferência de Estocolmo). Era de se esperar, portanto, que o projeto de convenção sobre água incluísse dispositivos relativos à preservação ambiental.

A Convenção de NY menciona no seu preâmbulo os princípios adotados em 1992 e a

[89] A Resolução 2995 (XXVII), de 15 de dezembro de 1972, é intitulada "*Co-operation between States in the Field of the environment*".
[90] A Associação de Direito Internacional, posteriormente, repetiu o mesmo preceito nas regras de Berlin.

agenda 21. Mas o art. 5º, que trata da utilização equitativa e razoável, menciona o termo "utilização sustentável" de forma tímida e enfatizando a necessidade de "otimização" e benefícios – caracteres da economia que pouco ou nada têm a ver com o meio ambiente. A quarta parte da Convenção dedica sete artigos à questão ambiental, o primeiro deles (art. 20) afirma genericamente que os Estados devem atuar – individual ou conjuntamente – para proteger e preservar os ecossistemas dos cursos de água internacionais.

A primeira preocupação é com a poluição, definida como uma alteração deletéria na composição ou qualidade das águas que resulte direta ou indiretamente da conduta humana (art. 21,1), de acordo com as definições já estabelecidas pela Associação de Direito Internacional nas regras de Helsinki. Os Estados devem atuar para prevenir, reduzir e controlar a poluição de um curso de água internacional, poluição esta que possa causar um dano significativo a outro Estado ou ao seu meio ambiente, incluindo à saúde e segurança humana ou que possa causar dano a uma utilização positiva das águas ou aos seus recursos biológicos, devendo os Estados harmonizar suas políticas nesse sentido (art. 21,2). Os Estados podem adotar medidas conjuntas, como: estabelecer objetivos e critérios de qualidade da água; estabelecer técnicas e métodos para lidar com a poluição de origem pontual ou difusa; e estabelecer listas de substâncias cuja introdução na água deva ser proibida, limitada, investigada ou monitorada (art. 21,3).

Segundo a Convenção de NY, os Estados devem adotar as medidas necessárias para evitar a introdução de espécies estranhas ao meio de determinado curso de água – que resulte em dano significativo – (art. 22) e para preservar e proteger o meio ambiente marinho, inclusive estuários, considerando padrões e regras internacionais e geralmente aceitas (art. 23).

Com relação ao gerenciamento, a Convenção o define como o planejamento do desenvolvimento sustentável de um curso de água internacional e a garantia da implementação do planejamento adotado, bem como a promoção da utilização racional e ótima, a proteção e controle de um curso de água. Os Estados podem entrar em consultas e negociações para o gerenciamento de um curso de água internacional, inclusive para o estabelecimento de um mecanismo conjunto de gestão (art. 24). Os Estados devem cooperar para a regulação do vazão de água de um curso de água internacional (art. 25) e devem envidar esforços para manter e proteger instalações, construções e obras relacionadas a um curso de água internacional, com segurança e protegendo-as de atos negligentes e forças da natureza (art. 26).

Verifica-se que a Convenção de NY dá excessiva ênfase no resultado "dano

significativo” que justifique a adoção de medidas de proteção do meio ambiente. Não há qualquer menção ao que a ILA chamou de gerenciamento integrado e conjunto (*conjunctive*), os Estados devem apenas, genericamente, cooperar para gerenciar o curso de água internacional.

1.4.2.5. Dispositivos diversos

A quinta parte da Convenção é intitulada “condições danosas e situações de emergência”. A primeira determinação é que os Estados adotem medidas para mitigar e prevenir condições que possam causar danos a outros Estados, sejam essas condições de ordem natural ou resultantes de conduta humana, exemplificando com secas, desertificação, inundações, erosão, intrusão de água salgada entre outras (art. 27). Em situações de emergência, resultantes de eventos naturais ou de ação humana (como deslizamentos de terra, terremotos, acidentes industriais), o Estado deve notificar outros Estados que possam ser atingidos e adotar as medidas práticas necessárias pelas circunstâncias. Além disso, os Estados devem cooperar para desenvolver planos contingenciais para responder a situações de emergência (art. 31).

Há ainda previsões genéricas sobre o princípio da não discriminação (art. 32) e sobre princípios e regras de Direito Internacional para conflitos armados (art. 29). Não há regra específica para a responsabilidade internacional do Estado.

Especificamente em relação às regras sobre conflitos armados, pode-se afirmar que o texto final apresentado pela CDI significa um retrocesso em relação aos trabalhos iniciais dos relatores da questão. Isso porque o trabalho de Stephen Schwebel reconhecia a proibição do envenenamento de águas de cursos d’água internacionais e determinava que “as instalações hidráulicas e outras instalações ligadas a um curso de água internacional e que possam liberar forças ou substâncias perigosas” não devem ser atacadas, destruídas ou danificadas, em tempo de paz ou de conflito tampouco podem ser utilizadas para preparar ou implementar operações militares ofensivas. Ao invés disso, o que consta da Convenção de NY é apenas um artigo genérico: “os cursos de água internacionais e as instalações, estruturas e outras obras conexas, beneficiam-se da proteção garantida pelos princípios e normas do Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados internacionais e não internacionais e não podem ser

utilizadas em violação desses princípios e normas"[91]. A redação faz com que seja necessário recorrer a outros textos de direito para que faça sentido a proibição da utilização de instalações relacionadas à água em operações militares[92].

Por fim, o art. 33 e seus 10 incisos são dedicados ao tema da solução de controvérsias. A solução de eventuais disputas deve se dar de forma pacífica (art. 33, 1). Há uma lista de métodos que podem ser utilizados: negociação, bons ofícios, mediação, conciliação, uso de instituições que eventualmente tenham sido criadas para tanto, submissão da questão a arbitragem ou à Corte Internacional de Justiça (art. 33, 2). Neste aspecto, a Convenção é relativamente detalhada: passados seis meses da data do pedido de abertura de negociações sem qualquer resultado útil para os métodos mencionados no inciso 2, deve ser estabelecida uma comissão de inquérito. A comissão deve ser composta de um membro da nacionalidade de cada Estado envolvido na controvérsia e de um presidente, escolhido por eles, mas de outra nacionalidade (se as partes não conseguirem acordar sobre um nome para presidir a comissão, pode se pedir que o secretário geral da ONU o designe) e deve aprovar um relatório sobre suas conclusões e recomendações (art. 33, 3 a 9). É permitido que os Estados depositem uma declaração reconhecendo como obrigatória a jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou a arbitragem (art. 33, 10). O procedimento de arbitragem é regulado pelo apêndice da Convenção.

1.4.2.6. Status operacional da Convenção de Nova York

Quando adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 21 de maio de 1997, 103 países

---

[91] No original: "*Article 29. International watercourses and installations in time of armed conflict. International watercourses and related installations, facilities and other works shall enjoy the protection accorded by the principles and rules of international law applicable in international and non-international armed conflict and shall not be used in violation of those principles and rules*".

[92] Não há dúvidas de que existem guerras pela água e que, durante as guerras, é comum utilizar-se de instalações hidráulicas para obter vantagens militares no confronto, vitimando principalmente a população civil. Exemplos disso são "o bombardeio das barragens da região alemã do Ruhr pela aviação britânica em 1944, bombardeios contra diques vietnamitas pela aviação norte-americana durante a guerra do Vietnã, bombardeio de diques, canais, reservatórios, estações de tratamento de água do Iraque e da Yugoslávia durante operações militares da OTAN em 1999" (CAUBET, 2006, p. 42). Peter Gleick, no artigo intitulado "*Amarga agua dulce: los conflictos por recursos hídricos*" (1994, p. 85-106) explica as várias facetas do que se chama genericamente de conflito pela água. Primeiramente, há confrontos pelo controle da água como objetivo militar (como ocorre com diversos outros recursos naturais); segundo, com objetivo de atingir ou controlar sistemas de abastecimento e distribuição de água (como faz Israel com seus vizinhos, como fizeram os EUA no Vietnam, como fez o Iraque no Kwait em 1992); e também há ataques a instalações hidráulicas como objetivo de guerra. Há uma série de outros conflitos "não violentos" em torno da água, como aqueles causados construção de represas com grande área de inundação.

votaram a favor da Convenção, 27 se abstiveram e 3 (China, Turquia e Burundi) votaram contra. Houve 52 países que não participaram da votação (SALMAN, 2007, p. 632).

A Convenção de NY ainda não entrou em vigor. O artigo 36 exige trinta e cinco ratificações para que inicie a vigência, mas somente 19 Estados a ratificaram: África do Sul (26/10/1998), Alemanha (15/1/2007), Espanha (24/9/2009), Finlândia (23/1/1998), Guiné Bissau (19/5/2010), Holanda (9/1/2001), Hungria (26/1/2000), Iraque (9/7/2001), Jordânia (22/6/1999), Líbano (25/5/1999), Líbia (14/6/2005), Namíbia (29/8/2001), Noruega (30/9/1998), Portugal (22/6/2005), Qatar (28/2/2002), Síria[93] (2/4/1998), Suécia (15/6/2000), Tunísia (22/4/2009) e Uzbequistão (4/9/2007). Assinaram a convenção e não ratificaram: Costa do Marfim, Luxemburgo, Paraguai, Venezuela e Yemen (UN, 2010).

Ressalte-se que, do ponto de vista da possibilidade de efeito útil da Convenção, são poucos os Estados que a ratificaram que se encontram na mesma região ou, caso estejam na mesma região, que tenham entre si uma relação de dependência em razão da água. Iraque e Síria, por exemplo, dois Estados membros da Convenção partilham uma bacia (Tigre-Eufrates), mas dependem muito mais de um terceiro do que das relações entre si mesmos: no caso, da Turquia que votou contra a adoção do tratado. Da mesma forma, Jordânia e Líbano são dependentes das decisões (e incursões militares) do vizinho Israel. Assim, não se vislumbra a possibilidade de efetiva cooperação "os Estados que controlam ou desejam se apropriar dos fluxos de água e podem fazê-lo, por estarem situados a montante dos cursos d'água ou por já estarem usurpando recursos alheios, não estão dispostos a negociar partilha alguma com os Estados situados a jusante ou dependentes de suas decisões" (CAUBET, 2006, p. 13).

Em apreciação crítica do trabalho da Comissão de Direito Internacional, Christian Caubet (1990, p. 229-232) ressalta o problema de se relegar implicitamente para último plano as consequências da soberania e das fronteiras políticas. A soberania como dado político e social é uma realidade tão concreta quanto a geografia quando se trata de definir um estatuto jurídico. Explica o autor:

> Não é a natureza das coisas que impõe considerar acessórias as fronteiras políticas, "plantadas" ao acaso da história sobre a área territorial de uma bacia hidrográfica, mas certas racionalidades econômicas, ou mesmo a vontade de salvaguardar interesses particulares. E é porque existem as

[93] É de se notar que a Síria fez uma reserva ao tratado, segundo a qual a sua aceitação da Convenção não significa o reconhecimento implícito de Israel. E o Estado de Israel é o centro dos conflitos pela água no Oriente Médio, já que a maior parte da água que utiliza é proveniente de territórios ocupados. O Estado de Israel controla todos os recursos hídricos da região: as águas do Rio Jordão e os aquíferos na Cisjordânia e na Faixa de Gaza (CLARKE; KING, 2005, p. 79; LE MONDE, 2009, p. 26-27).

> fronteiras que a noção de recurso natural compartilhado tomou corpo, integrando os termos de uma contradição.
> A noção que está subjacente à de recurso natural compartilhado exprime-se pelo termo de apropriação. Pois o recurso compartilhado é, o mais das vezes, entendido como um recurso partilhável. Isto é, os dados geográficos naturais não são apreendidos senão através de um recorte prévio: o que resulta da existência simultânea de várias soberanias contíguas. Com efeito, a gestão ou exploração de recursos naturais verdadeiramente comuns só é concebível no quadro jurídico do condomínio (como no caso de um condomínio hidrelétrico). Entretanto, ninguém pensa em generalizar, ou mesmo em preconizar, essa solução. E já fizemos notar que diferentemente dos elementos que poderiam integrar um patrimônio comum da humanidade, os recursos naturais compartilhados são, por hipótese, objeto de uma apropriação por parte de certos Estados. Daí resulta que o problema de fundo consiste em determinar as modalidades da partilha (CAUBET, 1990, p. 230).

A Convenção, portanto, aparenta ser mais um convite para a cooperação do que um estatuto jurídico internacional. A criação de uma obrigação de cooperação impõe apenas uma obrigação de negociar de boa fé, mas não necessariamente de concluir a negociação (DIHN, 2003, p. 1254; 1260).

1.5. À guisa de conclusão

Este capítulo relatou as concepções de juristas internacionalistas a respeito das águas transfronteiriças e os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU no sentido de codificar costumes e incentivar o desenvolvimento do Direito Internacional. A análise inicial, acerca do Direito Internacional fluvial, objetiva demonstrar o aumento exponencial da complexidade dos fenômenos relativos à água em apenas um século. Apesar de esforços, o Direito Internacional simplesmente não acompanhou esta evolução da realidade.

A doutrina internacionalista ao longo de décadas desenvolveu fórmulas bem intencionadas para tentar regular as relações concretas entre os Estados. O trabalho da ILA nas regras de Berlin impressiona pela abrangência e pela incorporação de normas de proteção ambiental ao tema da água doce, ainda que alguns dos princípios não tenham sido aceitos pelos Estados nem mesmo nas suas representações mais genéricas.

Resultante de uma solução de muitos compromissos, o resultado do trabalho de 20 anos da CDI é uma Convenção relativamente abrangente, embora tímida no que se refere ao meio ambiente e por demais preocupada em regular um procedimento de consulta entre os Estados para realização de obras e empreendimento de atividades que possam afetar os outros

ribeirinhos. Na ausência de consenso sobre todo o resto, a CDI partiu para a afirmação de normas relativas ao encaminhamento de soluções pacíficas de litígios.

Ocorre que a entrada em vigor da Convenção está incerta e, mesmo que sua vigência se concretize, a possibilidade de que tenha efeitos úteis é mínima, já que dificilmente vão se encontrar sob as mesmas obrigações jurídicas Turquia, Síria e Iraque; Israel, Líbano e Síria; China, Tailândia, Laos, Camboja e Vietnam; e Índia e Bangladesh. O Estado brasileiro tampouco se obrigará pelas regras da Convenção, uma vez que não concorda com a terminologia adotada pela CDI ou com qualquer tentativa de se estabelecer uma concepção unitária como a de bacia ou de sistema. É notável que os Estados que assinaram e ratificaram a Convenção sejam aqueles que geralmente ocupam uma posição geográfica de jusante e são prejudicados nas relações com seus vizinhos, como Síria, Iraque e Líbano.

Com relação ao princípio da utilização equitativa e razoável das águas de um rio internacional, a CDI consolidou uma visão abrangente: pode-se interpretar que tanto os usos quanto os benefícios que se extraem desses usos devem ser equitativa e razoavelmente partilhados entre os Estados da bacia. É verdade que a Convenção de NY primeiramente determina que os Estados "devem utilizar" um curso de água "de maneira equitativa e razoável", mas também fala em participação no "desenvolvimento" e na "proteção" de maneira equitativa e razoável. Contudo, o maior problema permanece: o que é equitativo e o que é razoável? É certo que não há divisão igualitária e distribuição matemática dos usos e benefícios entre os ribeirinhos. O que existe são critérios para se medir o que é equitativo e razoável (chamados pela Convenção de fatores relevantes e circunstâncias), critérios estes completamente subjetivos[94]. As necessidades de um Estado, vale repetir, são essencialmente infinitas e há sempre uma forma de justificá-las: da escassez à segurança nacional. As relações de Israel com seus vizinhos são um triste e emblemático exemplo disso.

A obrigação de não causar dano significativo a outro Estado tem origem antiga, e são recorrentes as referências a ela no Direito Internacional do meio ambiente, como se verá no próximo capítulo. No campo dos recursos hídricos, esta proibição não implica que um Estado deixe de despejar resíduos domésticos e industriais nos rios ou que deixe de construir barragens. Pelo contrário, não há nenhuma ilicitude, apenas uma questão de responsabilidade

[94] São eles: fatores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos e outros de caráter natural; necessidades sociais e econômicas dos Estados do curso de água em questão; a população dependente do curso de água, dentro de cada Estado; os efeitos do uso ou usos do curso de água por parte de um Estado em outro Estado; os usos pré-existentes e potenciais do curso de água; conservação, proteção, desenvolvimento e economia do uso dos recursos hídricos de um curso de água e os custos de medidas para esses efeitos; a disponibilidade de alternativas de valor comparável para um uso particular existente ou planejado (conforme art. 6º da Convenção de NY).

aparentemente subjetiva caso se verifique *a posteriori* algum prejuízo para um terceiro. Sabe-se que o problema da responsabilidade internacional dos Estados por atos não proibidos pelo Direito Internacional é complexo, mas em matéria de recursos hídricos é ainda mais incipiente.

Quanto ao dever de informação, após 1997 pode-se afirmar que ele tem duas facetas. Uma é relativa a um dever genérico de cooperação entre os Estados da mesma bacia, para que troquem informações técnicas a respeito da água, algo que possa formar as bases para um eventual gerenciamento em conjunto.

Outro lado do dever de informação, mais conhecido e controvertido, diz respeito à questão da obrigação de informar ou notificar outros ribeirinhos caso um Estado tenha planos de empreender um projeto, uma atividade ou obra que possa produzir impactos negativos no território de outros ribeirinhos. É evidente que se trata de uma decorrência da obrigação de não causar dano significativo, embora signifique que a discussão a respeito do dano seja trazida para o plano anterior de sua realização. Se um dever genérico de cooperação e informação é algo relativamente pacífico, o problema surge quando se trata de dar contorno jurídico para as consequências práticas do dever de informação. Uma vez que um ribeirinho é informado, ele pode se opor à realização dos planos do Estado notificante? O Estado notificante é obrigado a aguardar a resposta do ribeirinho notificado antes de dar início à concretização do seu projeto? A Convenção de 1997 é detalhista neste aspecto: estabelece prazos para que o Estado notificado responda, prazo que o Estado notificante deve respeitar antes de dar início à obra ou atividade. Estabelece, conforme seus próprios termos, um procedimento de consulta, que poderia efetivamente ser útil na solução de diferendos entre Estados ribeirinhos, caso ela estivesse em vigor...

Não se pode deixar de mencionar que a Convenção de Nova York ignora o acervo de direito humanitário a respeito da utilização de recursos hídricos e instalações a eles relativas em tempos de guerra. Uma explicação pode ser o fato de que após a Carta da ONU haja resistência para se admitir a ocorrência de guerras, embora elas efetivamente existam. A negação da guerra ou a utilização de eufemismos, como “conflitos armados” tem o efeito de fazer com que se esqueça o propósito e a própria existência do Direito Internacional humanitário. No entanto, as relações interestatais nem sempre são pacíficas, menos ainda se envolverem disputas por água.

É preciso ressaltar ainda a falta de um regime jurídico próprio para as águas subterrâneas – que serão estudadas adiante. No âmbito da Convenção de NY, as águas subterrâneas são apenas um componente do ciclo hidrológico considerado a partir de seus

componentes superficiais (DIHN, 2003, p. 1256). Neste contexto, vale dizer que o que se convencionou chamar de Direito Internacional da água doce ignora solenemente o mais premente assunto da atualidade: a necessidade de redução ou pelo menos de contenção da poluição e da contaminação, com finalidade de se manter um mínimo de preservação ambiental. O meio ambiente em si sequer é discutido, exceto pelas Regras de Berlin (que, repita-se, são apenas doutrina e não têm efeito vinculante), os textos são centrados nos Estados e nos seus direitos. O próximo capítulo trata das considerações pelo meio ambiente que passaram a ocupar os foros internacionais a partir da década de 1970.

De qualquer forma, enquanto não entrar em vigor a Convenção de 1997 ou outro instrumento multilateral que a substitua, não se pode afirmar que existe efetivamente um Direito Internacional da água doce, de caráter universal e força vinculante. Existem tratados bilaterais e regionais que cumprem funções específicas e, na maior parte deles, há cláusulas específicas para afirmar que o tratado não estabelece princípios gerais de direito ou um precedente internacional (WOLF, 1999). Como afirma Francisco Rezek (2006, p. 325), “o aparato normativo, nesse terreno, é dominado pela casuística”. Existem normas costumeiras de conteúdo pouco preciso que podem, caso a caso, ser aplicadas ou afastadas pelos Estados. Mas é preciso que se diga que as soluções tópicas são as únicas possíveis, até o momento, para as questões relativas à água doce de interesse de dois ou mais Estados.

2. DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE AOS EXTREMOS DO ULTRALIBERALISMO: OS RESULTADOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

No capítulo anterior analisou-se a evolução do tratamento do tema recursos hídricos transfronteiriços, especificamente de rios internacionais ou transfronteiriços, dado pelo Direito Internacional. Se inicialmente os tratados eram voltados para a proteção da liberdade de navegação, após a primeira guerra mundial, os trabalhos doutrinários já tratavam de propor regras que contemplassem outros usos para a água doce. Em 1997, a adoção pela Assembleia Geral da ONU de uma convenção sobre o direito dos usos dos rios internacionais para fins diversos da navegação concluiu o trabalho de vinte anos de estudos da Comissão de Direito Internacional. Mas esta importante obra ainda não surtiu efeitos práticos.

Paralelamente aos estudos da CDI, o assunto passou a ser debatido com bastante intensidade no âmbito das relações internacionais a partir dos anos 1970. Isso se deu juntamente – e não por coincidência – com o surgimento do chamado Direito Internacional Ambiental e com as conferências realizadas pela Organização das Nações Unidas sobre diversos temas relativos à questão ambiental. Após a conferência das Nações Unidas em Mar del Plata em 1977, foram numerosas as conferências e as declarações sobre a água doce e a criação de instituições e foros, por vezes com competências justapostas, dedicados a decifrar aquilo que, aos poucos, ficou consagrado como "crise da água" e as maneiras de controlá-la.

Neste contexto, criou-se um ambiente de considerável interesse pela água doce como novo e disputado mercado. A "crise da água" e a escassez são os problemas recorrentemente invocados no início do século XXI.

Em tempos de globalização e de Estados ultraliberais[95], o gerenciamento da água doce – e a ineficiência do Estado na gestão deste "recurso essencial" – é o símbolo da estratégia

[95] O termo "ultraliberalismo" é utilizado neste trabalho conforme os estudos de Aragon Érico Dasso Jr (2006, p. 48-51) em sua tese de doutorado a respeito da reforma do Estado. Significa a retomada do pensamento liberal e conservador dos séculos (XVIII e XIX), como reação ao Estado intervencionista e de bem estar e à política do *New Deal*. Esta reação foi propagada por três correntes de pensamento: a Escola Austríaca (cujo maior expoente foi Friedrich Hayek), a Escola de Chicago (que teve Milton Friedman como integrante mais famoso) e a Escola de Virgínia (de James Buchanan). A aplicação prática dessas correntes de pensamento que constituem a ideologia ultraliberal foi possível após a primeira crise do petróleo e concretizou-se por meio de políticas de privatizações, de desregulamentação das atividades privadas, de restrição de gastos públicos e de liberalização do comércio e dos fluxos de capitais. A ideologia ultraliberal se caracteriza, segundo Aragon Dasso (2006, p. 56-58), pela defesa da "lógica do privado em detrimento da lógica do público", pela "aparência de inevitabilidade e de consenso", pelo uso constante de eufemismos com roupagem científica, pelo fortalecimento do individualismo e pela substituição da democracia por uma tecnocracia especializada.

que pretende transformar as questões relacionadas à água em um problema de competência técnica-gerencial - retirando-lhe as facetas sócio-político-ambientais – e, portanto, objeto de receitas impostas aos Estados. Ao contrário do que foi relatado no capítulo anterior, a regulação da responsabilidade estatal e das formas de divisão dos usos e dos benefícios resultantes dos usos da água entre os Estados foi relegada a um segundo plano (exceto no que diz respeito à abertura dos mercados nacionais aos investimentos e prestadores de serviço estrangeiros).

Este capítulo divide-se em três partes. Primeiramente, é abordada a evolução do Direito Internacional Ambiental, com a pretensão de fazer uma reflexão crítica a respeito da efetividade ou do significado prático do que é invocado como norma e princípio.

Em segundo lugar, são objeto de estudo os trabalhos de agências especializadas da ONU e instituições (como o Conselho Mundial da Água) que se dedicam a formular as condições e justificativas pelas quais deve se resolver tecnicamente o problema da "crise". Pode-se observar que, exceto por exortações à cooperação entre os Estados, as relações entre estes não mais ocupam o centro dos problemas, tampouco das soluções. São outros os agentes importantes: o indivíduo, o Estado-investidor, as agências de fomento, o setor privado e, eventualmente, "comunidades locais", "pobres" e "mulheres". A construção dessa realidade e as propostas uniformes sobre a atribuição de um valor econômico à água, a tônica na "ineficiência do Estado" e na necessidade de "governança" também são relatadas.

Por fim, a tentativa de erigir o acesso à água como uma categoria de direito humano e os progressos dessa iniciativa são expostos na última parte deste capítulo. O propósito não é o de afirmar ou negar que o acesso à água é ou deva ser um direito humano ou, no plano do direito interno, um direito fundamental. A intenção é de inserir essa ideia no contexto das relações internacionais em que o direito aparenta ser completamente ineficaz ou afastado da realidade. Existe algum propósito para se declarar mais um direito humano? O acesso à água doce como um direito humano significa algo de concreto no plano das relações sociais, das relações entre os Estados e das relações entre os diferentes agentes das relações internacionais?

Com relação às fontes, assinala-se que os documentos relativos às conferências internacionais para tratar do tema da água doce, inclusive dos fóruns mundiais da água até 2006, foram consultados no sítio na internet da UNESCO e de seu Programa de avaliação da água no mundo[96], no sítio da internet de Documentos da ONU[97] e no compêndio sobre

[96] *UNESCO World Water Assessment Programm*, disponível em: http://www.unesco.org/water/wwap.
[97] *United Nations Documents*, disponível em: http://www.un.org/en/documents/index.shtml

Direito Internacional de Ricardo Seitenfus[98]. Os documentos resultantes do último fórum mundial da água, realizado em Istambul, foram consultados no sítio na internet do próprio fórum[99]. Todas as fontes e endereços eletrônicos estão listados na parte final do trabalho, dedicada às referências bibliográficas.

2.1. A emergência do Direito Internacional do Meio Ambiente

É relevante abordar sinteticamente a criação do chamado Direito Internacional Ambiental, com a adoção do necessário conceito de desenvolvimento sustentável, pois foi neste âmbito, de preocupações com os fenômenos de poluição, contaminação e de competição por recursos naturais (que se tornaram escassos), que foi dado impulso ao que hoje se chama de Direito Internacional dos Cursos de Água Internacionais". Aliás, esta denominação busca açambarcar a complexa realidade que contextualiza as normas jurídicas, contexto despercebido nos tempos do Direito Internacional Fluvial (CARO, 1998, p. 78).

Assim como a água doce, o tema "meio ambiente", de forma genérica, também só passou a ser objeto de discussão no âmbito da doutrina e nos fóruns internacionais em tempo relativamente recente. Como disse Guido Soares (2006, p. 15), a "natureza, com seus valores, foi uma descoberta da segunda metade do século XX". Este autor data a inserção do tema ambiental na agenda internacional com uma controvérsia de 1941, envolvendo EUA e Canadá: o caso da Fundição de Trail.

O caso da Fundição de Trail refere-se a uma arbitragem entre EUA e Canadá iniciada em razão de fumaças transfronteiriças oriunda de uma fundição de cobre e zinco, em Trail, na Columbia Britânica, Canadá. Da fundição emanava dióxido sulfúrico que em determinadas condições atmosféricas chegava ao território americano. O laudo decidiu - com fundamento no direito interno norte-americano e nos princípios de direito internacional - que nenhum Estado pode permitir que seu território seja utilizado de forma a causar dano em território de outro Estado, para as pessoas e propriedades que lá se encontrem[100] (CARO, 1998, p. 92-93; SOARES, 2006, p. 21-23; BARBOZA, 2008, p. 553-554).

---

[98] SEITENFUS, 2004.
[99] *The 5th World Water Forum*, disponível em: http://www.worldwaterforum5.org/
[100] Trata-se de um caso de responsabilidade internacional, desvinculado de preocupações ambientais. Mesmo assim, há quem identifique na decisão os conceitos hoje utilizados no Direito Ambiental (BARBOZA, 2008, p. 553-554; SOARES, 2006, p. 23).

No âmbito regional e setorial, tratados internacionais com propósito de proteção do meio ambiente só começaram a ser firmados depois que a humanidade se deu conta de que não existem fronteiras quando se trata de meio ambiente: as atividades humanas provocaram as mais variadas formas de poluição e contaminação. Ressalta-se o "surgimento" de fenômenos como a chuva ácida, o efeito estufa, a degradação da camada de ozônio e o fenômeno das marés negras, podendo ser exemplificado com o acidente com o superpetroleiro *Torrey Canyon* no Mar do Norte em 1967 (REI, 2006, p. 6; SOARES, 2006, p. 31).

2.1.1. A Conferência de Estocolmo (1972)

No âmbito internacional universal, somente em 1972 houve o primeiro evento com propósito de discutir, de forma preventiva e ampla, o tema ambiental. Trata-se da Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, convocada quatro anos antes pela Resolução n. 2398 da Assembleia Geral da ONU, de 3 de dezembro de 1968. A conferência foi marcada pelo conflito entre países desenvolvidos (que queriam dar ênfase à poluição da água, do solo e da atmosfera, portanto, aos prejuízos causados pela intensa atividade industrial dos séculos anteriores) e os países subdesenvolvidos, preocupados com as suas necessidades de promoção de atividades necessárias para seu desenvolvimento. Estes temiam que a proteção ao meio ambiente pudesse significar entraves às suas próprias políticas de industrialização necessárias para o desenvolvimento econômico, consideradas prioritárias[101] (SACHS, 2005, p. 17-19); SHAW, 2008, p. 849; SOARES, 2006, p. 41-43; VOGLER, 1996, p. 194).

Resultaram da Conferência a proclamação da famosa Declaração de Estocolmo[102], um Plano de Ação para o Meio Ambiente (com 109 recomendações) e a criação do PNUMA –

[101] Vale citar: "tais oposições foram mostradas com linguagem jornalística bastante clara, na época: de um lado, uma política de 'limpar o mundo a qualquer custo' (claro está sem tocar-se na proporção e na velocidade do desenvolvimento industrial dos países que haviam sujado o mundo e nem sequer cogitavam de abster-se de continuar com tais práticas) e, de outro, uma política do 'venha a mim a sujeira industrial, desde que traga desenvolvimento'. A melhor forma de expressão de tais oposições foi dada pela reação dos países africanos francófonos, que nas reuniões preparatórias, em várias ocasiões, exclamaram: 'se querem que sejamos limpos, paguem-nos o sabão'!" (SOARES, 2006, p. 43).

[102] *Stockholm Declaration – Declaration of the United Nations Conference on Human Development*, de 16 de junho de 1972 (UN, 1972).

Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, órgão subsidiário da Assembleia Geral, com sede em Nairobi[103].

A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano ou simplesmente Declaração de Estocolmo é visivelmente antropocentrista, a começar pelo título. No preâmbulo se reconhece que o homem tem o poder de transformar o "seu" ambiente de formas incontáveis e numa escala sem precedentes (parágrafo 1º do preâmbulo). Se este poder é "errada ou negligentemente aplicado" pode causar incalculáveis prejuízos ao ser humano e ao meio ambiente humano e a prova disso são "perigosos níveis de poluição na água, ar, terra e seres vivos; enormes e indesejáveis distúrbios no equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e sangria de recursos insubstituíveis; e graves insuficiências prejudiciais à saúde física, mental e social do homem" (parágrafo 3º do preâmbulo).

Composta de 26 princípios, a declaração é genérica e apresenta dificuldades para acertar os conceitos e expressões que "teriam permitido, fazendo explodir os quadros antigos, encontrar instrumentos adequados para atingir o objetivo novo de proteção do meio ambiente". Por isso, não houve como resolver as constrições existentes entre os interesses particulares de cada Estado soberano e a necessidade de efetivamente defender o meio ambiente. Não há, por exemplo, uma definição de "recursos naturais compartilhados", embora o Princípio n. 5 se aproxime do conceito ao declarar que "os recursos não renováveis da terra devem ser empregados de maneira a serem preservados contra o perigo de sua futura exaustão, e os benefícios de sua utilização deverão ser compartilhados por toda humanidade" (CAUBET, 1991, p. 96-97).

A declaração se atém primeiramente à responsabilidade solene de proteger e melhorar o meio ambiente para a presente e futuras gerações (Princípios 1 e 2). Exorta os países a se engajarem na luta contra a super-exploração de recursos não renováveis (Princípio 5) e contra a poluição em geral (Princípio 6) e dos mares (Princípio 7).

Segundo a declaração, o desenvolvimento econômico e social dos países "é responsável por assegurar ao homem uma vida benfazeja e um meio ambiente aproveitável, e por criar condições na terra que são necessárias para a melhoria da qualidade de vida" (Princípio 8)[104]. Por outro lado, a Declaração reconhece que a aplicação de medidas ambientais pode ter efeitos prejudiciais ao desenvolvimento dos países em desenvolvimento,

---

[103] Guido Soares lembra que o evento teve ainda um relatório oficioso, chamado *"Only one Earth (The care and maintenance of a small planet)"*, de autoria dos Prof. Barbara Ward e René Dubos (2006, p. 45).

[104] No original: *"Principle 8. Economic and social development is essential for ensuring a favorable living and working environment for man and for creating conditions on earth that are necessary for the improvement of the quality of life"*.

o que deve ser evitado por meio de "providências apropriadas" dos Estados e organizações internacionais, ressalvando o direito dos Estados de se desenvolver e atingir melhores níveis de vida (Princípio 11); e ressaltando a necessidade de assistência técnica e financeira, a transferência de tecnologia e a importância da estabilidade dos preços para que os países em desenvolvimento possam cumprir suas obrigações (Princípio 10 e 12).

A declaração ressalta ainda a necessidade de planejamento (Princípio 14), de gestão integrada (Princípio 13), de aplicação de políticas demográficas (princípio 16) e de ciência e tecnologia (Princípio 18), de promoção da pesquisa e desenvolvimento (Princípio 20[105]) e de educação ambiental (Princípio 19). Os Estados devem adotar o compromisso de cooperar entre si em assuntos internacionais (princípio 24) e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional (princípio 22).

Um dos dispositivos mais importantes é o do princípio 21:

> Princípio 21. Os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos, conforme suas próprias políticas relativas ao meio ambiente, e a responsabilidade de assegurar que tais atividades exercidas sob sua jurisdição, não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou a áreas fora dos limites da jurisdição nacional[106].

O princípio 21, chamado de "um princípio de princípio" por Julio Barboza (2008, p. 550), é um princípio geral e não se restringe ao campo do meio ambiente. Não deixa de ser uma reformulação do princípio jurídico *sic utere tuo ut alienum non laedas*, a obrigação de não causar prejuízo a outrem, expresso também no laudo arbitral proferido na questão da Fundição de Trail[107], mas numa redação ainda excessivamente apegada às noções de fronteira e soberania nacional (CAUBET, 1991, p. 97).

---

[105] Caubet relata que, originalmente, o vigésimo princípio tratava do dever dos Estados de fornecer todas as informações sobre as atividades em seu território, "quando supusessem ou tivessem razões para supor que essas informações seriam necessárias para impedir que graves danos fossem causados ao meio ambiente, em regiões situadas fora de sua jurisdição nacional". No entanto, a Argentina não aceitava esta redação e propôs a sua modificação de forma que um terceiro interessado pudesse solicitar as informações e julgar por si mesmo a natureza das atividades, algo que o Brasil não aceitou. O alvo das preocupações de ambas as partes, na época, já era a controvérsia relativa à construção de Itaipu. A solução para o princípio 20, resultante da mediação e apreciação pela Assembleia Geral da ONU, descaracterizou completamente a redação original (1991, p. 99).

[106] No original: "*Principle 21.States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction*."

[107] Barboza (2008, p. 553-553) cita dois trechos da decisão deste caso, diretamente relacionados com o princípio 21: *"Respecto a la responsabilidad del Estado por este tipo de daños, El Tribunal Arbitral es elocuente: '... ES por lo tanto, dever del Dominio del Canadá lograr que esta conducta' (de la fundición) 'este em conformidad con la obligación del Dominio en el derecho internacional tal como aquí se determina'. Para no dejar dudas de lo que se trata, el Tribunal hace la seguiente cita: 'Como lo dice el profesor Eagleton (en Responsability of States in International Law, 1928, p. 80) 'Un Estado debe em todo momento proteger a otros Estados contra las consecuencias perjudiciales de actos de indivíduos dentro de su jurisdicción...'Los fallos internacionales em*

O princípio abarca dois parâmetros que devem ser compatíveis: primeiro, relativo à liberdade interna de ação, reforça o conceito de soberania territorial. O segundo parâmetro também se refere à soberania territorial, mas paradoxalmente de forma negativa, aborda a intangibilidade territorial (BARBOZA, 2008, p. 551-554).

Ana Carolina Casagrande Nogueira (2005, p. 30-31) comenta que a declaração de 1972 evidencia, ainda que de forma discreta, a impossibilidade de se impor, aos países em desenvolvimento, os padrões ambientais dos países desenvolvidos. Os países desenvolvidos somente atingiram o seu nível de desenvolvimento à custa de muita poluição, degradação e exploração à exaustão de recursos naturais, mesmo que a relação entre esses dois fenômenos seja negada.

A partir de 1972, não só o número de tratados e convenções cresceu consideravelmente, como também muitos Estados passaram a incorporar aos seus ordenamentos jurídicos internos regras sobre proteção ambiental (LAGO, 2007, p. 31-33; NOGUEIRA, 2005, p. 32-33; SACHS, 2005, p. 22; SOARES, 2006, p. 47). Vale citar a lei que no Brasil institui a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Ainda assim, não se pode afirmar que os resultados da conferência em Estocolmo foram significativos, haja vista as várias catástrofes ambientais que se seguiram[108] e o "surgimento" de problemas até então ignorados, como as mudanças climáticas e o buraco na camada de ozônio sobre a Antártica (NOGUEIRA, 2005, p. 37; VOGLER, 1996, p. 195-196).

Dez anos após Estocolmo, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA se reuniu e propôs a criação de uma comissão para estudar as questões de meio ambiente e desenvolvimento. Disso resultou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Comission on Environment and Development*), criada pela Resolução 38/161, de 19 de dezembro de 1983, da Assembleia Geral da ONU, tendo sido atribuída a presidência da comissão à Primeira Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland (LAGO, 2007, p. 62-63).

---

varias matérias, desde el caso del Alabama em adelante, se basan en los mismos princípios generales'. Finalmente, en su decisión expresa el Tribunal: '... según los princípios del derecho internacional, tanto como del de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su território de tal manera que se cause daños por humos en o al territorio de outro o a los bienes o personas dentro de él, cuando el asunto es de consecuencias serias y el daño se establece mediante pruebas claras y convincentes'".

[108] Guido Soares (2006, p. 48-51) cita como exemplos: o acidente industrial de Seveso (1976); a queda de satélite artificial russo Cosmos 924, despejando material radioativo em território canadense (1978); a maré negra decorrente do desastre com o Amoco Cadiz no Mar do Norte (1978); o desastre de Bophal na Índia com o envenenamento de uma cidade inteira por gás tóxico (1984); o acidente nuclear de Tchernobyl (1986); a contaminação do Reno pela empresa química Sandoz (1986), entre outros.

Em agosto de 1987, a Comissão concluiu seu trabalho com a apresentação à Assembleia Geral (na sua 42ª sessão) do relatório "Nosso futuro comum", comumente chamado de relatório Brundtland[109], documento cujo maior mérito foi o de pretender conciliar a noção de crescimento econômico e preservação ambiental por meio do conceito de desenvolvimento sustentável. O relatório esclarece:

> O desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave:
> - o conceito de "necessidades", sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade;
> - a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.
>
> Portanto, ao se definirem os objetivos do desenvolvimento econômico e social, é preciso levar em conta sua sustentabilidade em todos os países – desenvolvidos ou em desenvolvimento, com economia de mercado ou de planejamento central. Haverá muitas interpretações, mas todas elas terão características comuns e devem derivar de um consenso básico de desenvolvimento sustentável e quanto a uma série de estratégias necessárias para a sua consecução.
>
> O desenvolvimento supõe uma transformação progressiva da economia e da sociedade. Caso uma via de desenvolvimento se sustente em sentido físico, teoricamente ela pode ser tentada mesmo num contexto social e político rígido. Mas só se pode ter certeza da sustentabilidade física se as políticas de desenvolvimento considerarem a possibilidade de mudanças quanto ao acesso aos recursos e quanto à distribuição de custos e benefícios. Mesmo na noção mais estreita de sustentabilidade física está implícita uma preocupação com a equidade social entre gerações que deve, evidentemente, ser extensiva à equidade em cada geração (BRUNDTLAND, 1988, p. 46).

O conceito é propositadamente indeterminado:

> O conceito nasceu então como uma forte conotação política, na medida em que representou uma resposta diplomática aos dilemas engendrados pela crise ambiental, estabelecendo deste modo uma ponte entre as tendências desenvolvimentistas e ambientalistas até então antagônicas. [...] No cerne da ideia de sustentabilidade está a afirmação de que desenvolvimento (entendido como crescimento econômico) e o meio ambiente (no sentido de estoque de recursos naturais e capacidade de absorção do ecossistema humano) não são contraditórios. Não é por outra razão que o conceito é "deliberadamente vago e inerentemente contraditório", suscitando inúmeras críticas e muitas dúvidas sobre o seu conteúdo [...] (NOGUEIRA, 2005, p. 40-41).

Segundo Henri Acselrad (2006, p. 63), o conceito é o resultado de uma estratégia conciliadora, já que pode ter seu conteúdo elaborado e reelaborado na medida em que se deseje privilegiar uma ou outra opção política ou modelo econômico.

---

[109] *Report of the World Comission on Environment and Development "Our common future"*, A/42/427, 4th August 1987.

Assim, é justamente por ser vaga que a noção de desenvolvimento sustentável foi bem sucedida, tanto entre países desenvolvidos como entre países em desenvolvimento, superando a tensão que existia entre eles quando da conferência de Estocolmo. Admite-se aspectos positivos do conceito de desenvolvimento sustentável: é inovador, multidimensional e de visão a longo prazo. No entanto, a afirmação de que desenvolvimento e sustentabilidade são compatíveis (basta juntá-los na mesma expressão) não resolve o problema prático: não se sabe em que medida a exploração de recursos naturais, os padrões de produção e consumo são efetivamente sustentáveis; essas medidas sempre variarão conforme a ótica adotada e a polissemia do conceito permite que seja simultaneamente apropriado por diversos grupos (NOGUEIRA, 2005, p. 46-48). Resume John Vogler (1996, p. 198-199):

> A noção de desenvolvimento sustentável se dirige ao *gap* existente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, por meio da afirmação de que os últimos podem se desenvolver, se industrializar e assumir um lugar produtivo na economia global sem destruir o meio ambiente. Mas também significa, é claro, que o Norte pode manter e melhorar seus próprios padrões de vida. As opiniões divergem quanto às mudanças que são necessárias e o grau de comprometimento público e político que são requeridos. [...] Desenvolvimento sustentável, seja no modo *laissez-faire*, seja no modelo dirigista, é muito atrativo politicamente e serviu posteriormente na Conferência do Rio para combinar a agenda ambiental do Norte com os pleitos desenvolvimentistas dos governos do sul.

A própria Corte Internacional de Justiça não foi capaz de enfrentar o desafio de dar alguma dimensão ao conceito de desenvolvimento sustentável quando foi provocada pela Hungria para pronunciar-se a respeito do projeto Gabcikovo-Nagymaros no rio Danúbio[110], objeto de tratado com a Eslováquia. Embora tenha reconhecido a existência do conceito, a Corte determinou que cada Estado tratasse de cumprir suas obrigações sem causar prejuízo ao meio ambiente, devendo negociar para encontrar uma solução, uma decisão sem efeito prático algum (MINIUCI, 2006, p. 35-37; SHAW, 2008, p. 886-887).

2.1.2. A Conferência do Rio (1992)

[110] O caso será estudado no capítulo 3, mas é preciso fazer uma introdução. Hungria e Tchecoslováquia firmaram um tratado em 1977 pelo qual criariam no rio Danúbio uma barragem, reservatório e usina, além de 25 km de canal desviando o Danúbio do seu curso original para um sistema de comportas (*locks*). A Hungria suspendeu as obras em 1989 e denunciou o tratado em 1992. O caso foi levado à Corte Internacional de Justiça que reconheceu a importância das normas sobre meio ambiente, mas decidiu que a Hungria ainda estava obrigada pelo tratado de 1977 (SHAW, 2008, p. 886-887).

Duas décadas após a conferência de Estocolmo e orientados pela noção de desenvolvimento sustentável, os membros das Nações Unidas reuniram-se novamente para discutir os problemas globais de meio ambiente, no Rio de Janeiro. Trata-se da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida por Cúpula da Terra e Rio-92, a maior conferência da ONU até então realizada[111].

Destaca-se entre os seus resultados a adoção de uma nova declaração, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[112]; a Declaração de princípios sobre as florestas; Agenda 21[113]; a assinatura de dois tratados (a Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica); e, institucionalmente, a criação da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, subordinada ao Conselho Econômico Social da ONU e encarregada de acompanhar a implementação da declaração, da agenda 21 e das convenções[114] (SOARES, 2006, p. 48-73; LAGO, 2007, p. 72).

Apesar do objetivo inicial de elaboração de um instrumento de direito internacional amplo sobre meio ambiente, com força obrigatória, os membros acabaram se decidindo por promulgar mais uma declaração, de reduzida normatividade, reafirmando os princípios da declaração de Estocolmo e acrescentando-lhe mais alguns, que deveriam nortear a execução de políticas por parte dos Estados (NOGUEIRA, 2005, p. 42; VOGLER, 1996, p. 200).

---

[111] Passados 20 anos da realização da Conferência de Estocolmo foram grandes as catástrofes ambientais: acidente de Sevezo, de 1976; acidente com o satélite soviético Cosmos, em 1978; o acidente com o superpetroleiro Amoco Cadiz, em 1978; desastre de Bophal de 1984; Chernobyl em 1986; o incêndio na Sandoz, de 1986. Isso criou o clima de urgência vigente na conferência do Rio, com uma suposta superação das diferenças marcantes entre o posicionamento dos Estados em 1972. Isso explicaria, segundo Guido Soares (2006, p. 52) a adoção de conceitos como países desenvolvidos, países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento que "passaram de uma retórica política-diplomática, própria de reuniões *internae corporis* das organizações internacionais, a figurar expressamente em ambas as convenções, então solenemente adotadas pelos Estados (a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica)".

[112] *The Rio Declaration on Environment and Development*, de 14 de junho de 1992.

[113] O capítulo 18 da Agenda 21 é dedicado à água com o título **"**Proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos: aplicação de critérios integrados no desenvolvimento, manejo e uso dos recursos hídricos".

[114] Segundo Guido Soares (2006, p. 58): "Existia naquele momento histórico, e até o momento ainda persiste, uma total falta de coordenação entre organismos oficiais da ONU, organizações instituídas em tratados ou convenções multilaterais no que respeita a uma administração racional de seus recursos financeiros e humanos. A instituição da Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, além das tarefas a ele [sic] acometidas, em particular no referente à Agenda 21, foi uma tentativa de remediar aquelas dificuldades de implementação das ações votadas pelos Estados internacionalmente. A principal função acometida à Comissão para o Desenvolvimento Sustentável foi a de controlar as condições de concessão de pedidos de recursos financeiros, relacionados com atividades ambientais, encaminhados pelos Estados. Esses pedidos são endereçados a um fundo criado em data anterior, em 1991, destinado a prover recursos financeiros a projetos relativos ao meio ambiente; trata-se do Fundo para o Meio Ambiente Mundial (*Global Environmental Fund – GEF*), alimentado com recursos do Banco Mundial e doações dos Estados administrado, conjuntamente, pelo referido Banco Mundial, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)".

Entre os princípios enunciados pela Declaração de 1992, o primeiro retoma o antropocentrismo da época de Estocolmo: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Princípio 1).

Na sequência, o segundo Princípio remete ao importante Princípio 21 da Declaração de Estocolmo:

> Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Há dispositivos ressaltando que a proteção ambiental deve ser parte integrante do processo de desenvolvimento (Princípio 4); que por sua vez deve ser exercido de forma a atender equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras (Princípio 3); devendo ser dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento, especialmente dos menos desenvolvidos e dos ecologicamente vulneráveis (Princípio 6). É notável que haja reconhecimento de maior responsabilidade dos países desenvolvidos, resumida na fórmula “responsabilidades comuns, porém diferenciadas” do Princípio 7:

> Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.

É dada ênfase à necessidade de cooperação entre os Estados: para erradicação da pobreza (Princípio 5); para difundir conhecimento científico e tecnologia (princípio 9); para prevenir ou desestimular a deslocalização (Princípio 14); e para, de boa-fé e espírito de parceria, realizar os princípios propostos (Princípio 26). A declaração ressalta o papel das mulheres (princípio 20); dos jovens (Princípio 21); dos povos indígenas e comunidades locais (princípio 22); bem como menciona a importância da manutenção da paz (Princípio 25) e da solução pacífica de conflitos. Em caso de guerra, os Estados devem respeitar o direito internacional em matéria de meio ambiente (Princípio 24).

São enunciadas importantes regras, que hoje são consideradas princípios consagrados de Direito Internacional Ambiental: o princípio da precaução (Princípio 15); da informação (Princípio 18); da internalização dos custos ambientais e do poluidor-pagador (Princípio

16)[115]; da imprescindibilidade do estudo de impacto ambiental (Princípio 17) e da participação dos cidadãos (Princípio 10).

No tocante ao tema do presente trabalho, é relevante mencionar que a declaração determina que os Estados devem adotar legislações nacionais eficazes e específicas sobre responsabilidade em caso de danos ambientais (Princípio 11 e 13) e que devem cooperar "de maneira expedita e mais determinada" para o desenvolvimento do Direito Internacional, especificamente no caso de responsabilidade por danos transfronteiriços, causados por atividades sob sua jurisdição ou controle, conforme o Princípio 13.

É também importante mencionar o Princípio 19, acerca da necessidade de notificação e consulta a outros países. No entanto, a redação não deixa claro quais deveriam ser os efeitos de uma eventual discordância da parte notificada:

> Os Estados devem prover oportunamente, a Estados que possam ser afetados, notificação prévia e informações relevantes sobre atividades potencialmente causadoras de considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e devem consultar-se com estes tão logo seja possível e de boa fé.

Não se pode deixar de mencionar as contradições. Se por um lado, a Declaração dá ênfase ao "direito ao desenvolvimento" de países menos desenvolvidos, desde que respeitada a condição de proteção ambiental e sem perder de vista as necessidades das gerações futuras, lembrando até mesmo da insustentabilidade de padrões de produção e consumo, por outro lado, põe todas as suas premissas em xeque e revela o que realmente tem prioridade na sociedade internacional atual:

> Princípio 12. Os Estados devem cooperar para o estabelecimento de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de modo a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. Medidas de política comercial para propósitos ambientais não devem constituir-se em meios para a imposição de discriminações arbitrárias ou injustificáveis em barreiras disfarçadas ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento de questões ambientais fora da jurisdição do país importador. Medidas destinadas a tratar de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional.

Com objetivo de avaliar o cumprimento das metas que foram acordadas em 1992, a Comissão para o desenvolvimento sustentável preparou uma nova conferência, a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, também chamada de "Rio + 10", realizada em

[115] Segundo Ignacy Sachs (2005, p. 21) muita importância se atribuiu ao conceito do poluidor-pagador: "Com a ajuda do instrumental da economia neoclássica, procurou-se internalizar a problemática ambiental na economia de mercado, como se fizesse sentido avaliar em termos monetários todos os impactos ambientais, reduzindo a complexa avaliação das relações entre a sociedade, a economia e a natureza a um simplório exercício de custo – benefício e deixando de lado a dimensão qualitativa".

Johanesburgo, em 2002[116]. Esta conferência foi considerada um fracasso, por causa da inconsistência dos documentos aprovados e da aversão à adoção de qualquer compromisso concreto –prazos e objetivos – para as boas intenções anunciadas no Rio de Janeiro, dez anos antes (NOGUEIRA, 2005, p. 43-45; LAGO, 2007, p. 87-90).

Pode-se afirmar que a maior parte daquilo que se convencionou chamar de Direito Internacional do Meio Ambiente não é de normas jurídicas, propriamente ditas, com força obrigatória. Declarações de princípios, Resoluções da Assembleia Geral e recomendações de órgãos da ONU não constituem normas vinculantes. A Agenda 21, por exemplo, é um documento de 600 páginas com diretrizes, mas que não tem caráter vinculativo de norma jurídica. E aquilo que deveria ser um tratado cuja aplicação evitaria a destruição das florestas, em razão da pressão dos países consumidores de carvão acabou se transmudando em mera Declaração de Florestas (VOGLER, 1996, p. 2000; LAGO, 2007, p. 86).

Assim, os dispositivos anteriormente citados não fazem parte de nenhum tratado ou instrumento com força obrigatória, não se enquadrando, portanto, na concepção (por alguns chamada de "formalista") de fonte de Direito Internacional, ou seja, as que constam do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Há, evidentemente, respeitáveis opiniões em contrário. Segundo Guido Soares (2006, p. 91-94) estas fontes clássicas (*hard law*) deixam de lado duas fontes de direito internacional de grande importância na atualidade, que são as deliberações das organizações internacionais e as decisões unilaterais dos Estados que podem, muitas vezes, ser enquadradas no que é chamado de *soft law*, normas dirigidas a comportamentos futuros dos Estados ou recomendações. Mesmo este autor reconhece que a *soft law* é "um meio caminho entre a política internacional e o direito internacional" e, de toda forma, um conceito ainda em gestação[117].

---

[116] Cite-se: "saímos da Cúpula da Terra esperançosos de que o atraso da práxis com relação à episteme observado nos vinte anos de intervalo entre as duas conferências seria, agora, rapidamente recuperado. Mais uma vez subestimamos o dinamismo conservador dos interesses estabelecidos e os efeitos danosos do pensamento neoliberal. A década que separa a Cúpula da Terra da Conferência de Johanesburgo foi decepcionante. Houve quem falasse de 'Rio menos 10', e não de 'Rio mais 10'" (SACHS, 2005, p. 23). De fato, a Declaração de Johanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável limita-se a reafirmar genericamente o compromisso com o desenvolvimento sustentável, relatando os desafios que se apresentam, com boa ênfase na pobreza, e exortando a cooperação e o multilateralismo.

[117] Pierre-Marie Dupuy (1991, p. 420) explica o paradoxo do termo "*soft law*" dentro de um sistema jurídico que é por definição "*hard law*": "*soft law is a paradoxical term for defining an ambiguous phenomenon. Paradoxical because, from a general and classical point of view, the rule of law is usually considered ´hard´, i.e., compulsory, or it simply does not exist. Ambiguous because the reality thus designated, considering its legal effects as well as its manifestations, is often difficult to identify clearly. Nevertheless, a new process of normative creation which jurists feel uncomfortable analyzing does exist and has been developing for more or less twenty years. "Soft law certainly constitutes part of the contemporary law-making process but, as a social phenomenon, it evidently overflows the classical and familiar legal categories by which scholars usually describe and explain both the creation and the legal authority of international norms. In other words, ´soft´law is a troube maker because it is either not yet or not only law"*.

São normas em gestação, "sem haver culminado definitivamente o processo formal de consolidação das mesmas" que além de não integrarem instrumentos de força jurídica vinculante (como resoluções, declarações, códigos de conduta, atas finais de conferências, etc), também apresentam um conteúdo normativo brando. Apresentam compromissos mitigados, passíveis de modulação conforme a vontade, e com obrigações somente de meio, não de resultado. Por isso é que proliferam os "deveres" de informar, de consultar, de controlar, de vigiar, de negociar e ainda assim com numerosas cláusulas de escape (DUPUY, 1991, p. 429; RUIZ, 1999, p. 44-45).

O Direito Internacional do Meio Ambiente é, na verdade, o reino da *soft law*, onde tudo o que os Estados têm é a obrigação moral de um dia agir conforme determinadas diretrizes contidas em instrumento não obrigatório[118]. Além disso, as suas normas insistem em adotar apenas um caráter preventivo, sem qualquer previsão para a responsabilização em caso de danos, o que não contribui de forma alguma para que elas sejam obrigatórias.

Institucionalmente, no Direito Internacional do Meio Ambiente há uma nebulosa: há uma série de programas, comissões, comitês com competências que não são claramente delineadas e que por vezes se sobrepõem[119] e sem poderes de decisão. Por vezes, têm existência fugaz (como comitês, comissões, grupos de trabalho, etc.) (DIHN, 2002, p. 1321-1324; RUIZ, 1999, p. 45-46; VOGLER, 1996, p. 210-211).

Portanto, em matéria ambiental, permanece sendo um grande desafio criar mecanismos de implementação efetivos para as obrigações assumidas pelos Estados, ainda que de forma solene (BARBOZA, 2008, p. 562). Apesar disso, a importância da *soft law* não pode ser subestimada: as formulações de instrumentos não obrigatórios podem ter sua vigência reforçada pela reiterada referência que a elas se faz, podendo eventualmente dar ensejo a um costume, por "efeito de contágio" (DUPUY, 1991, p. 424; RUIZ, 1999, p. 47).

---

[118] Guido Soares discorda da redução da *soft law* à categoria de obrigação moral. Na sua opinião a *soft law* é mais do que isso. Ainda assim: "o direito internacional e, certamente, o direito internacional do meio ambiente, nem sempre podem prescindir na sua atuação, de um rigor vocabular e conceitual, e muito menos se pode permitir desprezar a tradicional técnica de uma tipificação mínima para que um fenômeno possa ser considerado como autêntica fonte de suas normas" (2006, p. 94).

[119] Segundo Vogler: *"An apparently unavoidable implication of concerted action through the UN ´family´ of intergovernmental organizations is fragmentation (Imber: 1993): there will be organizational rivalries and the missions and programmes of existing organizations will reflect previous priorities. Moreover, as Brundtland (1987:314) noted, the internal structure of governments can be a further impediment to effective implementation, in that environment ministries do not enjoy the same power and prestige as economic and finance ministries. Thus, while environmental problems may be conceived in ´holistic´ global terms, the institutional responses are partial and fragmented*" (VOGLER, 1996, p. 313).

2.2. As Declarações, conferências e fóruns da água doce

Paralelamente ao surgimento do Direito Internacional do Meio Ambiente, uma série de conferências e fóruns realizou-se para tratar especificamente do tema da água doce. Não serão abordados os eventos que trataram do tema de forma indireta, como a conferência sobre assentamentos humanos (Istambul, 1996) ou a cúpula mundial sobre alimentação (Roma, 1996).

Inaugurou-se a época de tentar diagnosticar os "problemas" da água: a escassez se configura porque as pessoas estão individualmente consumindo mais água? Ou por que os usos agrícola e industrial se intensificaram? Ou por que quem administra os usos é incompetente? Há mais desperdício no início do século XXI? Os múltiplos e concorrentes usos da água são cada vez mais consuntivos e poluentes? Qual a relação entre a escassez e o comércio da água bruta? Existem guerras pela água? As guerras pela água ocorrem em razão da suposta escassez ou em razão de problemas com a distribuição? A substância água perdeu o seu sentido cultural e religioso? A água deixou de ser essencial para a vida ou se tornou parte de uma concepção econômica e política de vida digna?

Várias podem ser as respostas, dependendo do foro. As exigências do capitalismo no final do século XX não permitem uma simples acomodação de interesses, como ocorreu no início daquele século, entre a navegação e a hidroeletricidade. A substância água tornou-se um bem tão valioso[120] quanto o petróleo e assim adquiriu a deferência de "Ouro Azul". Assim como as possibilidades de respostas para a pergunta sobre as causas do problema "escassez e o mau uso da água doce" (como formula o prefácio da Declaração de Dublin) são várias, também há numerosas diretrizes e planos de ações para solucionar os problemas, propostas nos foros internacionais.

2.2.1. As primeiras iniciativas

A primeira grande reunião específica para discutir o "problema" da água ocorreu entre 14 e 25 de março de 1977: foi a Conferência das Nações Unidas de Mar Del

[120] Em termos econômicos, não se utiliza a expressão "valioso" aqui, para tratar do valor ambiental, por exemplo.

Plata. O resultado final da conferência foi um Plano de ação, com recomendações e resoluções. Entre as recomendações, é dada ênfase na busca de eficiência no uso da água, no controle da poluição e seus efeitos sobre a saúde humana, no planejamento do uso da água, na informação ao público, educação e pesquisa e no estímulo à cooperação regional e internacional. Acordou-se que os Estados deveriam estabelecer políticas de acesso à água e saneamento até 1990.

Na conferência propôs-se a criação da "Década internacional de água potável e saneamento", para o período entre 1981 e 1990, o que foi decidido pela Assembleia Geral da ONU (por meio da Resolução 35/18, de 10 de novembro de 1980). Com isso, buscava-se popularizar o tema, incentivar estudos e relatórios sobre a questão dos recursos hídricos no mundo e em cada país, e estabelecer uma meta de redução do número de pessoas sem acesso a água potável e saneamento – que não foi atingida.

Outro resultado da conferência foi a criação pela UNESCO do Programa Hidrológico Internacional (PHI), com objetivo de padronizar a coleta de dados sobre água. Pode-se afirmar ainda que uma consequência indireta da Conferência de Mar Del Plata foi a de ter contribuído para o surgimento de ministérios específicos para os recursos hídricos dentro das ordens políticas nacionais (RIBEIRO, 2008, p. 77-79).

O fim da Década internacional para água potável e saneamento provocou a convocação de uma conferência internacional que se realizou em Nova Delhi, em setembro de 1990. A declaração final desta conferência previu que para universalizar o acesso à água até o ano 2000 seria preciso quintuplicar o valor de investimentos, mas propunha uma solução mais realista: a redução dos custos pela metade (mediante adoção de tecnologia adequada e mais eficiência nos serviços) e a duplicação dos investimentos (utilizando todos os fundos disponíveis, seja de governos ou não). Propunha-se que os países aceitassem o desafio de "compartilhar a água de forma mais equitativa", recomendando-se quatro princípios: a proteção do meio ambiente e a salvaguarda da saúde mediante a gestão integrada de recursos hídricos e de dejetos líquidos e sólidos; reformas institucionais para promoção do enfoque integrado; gestão de serviços pela comunidade, com fortalecimento de instituições locais; e boas práticas financeiras, com melhor gestão do ativo e uso de tecnologias apropriadas.

2.2.2. Os princípios de Dublin e seus desdobramentos

Em 1992 realizou-se em Dublin, entre 26 e 31 de janeiro, a Conferência internacional sobre água e meio ambiente cujos principais resultados são um plano de ação e uma declaração com quatro princípios. O primeiro diz que a água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para vida, para o desenvolvimento e para o meio ambiente. O segundo princípio estabelece que o gerenciamento da água deve se basear numa abordagem participativa, que envolva usuários, planejadores e responsáveis pelas decisões em todos os níveis. A declaração também afirma que as mulheres têm um papel importante no abastecimento, na gestão e proteção das águas (3º princípio). Por fim, cite-se o último princípio:

> Princípio n. 4 – A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico. No contexto deste princípio, é vital reconhecer inicialmente o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente. O gerenciamento da água como bem de valor econômico é um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, e o incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos.

Este é o cerne do debate atual acerca da água doce. A afirmação de que a água é um bem dotado de valor econômico[121] confirma a tendência de mercantilização de todos os aspectos da vida humana, no caso, de uma substância essencial e insubstituível para qualquer tipo de vida. A declaração não deixa de reproduzir o que Ricardo Petrella chamou de *Zeitgeist* em relação à água doce: a imposição da economia como parâmetro para todas as coisas e inserção da água doce no mercado, como único ente regulador, capaz de fazer uma distribuição eficiente da água, reduzindo o consumo e evitando o desperdício. Trata-se de uma opção ideológica, corolária do ultraliberalismo em voga nos últimos 30 anos, que ignora propositadamente aspectos sociais, ambientais, culturais e até religiosos da água doce e que vulgariza a propalada "crise da água" sem propriamente abordar as suas causas. Dizer – como faz a Declaração de Dublin - que é urgente que se reconheça um direito humano de acesso à água e ao saneamento não disfarça a apropriação da água pelo mercado, pelo contrário, o direito está condicionado, segundo a declaração, à capacidade do indivíduo de poder pagar (PETRELLA, 2002, p. 76-79; CAUBET, 2004, p. 212-213; GARCÍA, 2008, p. 55-70).

Além dos princípios, a Conferência de Dublin propôs também um plano de ações nos seguintes temas: combate à pobreza, proteção contra desastres naturais, conservação e reúso da água, desenvolvimento urbano sustentável, proteção de ecossistemas aquáticos, resolução

[121] Exatamente como fez a lei brasileira: art. 1º, inciso II da Lei n. 9433/1997.

de conflitos pela água, fortalecimento institucional e legal, capacitação, pesquisa e educação[122]. Todas as ações propostas em Dublin, diz a Declaração, dependem de pessoas qualificadas e bem treinadas (logo, não de decisões políticas) e de bem estruturadas regras e instituições (algo que é resumido no documento como *enabling environment*) cuja estruturação e fortalecimento podem contar com os países desenvolvidos, à disposição para cooperação técnica e consultoria.

Foi em Dublin que começou a ser difundida a ideia de escassez de água (SANTOS, VALDOMIR, 2008, p. 12). Isso significa que, o que hoje em dia é considerado auto-evidente e justificativa para muitos "considerandos" e preâmbulos, simplesmente não existia há 20 anos atrás. E não porque a física não era capaz de medir a quantidade de água existente. Sabe-se que a quantidade de água do planeta terra é a mesma de anos.

Nem mesmo o argumento do crescimento da população mundial por si só explica a escassez de água, na verdade, ele esconde o dado empírico da enorme desigualdade de consumo entre os habitantes do norte e do sul do planeta - a quinta parte mais rica da população mundial consome 86% do total de água disponível (GARCÍA, 2008, p. 54). A escassez de água aflora quando uns usuários se apropriam da água em prejuízo de outros. A escassez não somente é criada pelo ser humano como é também direcionada: a escassez é criada sempre contra alguém (GARCÍA, 2008, p. 51-52): a escassez é uma dimensão da exclusão.

Tal como é propalada nos foros internacionais, a escassez geral e abstrata como um risco global e iminente oculta as origens históricas para os problemas e as diferenças entre situações que são de fato diversas. Na medida em que oculta as causas dos fenômenos sociais, a escassez constitui uma ideologia. O propósito da "ideologia da escassez da água" é de induzir a aceitação de um elenco de propostas que supostamente visam tornar eficiente a gestão da água e racionalizar os seus usos. Nem sempre de forma sutil, é introduzida a noção de mercantilização da água, já que a escassez necessariamente agrega à substância um valor econômico. A escassez serve, portanto, como ideia determinante e geradora de um novo modelo global (que não é de forma alguma novo) de gestão de recursos hídricos, que deve ser adotada indistintamente por todos os países e em todas as situações (SIQUEIRA, 2005, p. 40). No entanto, longe de eliminar a escassez, os instrumentos de mercado a intensificam, porque disso depende a própria existência do mercado, da sua capacidade para desequilibrar

[122] No original: "*alleviation of poverty and disease, protection against natural disasters, water conservation and reuse, sustainable urban development, protecting aquatic ecosystems, resolving water conflicts, the enabling environment, the knowledge base* e *capacity building"*.

continuamente a oferta pela ação de uma demanda em constante expansão (GARCÍA, 2008, p. 52).

Com o passar dos anos uma série de postulados foram constituídos, baseados nos dogmas de Dublin, e tornaram-se a razão de existência de organismos internacionais criados especificamente para realização dessas ideias. Paulatinamente, elas foram se concentrando na questão do "governo da água", ou seja, quem deve decidir sobre a água no planeta e quem deve operar essa governabilidade (SANTOS; VALDOMIR, 2008, p. 15).

Durante a Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 surgiu a proposta de criação do "Dia mundial da água"[123], ideia adotada pela Assembleia Geral em 22 de dezembro daquele ano (por meio da Resolução n. 47/193). O objetivo era o de incentivar os Estados a dedicar o dia mundial da água para atividades de conscientização de suas respectivas populações acerca da necessidade de conservação dos recursos hídricos, bem como de implementação da Agenda 21.

Entre 19 e 21 de março de 1998, realizou-se em Paris a Conferência internacional para água e desenvolvimento sustentável. O texto final produzido nessa Conferência sublinha que o fato de que a água é essencial para a satisfação de necessidades humanas básicas, para a proteção de ecossistemas, além de recurso chave para prosperidade e estabilidade futuras. A água deve ser gerenciada por meio de parceria entre setor público e privado e as decisões tomadas por meio de processo participativo e aberto. A declaração exorta a comunidade internacional a dar prioridade ao acesso à água e saneamento para todos e a desenvolver um estatuto de princípios para ser aplicado no desenvolvimento e implementação de sistemas de gerenciamento de recursos hídricos. O documento ainda menciona a necessidade de promover a integração de todos os aspectos de desenvolvimento, gerenciamento e proteção dos recursos hídricos; mobilizar os recursos financeiros dos setores público e privado; e melhorar a troca de informações, o treinamento e conhecimento.

A "Declaração do Milênio", aprovada pela Cúpula do Milênio que ocorreu em Nova York entre 6 e 8 dezembro de 2000, estabeleceu oito objetivos para o desenvolvimento até 2015, chamados de Metas do Milênio (*Millennium Development Goals*)[124]. Em relação à água

[123] O dia mundial da água é comemorado anualmente no dia 22 de março.

[124] São elas: reduzir pela metade a proporção da população com renda inferior a um dólar por dia e a proporção da população que sofre de fome; garantir que todas as crianças completem o ensino básico; eliminar a disparidade entre os sexos no ensino; reduzir em dois terços a mortalidade de crianças menores de 5 anos; reduzir em três quartos a taxa de mortalidade materna; deter a propagação do HIV, a incidência da malária e de outras doenças importantes; integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais, reduzindo pela metade a proporção da população sem acesso permanente e sustentável a água potável segura e, até 2020, alcançar uma melhora significativa nas vidas de pelo menos 100 milhões de habitantes de bairros degradados; avançar para construção de uma parceria global para o desenvolvimento (o que inclui um

doce, a meta é de reduzir pela metade a proporção da população sem acesso à água potável. Esses compromissos foram reafirmados na Cúpula de Johanesburgo em 2002[125].

Embora se questione a viabilidade econômica para cumprir a meta do milênio relacionada à água, a quantia necessária para prover o acesso à água limpa e saneamento àqueles que não o têm é de 7 bilhões de dólares anuais durante o próximo decênio, uma quantia irrisória, considerando os 3 trilhões de dólares dados a bancos e empresas, entre setembro de 2008 e junho de 2009, como forma de combater a crise financeira (NOVAES, 2009, p. A2). O Brasil é um dos signatários da Declaração do Milênio que certamente não cumprirá a meta relativa a saneamento (FRASÃO, 2009, p. H4). E não está fora do politicamente correto: em janeiro de 2010, o presidente do Conselho Mundial da Água declarou que os objetivos de Johanesburgo e do Milênio não poderiam ser alcançados (FALEIROS, 2010, p. F3).

2.3.3. Os mandamentos de Bonn

Em 2001 foi realizada mais uma grande conferência dedicada especificamente ao tema da água doce, foi a Conferência Internacional de Bonn. Nela, reuniram-se autoridades de meio ambiente e de recursos hídricos de 46 países, além de representantes de 47 organizações internacionais e delegados de 73 organizações de "grandes grupos" (*major goups*) e da sociedade civil – algo apropriado para a era de "parcerias globais" (*global partnerships*). O objetivo era discutir ações para aumentar a segurança hídrica e alcançar um gerenciamento sustentável dos recursos hídricos. Além de terem afirmado a preocupação com o fato de que, no início do século XXI, 1,2 bilhões de pessoas não têm acesso à água potável e quase 2,5 bilhões não tem acesso a saneamento, aqueles presentes em Bonn concordaram que todos os governos, a comunidade internacional, o setor privado, as organizações não governamentais e todos os outros *stakeholders* devem basear suas ações no que segue:

a) Governança: para isso, o setor privado deve se juntar aos governos e à sociedade civil para contribuir para a universalização do abastecimento e do saneamento, fortalecer

---

sistema comercial e financeiro aberto, baseado em regras, previsível e não discriminatório, o atendimento das necessidades dos países menos desenvolvidos, entre outros) (PNUD, 2000).

[125] E imediatamente desrespeitados, ver: CAUBET, 2006, p. XXII-XXIII.

investimentos e capacidades gerenciais, os prestadores de serviço devem se submeter à regulação e fiscalização;

b) Investimentos: deve-se suprimir o *gap* de investimentos, utilizando recursos de todas as fontes: orçamento público, mercado de capitais, financiamento comunitário, aplicação do princípio poluidor-pagador e ajuda internacional para o desenvolvimento;
c) Comunidade internacional: é preciso fortalecer o papel da comunidade internacional;
d) Transferência de tecnologia e capacitação[126] (*capacity building*);
e) Gênero: é preciso fortalecer a abordagem da participação e do papel das mulheres.

Dentro de cada um dos grandes eixos de ação – governança, mobilização de recursos financeiros e capacitação – há uma série de ações recomendadas pelos delegados em Bonn. Dentro do campo da governança[127], por exemplo, é aconselhado que governos assegurem a universalização do acesso à água, inclusive para os pobres; que se promova a igualdade de gêneros; uma distribuição apropriada de água entre as demandas que competem; partilha de benefícios; promoção da divisão de benefícios participativa; melhora do gerenciamento de água; proteção de ecossistemas e qualidade da água; gerenciamento de riscos; encorajamento da prestação de serviços mais eficiente; descentralização política e combate a corrupção[128]. No que diz respeito a encorajar a prestação de serviços mais eficiente, é explícita a recomendação pela abertura de mercados nacionais: "a prestação de serviços de água predominantemente pública deve ser complementada pelo uso de diferentes e inovadoras formas de prestação de serviço, inclusive grupos autônomos formados pelas pessoas,

---

126 O termo "capacitação", assim como o de "governança", tem o propósito de atribuir um caráter administrativo, gerencial e técnico à questão da água. É relevante que não se fale em "educação", mas em capacitação: a noção ofusca as contradições inerentes ao tema que deveriam ser enfrentadas pelos agentes, como se tudo fosse um problema de gestão da informação, técnicas, gráficos, modelos gerenciais e sistemas de acompanhamento que podem ser absorvidos por treinamento (ACSELRAD, 2006, p. 26).

127 "Governança" é uma expressão que tem origem na literatura do Banco Mundial, com o esforço de legitimar as ações das agências multilaterais de desenvolvimento nos países em desenvolvimento. O termo significa a separação entre funções propriamente políticas – a serem mantidas na órbita dos governos nacionais – e as funções consideradas referentes à "boa gestão dos recursos de um país", ou seja, questões de gestão técnica, que poderiam ser assumidas por organismos multilaterais. A governança é corolária da ideia de que existe um receituário administrativo autônomo, "desligado do turbulento mundo da política", ou seja, da competência de Estados soberanos. É a atualização do velho sonho liberal da separação entre os mercados e os espaços da política, que serve para reduzir as incertezas e inseguranças que podem ter os capitais financeiros mundializados no propósito de transitar livremente. "A boa governança, antes de constituir uma resposta técnica aos problemas de desenvolvimento, parece ser parte integrante das políticas que fazem emergir uma nova ordem mundial" (ACSELRAD, 2006, p. 18-20).

128 No original, as recomendações de Bonn são: *secure equitable access to water for all people, ensure that water infrastructure and services deliver to poor people, promote gender equity, appropriately allocate water among competing demands, share benefits, promote participatory sharing of benefits from large projects, improve water management, protect water quality and ecosystems, manage risks to cope with variability and climate change, encourage more efficient service provision, manage water at the lowest appropriate level* e *combat corruption effectively*.

prestação informal de serviços, sociedades em cooperação, e empresas locais e internacionais"[129].

No campo da mobilização de recursos para investimentos, as recomendações são de aumentar a ajuda internacional para o desenvolvimento, firmar parcerias público-privadas tornando o "mercado de água mais atrativo para o investimento privado", melhorar a eficiência econômica e a auto-sustentação de operações e investimentos, aumentar todo tipo de financiamento e reforçar a capacidade pública de financiamento[130]. Embora a tônica da declaração seja a de afirmar que a prestação de serviços tal como está, majoritariamente de caráter público, é ineficiente, reconhece-se que os orçamentos públicos são as maiores fontes de investimentos. Aconselha-se a inserção da iniciativa privada, mas ainda assim se reconhece que o dinheiro público é necessário para investimentos complementares e para garantia contra os riscos para consumidores, prestadores e investidores. Em outras palavras, propõe-se um capitalismo sem riscos para o setor privado. Todos querem participar do "mercado da água", mas sabe-se que a maior parte do investimento necessário deve vir do setor público que é também fiador do agente privado que por sua vez só entrará em ação para administrar um negócio e garantir suas parcelas de lucros das operações.

O discurso da Conferência de Bonn é claro na imposição de receitas de privatização[131]. A administração privada do setor de água é tratada como uma novidade, uma inovação que traz modernidade e eficiência, em especial para as cidades rentáveis (ou seja, aquelas que têm mais de 100 mil habitantes), deixando para o Estado, ONGs e cooperativas a gestão dos serviços de abastecimento e saneamento em áreas carentes e menos lucrativas (como nas cidades com menos de 100 mil habitantes e nas áreas rurais, por exemplo). No entanto, como os serviços em questão constituem monopólios naturais, que necessitam de pesados investimentos em infra-estrutura, com retorno de capital somente a médio e a longo prazo, é evidente que o Estado será encarregado de fazer os investimentos necessários. Ao

---

[129] No original: "*the predominant public delivery of water services should be complemented by more use of different and often innovative forms of service delivery, including self help groups formed by the people themselves, informal service providers, co-operative societies, and local and international private enterprises*".

[130] No original, as recomendações estão assim resumidas: *ensure significant increase in all types of funding, strengthen public funding capabilities, improve economic efficiency to sustain operations and investment, make water attractive for private investment, increase development assistance to water*.

[131] A privatização pode ter várias facetas: pode significar a extração da esfera pública de territórios; o desvio de águas com a finalidade de construção de mega-projetos; a privatização por contaminação (na medida em que se impossibilitam que outros possam da água usufruir); a privatização dos serviços de água e saneamento; a privatização da água por engarrafamento; e a privatização pelo monopólio de tecnologias (SANTOS; VALDOMIR, 2008, p. 16; GARCÍA, 2008, p. 58-59). No discurso utilizado da conferência na Alemanha, a ênfase é na privatização dos serviços de abastecimento de água e saneamento.

setor privado deve se dar somente os lucros, em troca da sua suposta eficiência de performance (SIQUEIRA, 2005, p. 41-42).

Há ainda vários problemas com essa visão que se pretende impor aos Estados, que só podem ser abordadas aqui de forma superficial. Anizia García (2008, p. 59-60) lembra que a mercantilização da água se inspira na ideia de que todos os recursos estão à disposição para serem apropriados e postos à venda, sem que se dê a menor importância para o fato de que os recursos precisam se renovar, o que é indispensável para manutenção do ciclo hidrológico e do equilíbrio dos ecossistemas. Com relação ao ser humano, esta abordagem não permitiu que houvesse mais pessoas com acesso à água de melhor qualidade, pelo contrário, as tarifas subiram e os lucros foram somente das empresas de água. Uma gestão de recursos hídricos verdadeiramente democrática, por meio dos poderes públicos e estreito controle cidadão é indispensável: não somente por conta do monopólio natural que o setor de abastecimento e saneamento constitui, mas porque há uma série de aspectos sociais e ambientais que devem ser considerados, para que se permita a manutenção da vida. Explica a autora que ainda que a cobrança de um preço pela água seja útil para impingir a racionalização do uso, não se deve esquecer que "são precisamente a distribuição injusta, a poluição, a exploração indiscriminada e insustentável, e o uso abusivo desses recursos por parte da agricultura intensiva e das grandes indústrias os fatores determinantes da atual crise da água". Logicamente,

> o projeto de um novo modelo de gestão, mais justo e ecologicamente sustentável, deveria controlar aqueles que utilizaram abusivamente a água e exigir-lhes contribuições compatíveis com os rendimentos que obtiveram com a exploração dos recursos hídricos. Mas, primeiro, esse novo sistema deveria ser baseado no princípio de que o acesso gratuito a uma quantidade mínima de água potável, suficiente para satisfazer às necessidades básicas, constitui um direito fundamental que deve ser universalmente garantido (GARCÍA, 2008, p. 139).

Para que se garanta o acesso a uma quantidade de água suficiente e de qualidade para satisfação das necessidades vitais e, simultaneamente, introduzir um enfoque de racionalidade que combata a exploração indiscriminada e a poluição, é preciso uma política que distinga os diversos usos e valores da água, instituindo preços justos conforme tarifas progressivas. "Portanto, a implementação de uma nova política de gestão dos recursos hídricos com base em critérios de racionalidade econômica teria que ser gradual e, de qualquer forma, não poderia perder de vista que a própria pobreza estabelece os limites naturais das tarifas de água"[132] (GARCÍA, 2008, p. 139).

[132] No original: "*Aunque ciertamente es possible que el cobro del precio real del agua contribuya a que los consumidores hagan un uso más racional del recurso, no debemos olvidar que son precisamente la injusta distribuición, la contaminación, la explotación indiscriminada e insostenible, y el uso abusivo de estos recursos*

2.2.4. As agências da ONU e seus programas

Conforme anteriormente dito, há uma nebulosa institucional em se tratando de normas de Direito Internacional Ambiental, mas a situação é ainda mais confusa quando a pauta de trabalho das instituições envolve recursos hídricos. Dentro do sistema ONU há uma série de agências e organismos especializados que se ocupam de fazer valer uma determinada visão sobre a água doce e seus respectivos modelos de gerenciamento: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)[133], a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (CDS).

Com intuito de coordenar, favorecer a coerência e a troca de informações entre as agências da ONU que lidam com o tema recursos hídricos e saneamento, criou-se em 2003 um mecanismo chamado *UN-Water.* Sob a tutela do *UN-Water* há 4 programas, cada um com objetivos, orçamento e agência executora próprios. São eles: *The World Water Assessment Programme* (WWAP); *The World Health Organization* (WHO) and *United Nations Children's Fund* (UNICEF) *Joint Monitoring Programme on Water Supply and Sanitation* (JMP); *UN-Water Decade Programme on Capacity Development* (UNW-DPC); e *The UN-Water Decade Programme on Advocacy and Communication* (UNW-DPAC).

---

por parte de la agricultura intensive y las grandes industrias, los factores que realmente determinan la actual crisis hídrica. Por ello, el diseño de un Nuevo modelo de gestión, más justo y ecológicamente sostenible, debería controlar a quienes acaparan y utilizaran abusivamente el agua y exigirles aportaciones acordes con los rendimientos que obtienem de la explotación de los recursos hídricos. Pero ante todo, este nuevo sistema tendría que estar fundado en el principio de que el acceso gratuito a una cantidad mínima de agua potable, suficiente para satisfacer por lo menos las necesidades básicas, constituye un derecho fundamental que debe quedar universalmente garantizado. Asegurar universalmente el libre acceso a una cantidad de agua suficiente y de calidad para satisfacer las necesidades humanas básicas y, a la vez, introducer un enfoque de racionalidad económica que combata la explotación indiscriminada, el despilfarro y la contaminación de este recurso irremplazable, supone entonces recurrir a los mencionados sistemas de tarifas escalonados, en los que se distingue entre los diversos usos y valores del agua, para cobrar por ella un precio justo y razonable que promueva su aprovechamiento sostenible. Por tanto, la puesta en práctica de una nueva política de gestión de los recursos hídricos basada en criterios de racionalidad económica, tendría que ser paulatina y, en todo caso, no perder de vista que la propria pobreza establece los limites naturals de las tarifas de agua" (GARCÍA, 2008, p. 139).

[133] A título de exemplo, o mais recente documento produzido pelo PNUMA, o relatório *Global Environment Outlook*: *environment for development* (GEO-4) tem um capítulo especial sobre recursos hídricos, no qual não deixa de ressaltar a importância do abordagem *market-based*, do critério de custo benefício e da tecnologia na gestão desses recursos (UNEP, 2007, p. 117).

O primeiro desses programas, o "Programa Mundial de Avaliação dos Recursos Hídricos" (*The World Water Assessment Programme – WWAP*) é o de maior interesse. Criado em 2000 e sob gestão da UNESCO, o programa pesquisa e reúne informações sobre crise da água obtidas em diversas fontes (governos, universidades, ONGs, centros de estudos etc.) e propõe recomendações[134]. Seus resultados são publicados trienalmente, no *World Water Development Report*[135].

Como se não bastassem a "Década internacional para a água potável e o saneamento" e o "Dia mundial da água", em 20 de dezembro de 2000 a Assembleia Geral da ONU proclamou o ano de 2003 como o "Ano internacional da água doce" (Resolução n. 55/196), com a intenção de incentivar os governos a promover a importância do uso sustentável, do gerenciamento e da proteção dos recursos hídricos.

Baseando-se no primeiro dos relatórios do *World Water Assessment Programme*, a Assembleia Geral da ONU também proclamou a Década Internacional para a Ação "Água para a vida" (*International decade for action "Water for life"*), começando em 22 de março de 2005, até 2015 (Resolução 58/217, de 9 de fevereiro de 2004). O propósito é de promover a implementação dos programas relacionados à água para atingir os objetivos contidos na Agenda 21, na Declaração do Milênio e no Plano de Johanesburgo (*Johannesburg Plan of Implementation*). Ou seja, mais um esforço retórico no sentido de que se deve reduzir pela metade, até 2015, o número de pessoas sem acesso à água potável e serviços sanitários. Mais uma medida nesse sentido ocorreu em dezembro de 2006, quando a AG declarou o ano de 2008 como o "Ano Internacional do Saneamento" (*International year of sanitation*), por meio da Resolução A/C.2/L.16/Rev. 1, requerendo ao Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais (*UN Department of Economic and Social Affairs*) que desenvolvesse proposta para possíveis atividades.

A Organização Mundial de Saúde também está envolvida no estudo do tema e edição de documentos-receituários. O mais relevante é o relatório "O direito à água" (*The right to water*, *World Health Organization*, 2003), que estabelece diversas ações que outros atores,

---

[134] Os objetivos do programa, segundo as informações do sítio *web*, são: avaliar o estado dos recursos hídricos e ecossistemas no mundo; identificar temas cruciais e problemas; desenvolver indicadores e medir o progresso no sentido de atingir uso sustentável dos recursos hídricos; ajudar os países a terem seus próprios meios de avaliação; e documentar os resultados e publicá-los regularmente no *World Water Development Report* (WWDR) (UNESCO, 2008a).

[135] A primeira edição do *World Water Development Report* (cujo título é "*Water for people, water for life*") foi lançada no 3º Fórum Mundial da Água, em Kyoto, em março de 2003. Pouco tempo depois, em 22 de março de 2006, a UNESCO publicou o 2º World *Water Development Report*, intitulado "*Water, a shared responsibility*". O lançamento da 3ª edição do *World Water Development Report* (WWDR-3), ocorreu em março de 2009, durante o 5º Fórum Mundial da Água, em Istambul (UNESCO, 2008a).

além dos governos, devem adotar a fim de contribuir para a proteção e o respeito do direito à água. Aos cidadãos cabe ter que contribuir eventualmente para a realização de seus direitos. Às instituições financeiras internacionais cabe o papel de promover a realização do direito à água, por meio, por exemplo, da promoção de abordagem *demand-responsive*, que proporcione um serviço sustentável e que se possa pagar - com a ressalva de que as instituições financeiras devem evitar fazer pressões "indevidas" sobre governos para liberalização de mercado. Aos prestadores de serviços privados nacionais ou multinacionais cabe, entre outras coisas, estabelecer uma política responsável de desconexão[136].

2.2.5. Novos atores e novos fóruns

Fora do sistema das Nações Unidas, o Banco Mundial e as empresas transnacionais também se articulam na competição para definir quais são as melhores práticas para resolver os "problemas" da água. Em 1994, junto com algumas agências da ONU, com o governo de alguns países (Canadá, França, Japão e Países Baixos), com as companhias francesas Suez e Vivendi, o Banco Mundial[137] criou o Conselho Mundial da Água (*World Water Council*-

[136] No original: "*National and multinational private service providers include companies ranging from local providers of services to multinational corporations. Depending on the nature of the company it may: advance the provision of services so that the number of people served should always increase; establish policies towards water conservation for its own activities; use differential cost-recovery/progressive pricing to contribute to increasing coverage; ensure equity in reliability of services; give priority to supplies for the most marginalized communities, establish a responsible disconnection policy; ensure the participation of citizens in decision-making; provide clear and accurate information to all users*" (WHO, 2003, p. 36).

[137] Somente a atuação do Banco Mundial já valeria um estudo completo. João Alberto Amorim (2009, p. 2020-211) explica que a partir da gestão de Robert MacNamara (1968-1981) o Banco deixou de lado os seus propósitos iniciais e passou a atuar como um banco comum alcançando um volume expressivo de empréstimos que garantisse o retorno de lucros para os seus acionistas. A chamada "tarefa do desenvolvimento" era apenas uma desculpa que mantinha uma demanda incessante pelos seus empréstimos, condicionados à aceitação não só de termos técnicos e financeiros, mas também estruturais e políticos, garantindo a abertura de campos cada vez maiores para os seus investidores, de acordo com os interesses dos Estados Unidos. No âmbito da água doce, o Banco Mundial já em 1993 elaborou uma estratégia que pautaria a análise e a concessão de empréstimos do banco. A "Política de gestão de recursos hídricos" envolve aspectos institucionais, de gestão e de infra-estrutura e é baseado em 3 princípios (não diferentes dos princípios de Dublin): princípio ecológico (que estabelece a gestão integrada, os usos múltiplos, a bacia hidrográfica); o princípio institucional (com participação inclusive do setor privado); princípio dos instrumentos (devem ser utilizados incentivos e princípios econômicos para gestão do recurso escasso). Em dezembro de 1995, o banco divulgou o documento "*Water allocation and water markets – an analisys of gains from trade in Chile*" (*Technical paper* 315), segundo o qual devem ser implantados os mercados de água, os direitos de propriedade de água podem ser transacionados livremente, conforme a lei da oferta e da procura. Seguem os documentos "*Tradeble water rights – a property right approach to resolving water shortage and promoting investment*"(*Policy research working paper* 1627), de 1999 e "*Water resources sector strategy – Strategic direction for world bank engagement*", de 2004, uma revisão da política de recursos hídricos de 1993, na qual se enaltece a inserção do setor privado. Carlos Santos e Sebastián Valdomir (2008, p. 22) relatam que no caso da Argentina e da Bolívia, o Banco Mundial promoveu a redução de

WWC).

O Conselho Mundial da Água agrega 323 organizações de 52 países, entre elas, representantes de Estado, corporações e centros de pesquisa. Os seus objetivos são o de fornecer uma visão estratégica sobre recursos hídricos e sobre os serviços, promovendo mundialmente sua implementação. Também deve aconselhar e dar informações para os tomadores de decisões sobre desenvolvimento e políticas em prol dos pobres, além de contribuir para resolução de questões sobre águas transfronteiriças. De acordo com esses objetivos, suas atribuições são a de elaborar uma "visão mundial da água" e proporcionar um espaço de debates, os fóruns mundiais da água (PETRELLA, 2002, p. 47-52; PETRELLA, 2003, p. 12; RIBEIRO, 2008, p. 90-94).

A "Visão mundial da água" (*World water vision: World Water Vision: Making Water Everybody's Business*) é um relatório, cuja elaboração foi proposta no I Fórum Mundial da Água, em Marrakesh, em 1997, e resultado apresentado no II Fórum, em Haia, em 2000. Primeiramente, o documento reafirma os princípios declarados na conferência de Dublin (1992) e passa a defender abertamente o fim do serviço público e a inserção da água num mercado com agentes em competição: "A verdadeira revolução no gerenciamento de água se dará quando os *stakeholders* tiverem o poder de gerir os próprios recursos"[138].

Vale citar um trecho do relatório, específico sobre a necessidade de permitir que o setor privado passe a prestar os serviços de abastecimento, considerando que o Estado é, evidentemente, ineficiente (quando não corrupto e fracassado):

> [...] Em razão de preocupações sociais, em muitos países o abastecimento de água é encargo de agências públicas, que na maioria dos países em desenvolvimento (e em muitos desenvolvidos) tornaram-se ineficientes, não reguladas e responsáveis. O setor privado transforma fundamentalmente esta dinâmica, porque um monopolista privado opera sob um contrato definido (isto é, precisa ser regulado). Uma vez que se estabelece a regulação e responsabilidade, há logicamente três coisas a se fazer: comparar sua performance com a de companhias públicas, tornar as companhias públicas responsáveis pelos usuários e regular companhias públicas. Este processo pode iniciar um ciclo virtuoso de competição, com o grande benefício de

---

controles sobre o setor de água com a abertura para o setor privado, como em todos os lugares, mas além disso tornou-se sócio minoritário das empresas beneficiárias dos pacotes de privatização. Deve-se mencionar ainda que o Banco Mundial, junto com o PNUD e com a SIDA (a agência sueca para o desenvolvimento), criou também a Parceria Global para a Água (*Global Water Partnership* – GWP), com propósito de promover parcerias público privadas, trabalhando com as ferramentas conceituais de governabilidade de água e gestão integrada de recursos hídricos. A gestão integrada, para a GWP, tem enfoque nos atores, na inclusão de fundos privados de financiamento, agências de crédito, empresas e outras instituições vinculadas a água. É também partidária da inclusão do tema água doce em acordos de livre comércio (SANTOS; VALDOMIR, 2008, p. 30). Para uma excelente abordagem do processo de privatização na Argentina e na periferia em geral, ver: GARCÍA, 2008, p. 70-81.

[138] No original: "*The real revolution in water resource management will come when stakeholders have the power to manage their own resources"* (WWC, 2000b, p. 3).

> tornar as companhias públicas reguladas, responsáveis e eficientes. [...][139]

Entre as recomendações do Conselho Mundial da Água estão o aumento da produtividade da água, desenvolvimento da biotecnologia para agricultura, a atribuição de um valor aos "serviços" prestados pelos ecossistemas e novos mecanismos institucionais. Há ênfase no repasse da integralidade dos custos dos serviços de abastecimento aos consumidores – que não são mais cidadãos já que "Sim, água é vida. Todo ser humano, agora e no futuro, deveria ter água limpa o suficiente para beber e para saneamento, e suficiente comida e energia a um preço razoável"[140]. Assim, a mudança para um preço que cubra a totalidade dos custos, para todos os usos humanos, é necessária para dar sentido ao conceito de água como bem econômico, que, por sua vez, é indispensável no contexto de escassez [141].

Como dito, o Conselho Mundial da Água organiza os fóruns mundiais da água, que devem servir como espaço para debate sobre as questões da água, formular propostas e

---

[139] No original: "*Public and private management of water must be improved through greater accountability, transparency, and rule of law. Because of social concerns, in many countries the supply of water services has been entrusted to public agencies, which in most developing countries (and many developed ones) have become inefficient, unregulated, and unaccountable. The private sector changes this dynamic fundamentally, because a private monopolist needs to operate under a defined contract (that is, it needs to be regulated). Once regulation and accountability are established for private companies, it logically follows to do three things: compare their performance with that of public companies, make public companies also responsible to users, and regulate public companies. This process can start a virtuous circle of competition, with, arguably, the greatest benefit being that public companies become regulated, accountable, and efficient. There is clear evidence in the urban water sector that under such circumstances performance improves immeasurably, but the process has yet to start in irrigation*" (WWC, 2000b, p. 3).

[140] No original: "*Yes, water is life. Every human being, now and in the future, should have enough clean water for drinking and sanitation, and enough food and energy at reasonable cost*"(WWC, 2000a, p. vi).

[141] Mais um trecho das explicações do Conselho Mundial da Água a respeito da necessidade de atribuição de valor econômico à água pode ser citado: "Mudança para um preço que cubra a totalidade dos custos para todos os usos humanos: em razão da escassez, a água deve ser tratada como um bem econômico. Para dar sentido a este conceito, o presente relatório recomenda que os consumidores sejam cobrados pelo custo total da prestação de serviços de água. Ou seja, eles devem pagar pelo custo total de obtenção da água que usam e o custo total da captação e tratamento de água e coleta de esgoto. Isso não impede os governos de conceder subsídios direcionados e transparentes aos pobres, sempre levando em consideração as outras demandas por dinheiro público. É um paradoxo que os pobres sofram mais com os subsídios da água e das políticas que tratam a água como um bem social. Muito freqüentemente os subsídios são captados pelos ricos, deixando recursos insuficientes para operação e expansão do sistemas, resultando no racionamento, com os pobres sempre no último lugar da fila. Cobrar pelos serviços de água é um bom passo para criação de um quadro regulatório que eventualmente acabará por reconhecer o valor econômico total da água, incluindo o custo das externalidades". No original: "*Move to full-cost pricing of water services for all human uses. Because of its scarcity, water must be treated as an economic good. To give this concept meaning, this Report recommends that consumers be charged the full cost of providing water services. That is, they should pay the full cost of obtaining the water they use and the full cost of collecting, treating, and disposing of their wastewater. This does not preclude governments from providing targeted, transparent subsidies to the poor, always taking into account the other calls on public funds. It is a paradox that the poor suffer the most from water subsidies and from policies that treat water as a social good. Too often, water subsidies are captured by the wealthy, leaving insufficient resources for system operation and expansion and resulting in rationing—with the poor always at the end of the line. Pricing water services is a good step towards establishing a framework that will eventually recognise the full economic value of water, including the cost of externalities*" (WWC, 2000b, p. 2).

agregar compromissos ao redor de suas propostas[142]. Pode-se identificar um certo padrão nos resultados dessas reuniões. No 2º Fórum Mundial da Água, a preocupação principal era com a segurança hídrica; o acesso à água e ao saneamento foram considerados "necessidades humanas básicas essenciais à saúde e ao bem-estar". Além da parceria em todos os níveis, a declaração exorta à cooperação entre Estados para atingir a gestão integrada de recursos hídricos e menciona também o valor econômico da água (e ambiental, social e cultural), a necessidade de cobrança pelos serviços e de uma administração competente. Em nota prefaciando a versão brasileira da declaração, a delegação brasileira afirma que concorda com ela, mas que há imprecisões e dificuldades no conteúdo e nos conceitos, razão pela qual o governo brasileiro não se associa a todas as análises, sugestões e propostas, além de não considerar a declaração como base sólida e adequada para futuras negociações no âmbito da ONU.

Já no 3º Fórum Mundial foi feita uma declaração final com 29 pontos na qual é ressaltada a importância do desenvolvimento sustentável, da boa governança, da capacitação e fortalecimento institucional, facilitação de investimentos (com a inclusão do setor privado), da cooperação e do gerenciamento integrado. O texto final do 4º Fórum é parecido, fala-se em sustentabilidade ambiental, em gerenciamento integrado, na importância de se atingir as metas do milênio, na necessidade de aumento das fontes de recursos e de boa governança[143].

O Fórum Mundial da Água realizado em março de 2009, em Istambul, foi marcado pelas discussões sobre crise financeira, sobre aquecimento global e os impactos desses dois fenômenos sobre o alcance (ou não) das metas do milênio. O resultado final foi uma declaração de 22 pontos que vão desde a reafirmação do desejo de se atingir as metas do milênio, a renovação da importância do gerenciamento integrado até a afirmação de que é preciso conhecer mais sobre os impactos do aquecimento global. Há menção à prevenção da poluição da água e de desastres naturais, à cooperação e apoio à pesquisa científica, educação e novas tecnologias (inclusive dessalinização de água marinha).

Conclama-se a comunidade internacional, as agências de fomento e o setor privado a financiar investimentos, investimentos que estão sujeitos a uma justa, equitativa e sustentável recuperação de custos. Como não poderia deixar de ser, a declaração menciona a necessidade

[142] O primeiro ocorreu em 2000, em Marrakesh; o segundo fórum mundial da água se realizou em Haia, em 2000; o terceiro, no Japão em 2003; o quarto, no México em 2006; o quinto fórum reuniu-se em Istambul, na Turquia, em março de 2009.

[143] Amorim (2009, p. 176) comenta que Ministros de Estado da Venezuela, Cuba, Uruguai e Bolívia emitiram uma declaração complementar, na qual afirmam que o acesso à água potável é um direito fundamental e que cada país tem o direito soberano de regular o acesso às fontes de água, bem como seus usos e os serviços; registram também a preocupação com os impactos negativos de instrumentos internacionais como tratados de livre comércio.

de boa governança do setor de água, para a qual é preciso reformar instituições de gerenciamento da água; fortalecer a regulação do setor, aumentar a responsabilidade política e administrativa pela implementação e garantir a sua efetiva aplicação; prevenir a corrupção; garantir a transparência nos processos de decisão e fortalecer a participação dos interessados[144].

Mas o debate mais importante em Istambul deu-se entre os que defendiam a afirmação de que a água é uma "necessidade humana" e os que pretendiam ver declarado um "direito humano à água". O Brasil foi contra a proposta de se declarar um direito humano à água[145], segundo o Itamaraty, para "evitar o risco de que a soberania do país sobre o uso desse recurso pudesse ser afetada". A ponderada decisão pretende evitar que a adesão brasileira ao documento permita que outros países questionem a forma como o Brasil controla o uso da água (BRASIL, 2009). No fim, a declaração de Istambul diz somente que "nós reconhecemos as discussões no âmbito do sistema ONU em relação aos direitos humanos e acesso à água potável e saneamento. Nós reconhecemos que o acesso à água potável e saneamento é uma necessidade humana básica"[146]

Em outro documento, dirigido a prefeitos e autoridades locais, "Consenso de Istambul" (*Istanbul Water Consensus*),[147] há a declaração de que o acesso à água de boa qualidade e ao saneamento é um direito básico de todos os seres humanos e tem um papel essencial para a vida, para saúde da população e para o combate a pobreza. Afirma-se também que a água é um bem público e deve estar sob rígido controle do poder público, independentemente da delegação dos serviços ao setor privado.

É importante comentar que o Presidente da Assembleia Geral da ONU realizou um pronunciamento a respeito do Fórum Mundial da Água, pelo qual mostrou-se preocupado com a forma com que o evento é realizado, sob profunda influência de companhias privadas. É preciso, diz o Sr. Miguel d'Escoto Brockmann, que o Fórum conduza suas atividades sob os

---

144 No original: "*To improve at the national level the governance of the water sector, we will, as appropriate, aim to: a) Promote institutional water management reform; b) Strengthen water sector laws and regulatory frameworks, increase political and administrative accountability for their implementation, and ensure their effective enforcement; c) Prevent corruption and increase integrity in implementing water-related policies, plans and practices; d) Ensure transparency in decision making processes; e) Strengthen public participation from all water stakeholders*" (WWC, 5th World Water Forum, p. 4).

145 Segundo Benedito Braga (2009), a posição brasileira não teria sido tão simplista, ao contrário, a delegação brasileira propunha que recursos fossem providos pelos países desenvolvidos do Hemisfério Norte para as nações menos favorecidas do Hemisfério Sul; com isso, não houve consenso em Istambul.

146 No original: "*We acknowledge the discussions within the UN system regarding human rights and access to safe drinking water and sanitation.We recognize that access to safe drinking water and sanitation is a basic human need*" (WWC, 5th World Water Forum, 2009, p. 4).

147 Em junho de 2009, 265 representantes de municípios paulistas se reuniram para aderir aos termos do documento de Istambul, com isso, o Estado de São Paulo tornou-se o recordista no Brasil de adesões ao Consenso (O CONSENSO, 2009).

auspícios das Nações Unidas, compartilhando dos mesmos princípios, de forma contrária à "comoditização" da água[148].

É possível identificar certa uniformidade nas proposições dos fóruns e conferências sobre água doce. Há um consenso sobre a atribuição de valor econômico à água, sobre a necessidade de gerenciamento integrado e cooperação entre países.

Nas respostas dadas em foros do Banco Mundial, difundiu-se a crença na racionalidade que decorre dos ajustes de mercado. Deve-se restringir os espaços de possibilidade de políticas públicas abrangentes, para dar vazão a procedimentos técnicos em escalas locais e fragmentadas, orientadas pelos princípios da boa governança, possível graças à capacitação (de indivíduos e institucional), à tecnologia e às parcerias[149] (ACSELRAD, 2006, p. 21).

É indispensável lembrar que nenhum desses documentos (relatórios e declarações finais de conferências internacionais e de fóruns) constituem Direito Internacional, ou seja, normas de efeito obrigatório. No entanto, a repetição incessante de seus termos e a alusão às "boas práticas" por eles consagradas podem servir para arguição de que haveria sido criada

---

[148] O documento se chama "*Statement to the Fifth World Water Forum delivered by Maude Barlow, Senior Advisor on Water to the President*", de 19 de março de 2009. É interessante citar o seguinte trecho do original: "*Because of these beliefs, I feel I must express my concerns regarding the constitution and performance of the World Water Forum. As President of the General Assembly, I see more clearly than ever the importance of inclusive and democratic partnerships in addressing the global challenges before us. Yet to be successful, these partnerships need to be in keeping with the UN development agenda and the goals of our Organization, and must take into account and reflect the emerging trends in international law, including international human rights law. I believe the UN's own ambiguity and lack of leadership have hindered our ability to steer a course and forge more constructive partnerships for addressing the critical issue of water.*
I am concerned that the World Water Forum is currently structured in a way that precludes partnerships with the advocates of the principles mentioned above. The Forum's orientation is profoundly influenced by private water companies. This is evident by the fact that both the president of the World Water Council and the alternate president are deeply involved with provision of private, for-profit, water services.
It is important that the United Nations insist on more clarity on the issue of "commodification" of water and articulate a rights-based approach on access to water. I strongly believe that UN agencies and offices should spearhead the effort to articulate, through a legally constituted process, a clear, comprehensive framework for dealing with issues of access to water and sanitation. Guidelines should be established as to the accountability and responsibilities of the members of the World Water Council and the World Water Forum.
I was troubled to learn that the current World Water Forum Ministerial Statement was only agreed upon when some states ensured that there was no binding obligation on governments to actually implement any of the articles within the statement. The issue of water is too important to be left without a binding and accountable process. We can and must do better.
It is clear that the present World Water Forum does not share the widely held views against water privatization and on preventing water from becoming a commodity. I must agree that future Forums should adopt international norms and conduct their deliberations under the auspices of the United Nations. I urge UN Member States to work together to promote policies for a Forum that meets our well-developed methodologies for such events".

[149] Em outras palavras, a designação de novos segmentos sociais como parceiros do Estado dilui as diferenças entre os atores sociais, especificamente as diferenças de poder e de responsabilidade que existe entre os agentes (ACSELRAD, 2006, p. 21).

uma *soft law* sobre o assunto[150]. Muito mais concretas e precisas do que as generalidades habituais na área do Direito Internacional do Meio Ambiente, os princípios e as recomendações da UNESCO ou do Conselho Mundial da Água podem ainda ser impostos como contrapartida da concessão de empréstimos ou da realização de investimentos.

Também não se pode ignorar o poder dos discursos. A repetição de termos como "sustentabilidade" e "governança" produzem uma realidade pelo próprio fato de anunciá-la. As palavras produzem "representações do mundo social que são capazes, por sua vez, de agir sobre este mundo, na medida em que atuam sobre as representações que dele têm os agentes sociais", produzindo um efeito de teoria: "uma prescrição capaz de contribuir com sua própria verificação, uma vez que favorece a realização daquilo que enuncia e anuncia" (ACSELRAD, 2006, p. 35).

2.3. O acesso à água como direito humano

O surgimento de novos e concorrentes usos da água nos últimos 50 anos acirrou a competição pela água tanto entre Estados, como dentro deles. A competição pela água entre os Estados e, no campo das relações internacionais, entre diversos agentes, não tem regulamentação, exceto por tratados bilaterais e regionais específicos e por referência a um ou outro princípio de direito internacional, resultado de elaboração doutrinária.

No campo nacional, dentro dos Estados, a competição é ou pode ser regulada pelo ordenamento jurídico interno. Mas há questões de Direito Internacional que podem influenciar essa regulamentação. Neste contexto, deve-se analisar o argumento da existência de um direito humano de acesso à água.

Na esteira da individualização dos problemas da água, a afirmação de um direito humano à água é uma consequência lógica e aparece como necessária.

Há quem afirme que o reconhecimento de um direito humano à água seria um triunfo em tempos de globalização, quando os Estados abriram mão de controlar seus recursos e de garantir aos indivíduos e às comunidades o acesso básico a esses recursos, deixando o

[150] A repetição é um fator essencial do processo de formação da *soft law*. A transmissão das mesmas mensagens de forma repetitiva, a sua invocação recorrente, as referências cruzadas de uma instituição a outra, a referência a *guidelines* adotadas por outra autoridade internacional aparentemente concorrente tudo isso tende a progressivamente desenvolver e estabelecer um entendimento internacional comum, segundo Pierre-Marie Dupuy (1991, p. 424-425). Por causa disso, condutas que há 20 anos seriam consideradas ameaças à soberania nacional hoje são aceitas majoritariamente.

abastecimento sujeito unicamente às leis do mercado global (GARCÍA, 2008, p. 20)[151]. A batalha pelo direito humano à água pode ter resultados progressistas, como também pode ser facilmente cooptada pelo ultraliberalismo (HARVEY, 2008, p. 192-193).

No entanto, a inserção do tema no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos pode trazer desdobramentos inesperados. Stephen McCaffrey (1992, p. 99-102) levanta a seguinte questão: os direitos humanos podem ter algum papel na solução de conflitos entre Estados, ou seja, havendo divergência entre dois Estados a respeito da utilização das águas internacionais, poderia o direito humano de acesso à água dos cidadãos de um dos Estados ser alegado? Além da pergunta do ex-relator da CDI: a imposição de respeito a direito humano poderia justificar uma intervenção humanitária dento de um Estado?[152]

Os desdobramentos decorrentes da afirmação da existência de um direito humano à água são numerosos... Mas de que forma é possível afirmar que existe um direito à água no Direito Internacional[153]? As referências explícitas a um meio ambiente saudável são poucas e ambíguas. Existem previsões genéricas de direito à vida, direito a um padrão de vida adequado, direito à saúde, direito à comida e à alimentação. Há previsões tangenciais sobre acesso à água na Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979) e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989), mas não há um instrumento específico de direito internacional para a água doce (MCCAFFREY, 1992, p. 99-1000; PETROVA, 2006, P. 593; SHAW, 2008, p. 847-848).

---

[151] Isso não isenta os Estados de retomar o exercício de muitas das competências de que abriu mão nas últimas décadas. Segundo Aniza García (2008, p. 19-20), a própria ideia de direito fundamental à água está imersa em uma concepção mais ampla de desenvolvimento sustentável, pela qual os poderes públicos estariam obrigados também a dirigir suas políticas para a consecução de um bem estar ecológico, que não está condicionado pelos interesses de mercado.

[152] Deve-se considerar que a resposta, atualmente, é positiva. Já existem teorias que buscam justificar ingerências humanitárias e ecológicas, a este respeito, ver a tese de Alessandra Marchioni, 2009. Como explica David Harvey (2008, p. 191-192), o apelo ao universalismo dos direitos humanos é uma "faca de dois gumes", pois pode servir para fundamentar intervenções. Segundo o autor: "Tem sido muito fácil cooptar questões de direitos humanos como 'espadas do império' (para usar a cortante caracterização de Bartholomew e Breaskpear). Os chamados 'falcões liberais' nos Estados Unidos, por exemplo, apelaram a essas questões para justificar intervenções imperialistas no Kosovo, no Timor Leste, no Haiti e, sobretudo, no Afeganistão e no Iraque. Eles justificam o humanismo militar 'em nome da proteção da liberdade, dos direitos humanos e da democracia mesmo quando esta é buscada unilateralmente por uma potência imperialista autonomeada' como os Estados Unidos. Em termos mais amplos, é difícil não concluir com Chandler que 'as raízes do atual humanitarismo baseado nos direitos humanos residem no crescente consenso de apoio ao envolvimento ocidental nos assuntos internos do mundo em desenvolvimento desde a década de 1970'" (HARVEY, 2008, p. 192).

[153] Henri Smets (2005, p. 28-30) afirma que numerosos países têm previsões em suas constituições mencionando o direito à água: África do Sul[153] (1996, seção 27.1); Colômbia (1991, art. 336); Equador (1998, art. 23); Etiópia (1998, art. 90); Gâmbia (1996, art. 216, 4); Uganda (1995, art. 14); Filipinas (1987, seção 11, art. XIII); Uruguai (2004, art. 47); e Zâmbia (1996, art. 112). Na Índia, a corte suprema considerou que o direito à água potável constitui um direito fundamental para a vida e um dever para o Estado (caso n. 673, 2000).

2.3.1. As inferências

Com base na Carta Internacional dos Direitos Humanos, deve-se comentar que não há nada na Declaração Universal de Direitos Humanos, nem nos Pactos de Direitos Humanos (Civis e Políticos, de um lado; Econômicos, Sociais e Culturais, do outro) de 1966[154] especificamente sobre água doce. Se existe um direito à água, ele tem que ser inferido desses documentos. É o que ocorre.

O art. 25, 1 da Declaração Universal de Direitos Humanos estatui que

> toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

É preciso lembrar que, como resolução da Assembleia Geral da ONU, essa declaração não tem caráter vinculante, embora na atualidade se reconheça que seus dispositivos fazem parte de um Direito Internacional costumeiro.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos, art. 6, parágrafo 1 estabelece que: "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida".

O direito à vida, por si só, é um direito civil e não garante que uma pessoa deixe de morrer de inanição ou por falta de atendimento médico. O direito à vida, de acordo com essa visão, é o de garantir que não haja privação de comida para um prisioneiro, enquanto que a morte por má-nutrição não é considerada uma violação do direito à vida (MCCAFFREY, 1992, p. 104-105).

Um suposto direito à água não se encaixa na noção de liberdade civil, campo onde o Estado deve abster-se de intervir, segundo Stephen McCaffrey (1992, p. 104). Este direito poderia somente estar relacionado a direitos que dependem de uma provisão de bens e serviços necessários para a vida humana. Busca-se o direito à água no Pacto de Direitos

[154] Sabe-se que a Declaração Universal consagrou todos os tipos de direitos humanos em um único instrumento. No entanto, quando a Comissão de Direitos Humanos foi encarregada de elaborar um instrumento vinculante para os Estados que o ratificassem enfrentou dificuldades. Os Estados simplesmente não estavam dispostos a se comprometer com direitos de conteúdo econômico e social. A Comissão foi obrigada a desenvolver aqueles direitos contidos na Declaração Universal em dois instrumentos distintos: um pacto para os direitos civis e políticos e outro para direitos econômicos, sociais e culturais. Não obstante, a Assembleia Geral não deixou de declarar reiteradamente a indivisibilidade e a interdependência entre o conjunto de direitos humanos (GARCÍA, 2008, p. 180).

Econômicos, Sociais e Culturais, cujos art. 11 e 12 estabelecem:

> Art. 11.
> 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
> 2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:
> a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;
> b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos países exportadores de gêneros alimentícios.
> Art. 12.
> 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
> 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
> a) a diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças;
> b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
> c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
> d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A implementação de direitos econômicos, sociais e culturais é ainda mais controvertida, em especial por conta do princípio da progressividade (art. 2º) e pela limitação imposta pelo montante de recursos disponíveis de cada Estado (art. 4º). Nas palavras de Stephen McCaffrey (1992, p. 108), isso significa que os direitos que constam do Pacto são mais objetivos do que qualquer outra coisa. Ainda assim, se um direito à água pudesse ser dele derivado, não necessariamente seria implementado de imediato pelos Estados.

Há respeitáveis opiniões em contrário. Há quem diga que o direito à água está implícito no Pacto de 1966, pois se trata de um elemento integrante de outros direitos reconhecidos já que, sem água, muitos dos direitos reconhecidos em instrumentos internacionais não teriam sentido, nem efeito. O direito à água estaria vinculado ao direito à vida, à saúde, à moradia adequada, à alimentação e a condições de trabalho adequadas,

"enumeração que pode seguramente ser ampliada na medida em que a água participa da maior parte dos componentes da vida humana" (PINTO, 2008, p. 34)[155].

Anizia García (2008, p. 47-51; 24-25) relaciona o direito à água ao direito ao desenvolvimento, à paz, à livre determinação, à educação, aos direitos culturais e à luta contra a pobreza. Segundo esta autora, deve-se realizar uma interpretação extensiva do direito à vida, de acordo com uma concepção de indivisibilidade e interdependência entre todos os direitos humanos. Neste contexto, o direito à água teria uma natureza complexa, compreendendo não somente direitos de liberdade – que impõem a abstenção do Estado – mas também direitos de igualdade, que demandam ações positivas para a sua satisfação.

2.3.2. A Observação Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social da ONU

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social - ECOSOC da ONU, órgão encarregado de supervisionar a aplicação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, emitiu na sua vigésima nona sessão a Observação Geral n. 15 (E/C.12/2002/11, de 20 de janeiro de 2003)[156] relativa ao "direito humano à água". As observações gerais são interpretações do pacto sem qualquer efeito vinculante, ou seja, não impõem nenhuma obrigação legal aos Estados (WILLIAMS, 2007, p. 475; SANTOS; VALDOMIR, 2008, p. 12)[157].

A Observação Geral n. 15 do ECOSOC é um documento de 60 pontos, dividido em VI seções. A primeira é introdutória e inicia com a afirmação de que a água é um recurso natural

[155] Este autor chega a citar decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual a água é uma das condições para garantia de uma existência digna, como tal, parte do direito humano à vida, pré-requisito para o gozo dos demais direitos humanos. Tratar-se do caso "*Niños de la calle*", julgado em 19/9/1999 (2008, p. 34). Aniza García (2008, p. 24-38) também cita o caso "*Niños de la calle*" (Villagrán Morales y otros, sentença de 19/11/1999, série C, n. 63) e além deste os casos: "*Comunidad Indígena Yakye Axa"* contra o Paraguai (sentença de 17/6/2005, série C, n. 125), relativo a falta de garantia do direito de propriedade da comunidade indígena sobre seu território ancestral, condenando o Estado a adotar medidas positivas, concretas e orientadas para satisfação do direito a uma vida digna, no que incluiu o acesso a alimentação adequada, a água limpa e a serviço de saúde; e o caso "*Mayagna Awas Tingni*" contra Nicarágua (sentença de 31/8/2001, série C, n. 79), no qual a Corte Interamericana reconhece o direito dos povos indígenas sobre as terras que habitam desde tempos ancentrais, relacionando-o com a satisfação de necessidades básicas.

[156] O documento do Conselho Econômico e Social da ONU é intitulado: "*Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on economic, social and cultural rights*".

[157] Há outros instrumentos interpretativos do Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais que de forma indireta tratam do acesso à água. Por exemplo: Observação geral n. 4 sobre o direito a moradia; Observação geral n. 12 sobre o direito à saúde; a Observação geral n. 6 sobre o direito dos idosos, entre outras (GARCÍA, 2008, p. 164-165).

limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde. O direito humano à água é indispensável para a vida digna e um pré-requisito para realização de outros direitos. O Comitê afirma que vem sendo confrontado com uma recusa ampla do direito humano à água tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento. No entanto, os Estados têm que adotar medidas efetivas para realizar, sem discriminação, o direto à água conforme delineado na Observação Geral n. 15. É importante citar a definição:

> 2. O direito humano à água atribui a todos água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a um custo razoável para usos pessoais e domésticos. Uma quantidade adequada de água é necessária para prevenir a morte por desidratação, para reduzir o risco de doenças relacionadas com água e para prover água para cozinhar, consumir e para satisfazer necessidades pessoais, domésticas e de higiene[158].

Considerando os diversos usos da água, os Estados devem estabelecer que a prioridade deve ser dos usos domésticos e pessoais, além dos recursos hídricos necessários para prevenir a fome e doenças (art. 6). O comitê também nota a importância de se assegurar o acesso sustentável aos recursos hídricos para a agricultura, para realizar o direito à comida (art. 7).

Na segunda parte, sobre o conteúdo normativo do direito à água, o Comitê afirma que o conteúdo do direito abrange liberdades, como o direito de manutenção do acesso, direito de estar livre de interferências, de desconexões arbitrárias e contaminação da água. Além das liberdades, o direito à água também compreende o direito a um sistema de abastecimento de água e um gerenciamento que promova igualdade de oportunidades para as pessoas gozarem do direito à água (art. 10).

A água deve ser tratada como um bem social e cultural e não somente como um bem econômico; a forma de se realizar o direito à água deve ser sustentável, assegurando que o direito possa ser desfrutado pelas gerações presentes e futuras (art. 11). Os elementos do direito à água devem ser adequados à dignidade humana, à vida e à saúde, a adequação pode variar conforme as circunstâncias, mas há fatores invariáveis: disponibilidade; qualidade; e acessibilidade. A acessibilidade tem 4 significados: acessibilidade física, acessibilidade econômica, acessibilidade sem discriminação, e acesso à informação (art. 12)[159].

---

[158] No original: "*The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. An adequate amount of safe water is necessary to prevent death from dehydration, to reduce the risk of water-related disease and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements*".

[159] No original: "12. *While the adequacy of water required for the right to water may vary according to different conditions, the following factors apply in all circumstances:*
(a) Availability. The water supply for each person must be sufficient and continuous for personal and domestic uses. These uses ordinarily include drinking, personal sanitation, washing of clothes, food preparation, personal and household hygiene.The quantity of water available for each person should correspond to World Health

Na terceira parte, sobre as obrigações dos Estados, o comitê lembra que são proibidas medidas regressivas no que diz respeito à água (art. 19), pois o dever é de realização progressiva do direito, limitada ao montante de recursos disponíveis. Apesar do princípio da progressividade, os Estados têm obrigações imediatas, tais como assegurar que o direito à água seja exercido sem discriminação e adotar os passos (deliberados e concretos) necessários para a realização plena do direito à água (art. 17).

O direito à água, como todo direito humano, impõe três tipos de obrigações para os Estados: obrigações de respeitar, de proteger e de implementar (art. 20). Entre as obrigações de respeitar há dispositivos relacionados com o uso da água e suas instalações em tempos de conflito armado (art. 21). Entre as obrigações de proteger, está a de garantir que, quando os serviços de água estejam sob controle de terceiros, haja acesso igualitário, suficiente e seguro à água, a um preço razoável; os Estados devem prevenir abusos, por meio de um sistema regulatório efetivo, que inclua fiscalização independente, participação pública independente e imposição de penalidades (art. 24). As obrigações de implementar compreendem: facilitar que comunidades e indivíduos gozem do direito à água; reconhecer o direito à água nos ordenamentos nacionais; garantir que a água tenha um preço acessível, com uso de tecnologias e técnicas de baixo custo e de política de tarifação adequada (art. 27). Há menção a obrigações de caráter ecológico (como a obrigação de monitoramento das reservas e de avaliação de impactos) (art. 28).

As obrigações essenciais dos Estados, segundo o Comitê, são (art. 37): assegurar acesso a uma quantidade mínima e essencial de água para usos pessoais, domésticos e prevenção de doenças; assegurar que o acesso se dê de forma não discriminatória; assegurar o

---

Organization (WHO) guidelines. Some individuals and groups may also require additional water due to health, climate, and work conditions;
(b) Quality. The water required for each personal or domestic use must be safe, therefore free from micro-organisms, chemical substances and radiological hazards that constitute a threat to a person's health.Furthermore, water should be of an acceptable colour, odour and taste for each personal or domestic use.
(c) Accessibility. Water and water facilities and services have to be accessible to everyone without discrimination, within the jurisdiction of the State party. Accessibility has four overlapping dimensions: (i) Physical accessibility: water, and adequate water facilities and services, must be within safe physical reach for all sections of the population. Sufficient, safe and acceptable water must be accessible within, or in the immediate vicinity, of each household, educational institution and workplace. All water facilities and services must be of sufficient quality, culturally appropriate and sensitive to gender, lifecycle and privacy requirements. Physical security should not be threatened during access to water facilities and services; (ii) Economic accessibility: Water, and water facilities and services, must be affordable for all. The direct and indirect costs and charges associated with securing water must be affordable, and must not compromise or threaten the realization of other Covenant rights; (iii) Non-discrimination: Water and water facilities and services must be accessible to all, including the most vulnerable or marginalized sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds; and (iv) Information accessibility: accessibility includes the right to seek, receive and impart information concerning water issues".

acesso à água com continuidade e a uma proximidade razoável das residências; assegurar que a segurança pessoal não seja ameaçada quando do acesso físico à água; assegurar a distribuição equitativa; adotar e implementar um plano nacional de ação transparente e com participação, que inclua métodos pelos quais se possa medir os progressos, com atenção aos grupos desfavorecidos e marginalizados; fiscalizar a realização ou a não realização do direito à água; adotar programas de baixo custo para proteger grupos vulneráveis e marginalizados; adotar medidas para prevenir, tratar e controlar doenças relacionadas à água, em particular o acesso a saneamento adequado.

A quarta parte da Observação Geral n. 15 do ECOSOC trata das violações às obrigações ali estabelecidas. O comitê esclarece que as violações podem ocorrer por ações (como adoção de medidas regressivas em relação aos parâmetros já existentes) e omissões (falha na adoção dos passos necessários para plena realização do direito à água) (arts. 42 e 43).

A quinta parte refere-se à implementação no nível nacional, lembrando que os Estados têm a obrigação de adotar uma estratégia ou um plano de ação para realização do direto à água (art. 47), com objetivos, métodos, participação da sociedade civil, do setor privado e de organizações internacionais, com previsão de responsabilidade institucional para todo o processo, mecanismos de fiscalização e procedimentos de recursos (art. 50).

A sexta e última parte da Observação Geral n. 15 refere-se às obrigações de atores outros que não os Estados, mencionando desde os programas e agências especializadas da ONU, até o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Cruz Vermelha, atribuindo a todos o papel de cooperar com os Estados para implementação dos direitos humanos no âmbito nacional.

É preciso dizer que o ato interpretativo do Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais não é obrigatório *per se* para as partes do Pacto. Mas serve para indicar que o Comitê tem a expectativa de que os 160 Estados-partes comentem, em seus relatórios gerais sobre a implementação dos direitos referidos no Pacto, o estado da implementação do direito à água, que entende ser necessária implicação dos outros direitos contidos no tratado (MCCAFFREY, NEVILE, 2009, p. 682).

2.3.3. A declaração do direito humano à água

Em 27 de novembro de 2006, o Conselho de Direitos Humanos (*Human Rights Council – HRC*) da ONU solicitou (por meio da Decisão 2/104, na sua trigésima primeira sessão) que o Alto Comissariado da ONU para os direitos humanos efetuasse um estudo detalhado sobre o conteúdo e alcance de algumas obrigações, constantes de instrumentos internacionais de direitos humanos, pertinentes ao acesso equitativo à água potável e ao saneamento. No cumprimento dos seus trabalhos, o Alto Comissariado solicitou que várias partes interessadas apresentassem informações. Foram obtidas mais de 90 respostas, provenientes de ONGs, organizações internacionais, setor privado, indivíduos e instituições nacionais de direitos humanos. O resultado foi um estudo, apresentado ao Conselho de Direitos Humanos em 2007, segundo o qual é chegado o momento de se considerar o acesso à água potável e ao saneamento como um direito humano. O estudo reconhece a necessidade de que os Estados nacionais estabeleçam prioridades de usos da água, colocando no topo da hierarquia os usos domésticos (UN/HRC, 2006).

Em 28 de março de 2008, o Conselho de Direitos Humanos da ONU adotou uma resolução (A/HRC/7/22) sobre Direito à Água e Saneamento. A resolução confirma que os governos têm a obrigação de assegurar o acesso à água doce potável e ao saneamento, e cria a figura do perito independente (*independent expert*), encarregado de estabelecer um diálogo entre governos, organismos da ONU, setor privado, autoridades locais, academia, ONGs e instituições nacionais de direitos humanos com a finalidade de identificar e fazer um intercâmbio de informações sobre boas práticas relacionadas com o acesso à água potável e ao saneamento, bem como compilar as chamadas “boas práticas”. Também é função do perito independente realizar um estudo para esclarecer o conteúdo das obrigações relativas ao acesso à água potável e ao saneamento, bem como formular recomendações susceptíveis de contribuir para a realização dos objetivos do milênio (UN/HRC, 2008).

Em 1 de outubro de 2009, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou outra Resolução, de conteúdo similar, sobre Direitos Humanos e acesso à água potável e ao saneamento (A/HRC/RES/12/8). Consta da Resolução o agradecimento ao perito independente pelo primeiro relatório anual produzido (parágrafo segundo), a solicitação para que dê continuidade aos relatórios (parágrafo sétimo) e o pedido ao Alto Comissariado de Direitos Humanos que continue dando o apoio necessário ao trabalho da perita (parágrafo nono). A resolução reconhece no parágrafo terceiro que os Estados têm a obrigação de eliminar as desigualdades no acesso à água e ao saneamento. Na sequência, conclama os Estados a: criar o ambiente apropriado para resolver o problema da falta de saneamento (o que inclui regulamentação, fiscalização, arranjo institucional); coletar informações detalhadas

sobre a abrangência do serviço de saneamento; desenvolver planos de ação; assegurar o acesso à informação, com a participação de comunidades na elaboração, implementação e fiscalização dos planos de ação; adotar uma abordagem que leve em consideração o gênero feminino; e organizar ou apoiar campanhas para aumentar o grau de consciência do público sobre saneamento e higiene (parágrafo quarto) (UN/HRC, 2009).

É de se ressaltar que o Conselho de Direitos Humanos reconhece (no parágrafo quinto da Resolução 12/8) a "importante contribuição do setor privado" no tratamento da questão do acesso ao saneamento[160]. Além disso, o Conselho ressalta o importante papel da cooperação internacional e da assistência técnica prestada pelas agências especializadas do sistema das Nações Unidas, mas reconhece que ainda há muito a ser feito e muitos recursos têm que ser mobilizados para apoiar os Estados (parágrafo sexto; UN/HRC, 2009).

Várias vozes se juntaram ao movimento pela declaração de um direito humano à água. O próprio Papa afirmou que a água doce é um bem que deve ser protegido por políticas claras, nacionais e internacionais, de acordo com critérios de solidariedade e responsabilidade, e que existe um direito à água baseado na dignidade da pessoa humana. Segundo o Papa, o uso da água deve ser racional e solidário, resultado de uma sinergia balanceada entre setor público e privado. Há valores religiosos, desenvolvidos pelo cristianismo, segundo os quais a água é um precioso bem imaterial que enriquece a vida do homem, mas que não deve ser considerado somente um bem econômico[161].

Em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou uma Resolução (A/64/L.63/Rev.1) sobre o Direito Humano à Água. A resolução é composta por sete parágrafos de preâmbulo e apenas três artigos. O último dos artigos congratula o Conselho de Direitos Humanos e os trabalhos do perito independente. Segundos os dois primeiros artigos, a Assembleia Geral da ONU:

> 1. Declara o direito à água potável e limpa e ao saneamento como um direito humano que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos;
> 2. Exorta os Estados e organizações internacionais para fornecer recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, através da assistência e cooperação internacionais, em particular aos países em desenvolvimento, a fim de intensificar os esforços para fornecer a todos água potável limpa, segura, acessível e barata e saneamento[162]; [...].

---

[160] No original: "*Recognizes the important contribution of the private sector when addressing the issue of access to sanitation*".

[161] A notícia é intitulada "*Water more than an economic good, says Pope*", de 15 de julho de 2008, está disponível no *website "Zenit: the world seen from Rome"*.

[162] No original: *"1. Declares the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;*

Não se questiona a forma como a água será fornecida, tampouco o fato de que será cobrado por ela. Pelo contrário, a ideia de que a água é um bem de valor econômico, intensamente difundida, está implícita no conteúdo do segundo artigo da Resolução.

A Resolução foi adotada por 122 votos[163] a favor e 41 abstenções. Entre os Estados que se abstiveram estão: Austrália, Áustria, Canadá, Etiópia, EUA, Holanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Suécia, Turquia entre outros.

O representante dos EUA no Conselho de Direitos Humanos da ONU, John Sammis, justificou a abstenção dos EUA afirmando que seu país está disposto a encontrar soluções para os desafios da água e apóia a meta de universalizar o acesso à água potável. No entanto, declarou-se descontente com a forma como a aprovação da Resolução de 28 de julho de 2010 foi conduzida, sem muita deliberação e transparência. Segundo John Sammis, emendas ao texto foram feitas no próprio dia 28 de julho e não houve tempo hábil para apreciar as suas possíveis implicações. Na redação proposta, a resolução não goza de apoio unânime nem tampouco reflete o Direito Internacional vigente: "esta resolução descreve o direito à água e saneamento de uma forma que não é o reflexo do Direito Internacional vigente, já que não há 'direito à água e ao saneamento' em um sentido jurídico internacional, tal como descrito pela presente resolução"[164] (SAMMIS, 2010).

Conforme consta na nota n. 10946 do Departamento de Informação da Assembleia Geral da ONU (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010), a representante do Reino Unido apresentou razões parecidas com as do representante dos EUA para se abster de votar a Resolução. A representante do Reino Unido alegou que "não havia base legal suficiente para declarar ou reconhecer o acesso à água ou ao saneamento como direito humano autônomo, tampouco havia evidência da existência de uma norma costumeira"[165]. Tanto os representantes dos EUA como do Reino Unido afirmaram que a

---

2. Calls upon States and international organizations to provide financial resources, capacity-building and technology transfer, through international assistance and cooperation, in particular to developing countries, in order to scale up efforts to provide safe, clean, accessible and affordable drinking water and sanitation for all" (UN/AG, 2010).

[163] Votaram a favor: Afeganistão, Alemanha, Angola, Argélia, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Bolívia, Brasil, Chile, China, Colômbia, Egito, França, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Líbia, Noruega, Paraguai, Peru, Portugal, Rússia, Sudão, Suíça, Uruguai, Venezuela, entre outros.

[164] No original: "*This resolution describes a right to water and sanitation in a way that is not reflective of existing international law; as there is no "right to water and sanitation" in an international legal sense as described by this resolution"* (SAMMIS, 2010).

[165] No original: "*The representative of the United Kingdom said her delegation had abstained for reasons of substance and procedure. Concerning substance, there was no sufficient legal basis for declaring or recognizing water or sanitation as freestanding human rights, nor was there evidence that they existed in customary law. As for procedure, it was disappointing that the text pre-empted the work going on in the Human Rights Council, she said, noting that the United Kingdom had supported the resolution establishing the*

Resolução de 28 de julho de 2010 atropelou o desenvolvimentos dos trabalhos em Genebra, ou seja, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos.

O representante da Etiópia alegou que, embora reconheça que o acesso à água é um "direito natural", o texto deveria conter também o princípio segundo o qual os Estados têm direito soberano sobre seus recursos naturais[166]. A Argentina votou a favor da resolução, mas seu representante fez a ressalva de que a responsabilidade de assegurar que as pessoas tenham acesso à água e ao saneamento é primordialmente dos Estados. O representante da Holanda apresentou uma outra desculpa para a abstenção: "esta resolução não atribui responsabilidade suficiente aos governos dos Estados, com os quais os cidadãos podem contar e dos quais podem exigir mecanismos de indenização"[167].

Pode-se citar ainda a posição do governo canadense sobre a abstenção na votação da Resolução de 28 de julho de 2010:

> O representante do Canadá disse que a sua delegação havia entrado no consenso sobre a resolução que criou o mandato do perito independente. Esperava-se que este mecanismo fosse promover o estudo da questão do acesso à água e ao saneamento como um direito humano, mas o texto da Resolução era prematuro. A Resolução não vinculante parecia determinar que existe de fato um direito sem definir o seu escopo. Como não houve consenso sobre o assunto, entendeu-se que era prematuro declarar tal direito, na ausência de um claro acordo internacional[168].

Grandes atores das relações internacionais se negaram a reconhecer a existência de um direito humano à água no âmbito da Assembleia Geral da ONU, explicitando que não há base no Direito Internacional para fazer a declaração que consta na Resolução de 28 de julho de 2010. Qual será o efeito dessa Resolução? Depende dos Estados... O Representante do Peru

---

independent expert, as well as the text on human rights and access to safe water and sanitation, adopted in 2009. Indeed, the work in Geneva had been progressing, she added" (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010).

[166] No original: *"The representative of Ethiopia said he had abstained although access to clean water was a natural right. States had the sovereign right to their own natural resources, according to the United Nations Charter, and that principle should have been included in the text, he noted"* (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010).

[167] No original: *"The representative of the Netherlands said he had abstained although his country recognized the right to clean water and good sanitation, as reflected in its assistance promoting access for 50 million people by 2015. However, the text placed insufficient responsibility on national Governments, upon which citizens must be able to rely and from which they must obtain redress. In addition, it would make reports of the Human Rights Council's independent expert counter-productive, he said, adding that he was also not happy with the General Assembly's "ad hoc" declaration of the right since the resolution had unnecessary political implications"* (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010).

[168] No original: *"The representative of Canada said his delegation had joined the consensus on the resolution that had created the mandate of the independent expert. The work of that mechanism was expected to further promote study of the issue of access to water and sanitation as a human right and, as such, the text was premature. The non-binding resolution appeared to determine that there was indeed a right without setting out its scope. Since there was no consensus on the matter it was premature to declare such a right in the absence of clear international agreement, he said, adding that he had abstained from the vote"* (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010).

forneceu a explicação juridicamente correta, ao declarar que votou a favor da Resolução "sabendo que a garantia de aplicação desse direito está submetida a uma Diretriz territorial e à votação de um orçamento" (UN/AG DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, 2010).

2.4. Considerações finais

O presente capítulo apresentou a evolução das relações internacionais no tratamento de questões relativas ao meio ambiente e especificamente à água doce. Não é evidente que o Direito Internacional tenha acompanhado essa evolução.

Enquanto a Comissão de Direito Internacional concentrava-se na fixação de parâmetros para repartição das possibilidades de apropriação da água doce entre dois ou mais Estados, junto com uma ou outra previsão de responsabilidade internacional e de solução de controvérsia, os próprios Estados já estavam a abrir mão do controle soberano sobre a água doce, bem como sobre muitos de seus recursos naturais.

A emergência do Direito Internacional do Meio Ambiente teve o mérito de popularizar e alinhavar conceitos importantes e, principalmente, de trazer à tona a discussão sobre os problemas ambientais que devem ser enfrentados pela humanidade. Até o conceito de desenvolvimento sustentável, uma solução de compromisso ambígua, pode ter o condão de produzir bons efeitos práticos, apesar de ser manipulado por todos os lados - ninguém mais duvida de que o desenvolvimento tem que ser sustentável, a economia tem que ser sustentável, a empresa tem que ser sustentável – e de ter se tornado um dogma propagandístico (não uma referência operacional) do capitalismo. Na luta pela definição do que é sustentável na prática, caso a caso, pode-se ter resultados úteis até mesmo para a proteção do meio ambiente.

As grandes conferências da ONU (de 1972 e 1992) sobre o meio ambiente e as declarações e programas delas resultantes não resumem as lutas que se travaram no seio da organização. Há esforços no sentido de se ressaltar a necessidade de universalização do serviço de abastecimento e de se afirmar um direito humano. E são recorrentes as análises sobre o número de pessoas sem acesso à água doce, o número de crianças que morre por doenças de veiculação hídrica, o número de pessoas sem saneamento, o número de horas que as mulheres nos lugares mais pobres têm que caminhar para buscar água e garantir o suprimento doméstico. Não se pode afirmar que a repetição desses números seja propositada,

com a finalidade de criar um pensamento dominante sobre os problemas da água e como resolvê-los. Mas o fato é que criam. A ideologia da água, como explica José Eduardo Siqueira (2005, p. 42) enfatiza que, se a maior parte da humanidade é servida de água pelo poder público e 1/3 dessa humanidade não tem acesso à água, a consequência lógica é que o poder público é incompetente.

A criação do fenômeno da escassez da água nas relações internacionais omite as causas dessa escassez e mesmo a contribuição do ser humano na realização deste fenômeno. A escassez, vale lembrar, é produzida e é sempre produzida contra um outro. Em outras palavras, a contaminação e a poluição causada pelos usos industriais e agrícolas, a superexploração dos recursos, os padrões de consumo desiguais (insustentáveis, é possível dizer) são epifenômenos não necessariamente considerados na elaboração das propostas de solução.

As soluções propostas nos foros internacionais seguem padrões. Em Dublin, a ênfase foi na afirmação de princípios e do valor econômico da água; em Bonn, a palavra-chave era a governança da água; e no 3º Fórum Mundial da Água pedia-se a mobilização de todas as fontes de financiamento. Pode-se resumir as proposições nas seguintes sugestões: a atribuição de um valor econômico à água, como se essa fosse a única forma de racionalizar o consumo; a gestão da água com a inserção de um novo ator, mais eficiente, nas cidades onde o serviço é lucrativo; a necessidade de maiores investimentos, que têm que provir do orçamento público, porque só assim o setor vai ficar atrativo para o capital privado investir; a necessidade de regulação para dar segurança ao investidor privado; a adoção de um sistema de *full cost* para garantir o lucro do prestador privado; a capacitação das pessoas e das instituições; e a adoção de tecnologia.

Isso garantiu a transformação de uma questão política, que depende de debates em espaços públicos e do exercício da cidadania, em meras questões técnicas, de competência gerencial e de fomento de negócios no mercado internacional.

Isso não significa dizer que as decisões dos fóruns mundiais da água ou as declarações das conferências da ONU constituam Direito Internacional. Na realidade, elas não precisam de efeito vinculante na medida em que os Estados a elas aderem voluntariamente, o que só pode ser explicado por meio de uma análise mais profunda sobre o fenômeno da globalização ou do triunfo do ultraliberalismo – coisa que não pode ser feita no âmbito deste trabalho, embora se possa dizer que tal explicação pode ser baseada no fenômeno da violência simbólica que conta, necessariamente, com o consentimento das vítimas.

Nesse contexto, há também aqueles que trabalham pelo reconhecimento expresso de

mais um direito humano. São boas as intenções, mas a afirmação do direito humano à água parece significar que, por passe de mágica, todos os problemas serão resolvidos. É evidente que sem água não há a menor possibilidade de que se faça gozo do direito à vida, à saúde, à moradia, à alimentação e à educação. De fato, todas as justificativas para que se proclame um direito à água são uma repetição do óbvio: simplesmente ninguém vive sem água (e isso não tem nada a ver com a "dignidade da pessoa humana").

No entanto, nem mesmo a efetiva implementação do direito humano à água, tal como tem sido formulado, poderia resolver os problemas da água. Não é o antropocentrismo e a individualização do tema que vão resolver as questões ambientais e sociais decorrentes dos usos da água. As econômicas, talvez. Dizer que o ser humano tem direito à água significa dizer que ele é sujeito de direitos numa economia democrática de mercado que certamente vai supri-lo com água, o objeto do direito, a um preço razoável. Razoável para quem?

A análise das obrigações dos Estados de "respeitar, proteger e atingir", às quais se refere a Observação Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demonstra que não se supera o caráter individualista do suposto direito à água. Em outras palavras, é somente o indivíduo que pode realizar o seu direito humano à água, basta pagar por ela. Ao Estado cabe abster-se de interferir com o gozo que o indivíduo pode fazer de seu direito à água. Na melhor das hipóteses, cabe ao Estado fazer a regulação do serviço, quando este está a cargo de um terceiro. A obrigação de implementar poderia abrir possibilidade para uma atuação mais positiva, mas não é assim que a Observação Geral tratou de especificá-la. A Resolução da Assembleia Geral da ONU de 28 de julho de 2010 por sua vez não vai além de declarar o direito humano à água, sem propriamente definir o seu conteúdo e, mesmo assim, com oposição de grandes atores das relações internacionais.

Não se pode negar que eventualmente a afirmação de um direito humano à água num caso prático possa ter um efeito benéfico para um indivíduo específico. O problema é que os um bilhão e duzentos milhões de pessoas que não tem acesso à água não são verdadeiramente os beneficiados pelas práticas propostas para resolver seus problemas, tampouco serão os beneficiados pela declaração de um direito humano, pelo menos nos moldes como ele tem se apresentado até o momento.

Na luta pela criação de demandas, pela hierarquização de usos da água, para o privilégio de pessoas de um país em detrimento das de outro, na competição entre empresas, desenvolveu-se – provavelmente de forma bem intencionada – a noção de um direito humano à água. Como explica David Harvey (2008, p. 189-195), o discurso dos direitos humanos é inerente à trajetória do capitalismo – na sua forma de neoliberalismo. "Os dois movimentos

estão profundamente ligados entre si. Sem dúvida, a insistência neoliberal no indivíduo como fundamento da vida político-econômica abre a porta ao ativismo dos direitos individuais" (HARVEY, 2008, p. 190). Mas isso não impede que o discurso dos direitos humanos seja utilizado pela oposição ao neoliberalismo com objetivos e efeitos progressistas e de mudança social. É preciso travar batalhas para que os direitos humanos derivados das liberdades burguesas tenham conteúdo definido e sejam aplicados com pleno vigor: "as lutas políticas em torno da concepção de direitos adequada, e mesmo da própria liberdade, passam ao primeiro plano na busca de alternativas" (HARVEY, 2008, p. 195).

3. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E O DIREITO INTERNACIONAL

Segundo a UNESCO, há 273 aquíferos transfronteiriços no mundo. Os maiores estão localizados na América do Sul (como o Guarani) e no norte da África (como o aquífero Nubian). Globalmente, a água extraída dos aquíferos corresponde a aproximadamente 50% do suprimento de água doce. Em regiões áridas e semi-áridas é frequentemente a única fonte de água doce ou a mais importante: na Arábia Saudita 100% da água doce é de fonte subterrânea, na Tunísia, 95% e no Marrocos 75% (CLARKE; KING, 2005, p. 64-65).

Na América do Sul, o aquífero Guarani – que ocorre nos países do Mercosul: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – tem sido objeto de pesquisas e debates há alguns anos e era propalado como a maior reserva de água doce do mundo (NOVAES, 2008; FRASÃO, 2009). Recentemente descobriu-se uma reserva subterrânea ainda maior, localizada no norte do Brasil, sob os Estados de Amazonas, Pará e Amapá, com o nome provisório de "Aquífero Alter do Chão". A reserva se estenderia por uma área de 437,5 mil km e teria uma espessura média de 545 metros, contando com um potencial de 86.400 km^3 de água (AQUÍFERO, 2010; PACHECO, 2010).

Ainda que a humanidade tenha extraído águas de aquíferos desde as primeiras civilizações, o ritmo da exploração nos últimos 50 anos supera o ritmo e as possibilidades da recarga. A atual prática de "mineração de água", segundo Maude Barlow (2009, p. 24), é muito diferente do uso sustentável de água de poço que funcionou para agricultores de várias regiões: a atual exploração cresceu exponencialmente e é desregulamentada. Em áreas litorâneas há aquíferos que foram tão explorados que houve intrusão de água salgada, como em Gaza, por exemplo. Há aquíferos que foram explorados a ponto de provocar afundamento de terra: a exploração do aquífero Ogallala nos EUA provocou o afundamento de 30 m do lençol freático (REBOUÇAS, 1999, p. 119; CLARKE; KING, 2005, p. 64-65).

Na Índia, as reservas de água subterrânea estão caindo a uma taxa de 4 cm ao ano entre agosto de 2002 e outubro de 2008, o que significa uma perda de água superior ao dobro da capacidade do maior reservatório do país. O motivo é principalmente a extração de água para irrigação (RESERVAS, 2009).

O caso da Cidade do México é dramático: com uma população de 18 milhões de pessoas, aproximadamente 75% da água que abastece a cidade vem do aquífero sobre o qual ela foi construída. O ritmo atual de exploração é de 15 milhões de m^3 por dia, o que significa que o aquífero não vai durar mais do que 150 ou, no máximo, 200 anos. Nem por isso a

demanda por água diminuiu, pelo contrário, com mais extração diminuíram os níveis de água do aquífero, o que por sua vez dificulta a extração. O centro da Cidade do México afundou 7,5 metros, o que provocou rompimentos de tubulações e o vazamento do esgoto das tubulações rompidas contaminou o aquífero (CLARKE; KING, 2005, p. 67).

Outro problema relacionado às águas subterrâneas é a poluição e a contaminação. Há estatísticas que demonstram que no Estado de São Paulo há pelo menos 40 mil áreas contaminadas, para os outros Estados não há dados confiáveis. Há casos pontuais críticos: em Santo Amaro da Purificação (BA) existe contaminação por chumbo; em Camaçari também na Bahia há um aquífero gigantesco contaminado há mais de vinte anos; a cidade de Marechal Deodoro em Alagoas também tem uma área grande contaminada por causa da instalação de um pólo cloroquímico na cidade. Natal, por exemplo, tem abundância de água subterrânea porque foi erguida em cima de dunas, que drenam a água das chuvas. No entanto, como não foi construído um sistema de coleta de esgoto, a água subterrânea é contaminada com nitrato (CINTRA, 2009, p. 14-15)

Além da questão da mineração da água subterrânea, da poluição e da contaminação, há também os problemas relacionados com o uso do solo. É importante proteger as áreas de recarga, ou seja, aquelas áreas nas quais há infiltração de água nos aquíferos, mas não há consenso acerca da extensão das áreas que devem ser protegidas porque os cientistas ainda não compreendem completamente como as águas subterrâneas ”se comportam” (MATSUMOTO, 2002, p. 4).

Há exemplos de códigos antigos que prescreviam penalidades para quem danificasse captações de água, utilizadas para abastecimento humano, e que recomendavam práticas higiênicas. Entre os documentos mais famosos pode-se ressaltar o Código de Manu, na Índia; o Código do rei Hamurabi da Babilônia (1792-1750aC); o Talmud dos Hebreus e o Alcorão dos muçulmanos. A Igreja Católica, por sua vez, promoveu a santificação das fontes de água desde os seus primórdios, para integrar as crenças pagãs associadas às águas que surgem do interior de grutas ou formam nascentes, bicas, olhos de água ou são captadas pelos poços escavados e perfurados surgentes (REBOUÇAS, 1999 p. 118- 119).

Na atualidade, contudo, não há regulamentação que dê conta do ritmo de exploração dos aquíferos. A legislação brasileira a esse respeito é deficiente e contraditória (será objeto de análise quando da abordagem do aquífero Guarani). Quando se trata de aquíferos que ocorrem sob o território de dois ou mais Estados, a ausência de normas é ainda mais evidente.

Acordos entre Estados nos quais se localizam aquíferos poderiam exercer um papel fundamental na prevenção da poluição, contaminação e superexploração. No entanto, são

raros. Os únicos tratados bilaterais dedicados principalmente à regulação das águas subterrâneas são a Convenção firmada entre a Inglaterra e o Sultão de Abdali e o tratado de paz de 1944 entre Jordânia e Israel. Na década de noventa, os acordos de Oslo (II) firmados por Israel e Palestina citavam a questão da utilização da água dos aquíferos (VILAR, 2008, p. 47). Recentemente, foi firmado um acordo entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai a respeito do Aquífero Guarani, que será objeto de análise no capítulo quinto deste trabalho.

O presente capítulo pretende trazer a lume os principais debates jurídicos acerca das águas subterrâneas, bem como relatar as normas de Direito Internacional, ou melhor, as tentativas de se estabelecer regras para os Estados no tocante aos aquíferos transfronteiriços. O capítulo divide-se em três partes, a primeira parte trata do conceito de águas subterrâneas e de sua evolução. A segunda relata as incipientes tentativas de se regular as relações entre Estados no tocante aos aquíferos transfronteiriços. Posteriormente, são abordados os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre "recursos naturais compartilhados". O tema foi inserido na agenda de estudos da CDI em 2002, mas somente em 2009 foi adotado um esboço de artigos sobre os aquíferos. Na última parte do capítulo é feita uma análise do esboço de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços elaborado pela CDI.

No tocante às fontes, é preciso registrar que todas as resoluções da Associação de Direito Internacional consultadas (as Regras de Berlin e as Regras de Helsinki) foram consultadas no sítio da internet da própria ILA[169]. O relato sobre os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e as resoluções adotadas pela CDI e pela Assembleia Geral da ONU foi baseado em consultas ao Guia analítico dos trabalhos da CDI a respeito dos recursos naturais compartilhados no sítio da internet da própria CDI[170].

3.1. Afinando os conceitos

A complexidade do assunto pode ser vislumbrada, inicialmente, na definição dos conceitos. O que são águas subterrâneas e o que são aquíferos? O que são aquíferos confinados? Uma explicação inicial sobre esses conceitos é necessária.

O Ministério do Meio Ambiente do Brasil explica que são subterrâneas as águas que

[169] Ver: *International Law Association – ILA*, disponível em http://www.ila-hq.org.
[170] Ver: *Analytical guide on the work of the International Law Comission: Shared natural resources*, disponível em http://untreaty.un.org/ilc/.

se encontram sob a superfície terrestre, preenchendo os espaços existentes entre grãos do solo, rochas e fissuras. Sob a superfície da Terra, há uma zona não saturada, onde a água e o ar preenchem os vazios entre os grânulos, e uma zona saturada, onde a maior parte dos espaços vazios é preenchida com água. Entre a zona saturada e a zona insaturada ocorre o lençol freático (MMA, 2007, p. 11-12).

As rochas[171] saturadas que permitem a circulação, o armazenamento e a extração de água são chamadas de aquíferos. Estes podem ser classificados quanto aos tipos de espaços vazios que permitem o armazenamento de água: poroso, fissural ou cárstico. Os aquíferos porosos têm água armazenada nos espaços entre os grãos criados durante a formação das rochas sedimentares. Um aquífero fissural ocorre em rochas cristalinas e tem água armazenada nas fissuras resultantes das fraturas das rochas. Os aquíferos cársticos podem se formar em rochas sedimentares, ígneas ou metamórficas e constituem tipos peculiares em razão de fraturas com aberturas muito grandes.

Também é possível classificar os aquíferos conforme a sua posição e estrutura. Os aquíferos livres se localizam mais próximo à superfície; os confinados estão abaixo de uma zona de menor permeabilidade, que submete as águas à uma pressão maior que a atmosférica. A porção central do sistema Aquífero Guarani é de rocha confinada. Os aquíferos semi-confinados são os que apresentam uma posição intermediária em relação aos livres e aos confinados (MMA, 2007, p. 12-14).

Na literatura especializada não há consenso sobre o significado dos termos "água subterrânea", "aquífero" e "transfronteiriço". Segundo Kyoko Matsumoto (2002, p. 3), há várias formas de se descrever um aquífero, sendo este um dos termos mais polissêmicos da hidrologia. No entanto, mais importante do que uma definição universal, deveria ser a identificação das propriedades de cada aquífero por meio de medições[172].

---

[171] As rochas saturadas podem ser classificadas como: sedimentares (formadas por fragmentos de rochas pré-existentes, desagregados pela erosão e acumulados em locais propícios à deposição), ígneas (formadas diretamente pelo magma, também são chamadas de rochas cristalinas), ou metamórficas (as rochas metafórficas são formadas pela transformação de outras rochas, sob ação de pressão ou temperatura).

[172] Vale citar: *"There are many ways to describe the aquifer. Freeze and Cherry (1979, p. 47) describe the ambiguity of the definition of the aquifer from the hydrological science perspective: "of all the words in the hydrologic vocabulary, there are probably none with more shades of meaning than the term aquifer." Mazor (1995, p. 183) states "[A]quifer, the basic term of hydrology, has a countless number of definitions and applications, and as a result the term is esoteric." The physical characteristics of the aquifer are indistinctly defined; for example, "An aquifer is best defined as a saturated permeable geologic unit that can transmit significant quantities of water under ordinary hydrologic gradients" (Freeze and Cherry 1979, p. 47). Fetter (1994) defines an aquifer as, "a geologic unit that can store and transmit water at rates fast enough to supply reasonable amounts to well"(Fetter 1994, p.110). None of the above definitions completely cover all of the unique characteristics of aquifers; however, one universal definition for the term aquifer is not important. Instead, it is more important to identify aquifers' properties by measurements, where possible, because their geologic formations differ from place to place"*.

Uma completa explicação a respeito do termo “água subterrânea” e da evolução do seu significado é dada por Aldo Rebouças (1999, p. 117-118). Explica, primeiramente, que a água que se infiltra na superfície da terra constitui a umidade do solo, que é o suporte fundamental da biomassa vegetal da terra e interface atmosfera/litosfera. O excedente de água que infiltra no solo percola em profundidade[173], alimentando a umidade do subsolo (rochas e sedimentos) não saturado. Solo e subsolo não saturados são onde ocorrem processos de filtração e biogeoquímicos de interação água/rocha, que proporcionam a autodepuração daquela água que percola mais profundamente e que alimenta a zona saturada. A água subterrânea que se encontra na zona saturada do subsolo circula lentamente (com velocidade da ordem de centímetros ao dia), sob a ação do gradiente hidráulico. Uma parcela dos fluxos dessa água subterrânea surge na superfície da terra, formando as fontes, olhos de água, abastecendo os poços e outras obras de captação. Outra parcela dos fluxos de água subterrânea da zona saturada deságua nos rios, possibilitando que sejam perenes mesmo nos períodos em que as precipitações atmosféricas (como a chuva, a neve e a neblina) são mais escassas ou deságuam diretamente nos lagos e oceanos.

Rebouças relata que o conceito de água subterrânea passou por transformações entre os anos 60 e 70. Durante os anos 50, o conceito de água subterrânea tinha uma conotação utilitarista, significando uma zona saturada do subsolo com capacidade para abastecer um poço ou outra forma de captação de água, para suprir uma determinada demanda. Os estudos hidrogeológicos, segundo Aldo Rebouças, tinham abrangência limitada ao local onde se faria uma determinada obra de captação de água – poço escavado, galeria, túnel ou poço tubular profundo – com a avaliação do seu potencial produtivo (1999, p. 122).

A partir da década de 60, as análises passaram a ser mais complexas e abrangentes, considerando a extensão da unidade aquífera onde se pretendia realizar uma obra de captação de água. Surgiu a noção de que a camada aquífera se comportava como um sistema, uma zona de recarga ou de entrada, zona de descarga ou de saídas, obedecendo leis físicas e matemáticas. Além disso, percebeu-se que a extração de água de uma camada aquífera ensejava perturbações hidráulicas pelas quais desenvolvia-se um intercâmbio de águas das camadas aquíferas vizinhas, mesmo através das formações confinantes que são menos

[173] Infiltração e percolação também são conceitos que Aldo Rebouças (1999, p. 126) explica: “denomina-se infiltração o mecanismo de penetração da água meteórica que atinge a superfície do terreno, sob ação da gravidade. Neste processo, uma fração da água que infiltra vai reconstituir a umidade do solo – 0,065 milhão de quilômetros cúbicos - a qual é a base do desenvolvimento da biomassa natural ou cultivada. Outra fração da água infiltrada percola verticalmente no subsolo, na medida em que a força da gravidade ou o próprio peso da água superem as forças de adesão e capilaridade do subsolo em apreço. Quando essa água de percolação encontra um meio relativamente menos permeável, acumula-se, progressivamente, para formar o manancial subterrâneo propriamente dito”.

permeáveis. Com isso, a abordagem do assunto evoluiu da unidade aquífera para um sistema de fluxos subterrâneos (REBOUÇAS, 1999, p. 122).

Houve outra evolução a partir da década de 70: percebeu-se que os processos físicos de filtração, químicos e micro-biológicos de transformação da qualidade das águas (que ocorrem no solo, na zona não saturada do subsolo e nos intercâmbios entre camadas aqüíferas) são os determinantes fundamentais das características quantitativas e qualitativas das águas subterrâneas. Conseqüentemente,

> a denominação de água subterrânea passou a compreender toda a água que ocorre abaixo da superfície de uma determinada área - água do solo, água da zona não saturada, água da zona saturada, água de camadas aflorantes muito permeáveis (aquífero livre), água de camadas encerradas entre outras relativamente menos permeáveis (aquíferos confinados), água de camadas relativamente argilosas (aquitardes), água de camadas muito argilosas (aquicludes) – dai a denominação atual mais freqüente de águas subterrâneas.
>
> Por sua vez, os fluxos subterrâneos nos aquíferos livres ou confinados percorrem trajetórias mais ou menos longas, dirigindo-se dos setores de potenciais hidráulicos mais elevados para aqueles, comparativamente, mais baixos. Nas condições especificas de aquífero livre, isto significa que os fluxos se realizam dos setores de colinas para os vales. Desta forma, configuram-se fluxos subterrâneos locais, os quais percorrem pequenos trajetos no subsolo, descarregando nas imediações das áreas onde ocorreram as infiltrações ou recargas. Essas águas têm, regra geral, característica hidro-carbonatada, tendo em vista conservarem a influência marcante da sua origem atmosférica ou meteórica (rica em CO e CO_2). Entretanto, os compostos carbonatos são os primeiros a desaparecer da composição química da água, tendo em vista o seu nível relativamente mais baixo de solubilidade.
>
> Outros fluxos percorrem caminhos mais longos, constituindo um sistema de dimensão intermediaria ou regional. A composição dessas águas reflete as interações químicas água/rocha, resultando serem elas, regra geral, de classe sulfatada no sistema de fluxos intermediário. No sistema de fluxos regionais, a composição dominante tende a ser do tipo cloretada, tendo em vista terem estes constituintes, comparativamente, os maiores índices de solubilidade química.
>
> A abordagem hidrogeológica que evolui do “poço” ao “sistema de fluxos subterrâneos” vai ser a base da inserção das águas subterrâneas no gerenciamento integrado de bacias hidrográficas como unidades de planejamento. Efetivamente, muito embora não haja uma coincidência física rigorosa entre divisores de água superficial e subterrânea, o sistema de fluxos no subsolo tende a configurar a compartimentação que é imposta pelo sistema de drenagem de superfície.
>
> Entretanto, enquanto os rios constituem sistemas de drenagem, fluindo a velocidades da ordem de km/h, o subsolo desempenha a função de armazenamento de água, cujos fluxos têm velocidades de cm/dia.
>
> Outro aspecto importante resultante da consideração do sistema de fluxos, diz respeito ao fato de que um poço profundo – da ordem da centena de metros – capta água que é proporcionada pelos fluxos intermediário ou regional, ao passo que um poço raso, vizinho, é abastecido pelo sistema de

> fluxo local. Regra geral, as zonas de recarga das águas que são captadas por um poço profundo são as colinas distantes.
> Este comportamento tem uma grande importância prática, na medida em que uma fonte de contaminação localizada nas proximidades de um poço profundo bem construído, não representa, necessariamente, um risco de contaminação das suas águas, embora seja identificada como responsável pela contaminação de um outro poço raso.
> Todos esses aspectos são de fundamental importância na abordagem do gerenciamento integrado das bacias hidrográficas, como unidades básicas de planejamento. Nestas condições, modifica-se a ideia tradicional de que uma obra de captação de água superficial ou subterrânea tem uma dimensão relativamente pontual ou local, na medida em que o sistema de fluxos tem, regra geral, uma dimensão regional. Em consequência, torna-se importante considerar variados aspectos, tais como zonas de recarga e descarga dos aquíferos e suas relações com as formas de uso e ocupação do meio físico, deposição inadequada de resíduos, implantação de obras hidráulicas nos rios, controle de enchentes (REBOUÇAS, 1999, p. 123-124).

A UNESCO, por meio do seu programa hidrológico internacional, fornece uma representação das águas subterrâneas e de sua movimentação:

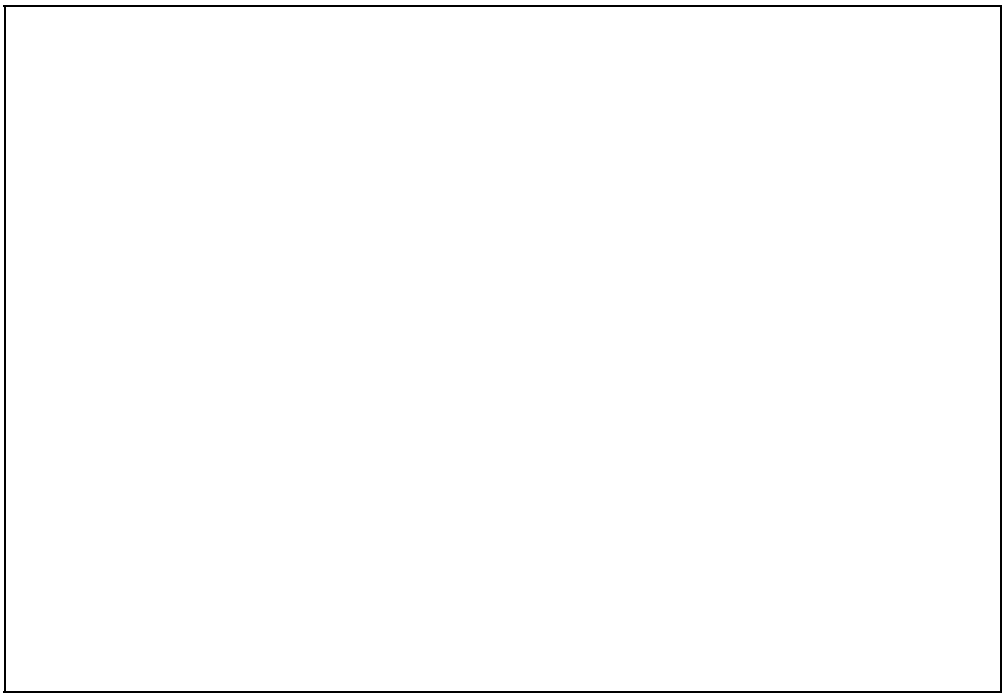


Figura 1: Representação esquemática dos processos hidráulicos e hidrogeológicos em áreas transfronteiriças. Fonte: UNESCO-IHP-ISARM. Atlas of transboundary aquifers. Paris: UNESCO, 2009, p. 55.

A figura acima demonstra o fluxo de águas subterrâneas que não coincidem com águas de superfície. A figura abaixo representa um possível fluxo de águas na situação em que um rio delimita a fronteira. A água pode se movimentar de forma local ou regionalmente e é possível que as águas tenham recarga em um território e descarga em outro. Isso dificulta que se utilize a abordagem focada em Estado de montante e de jusante, como aquela utilizada para os rios internacionais (UNESCO, 2009, p. 55-56).

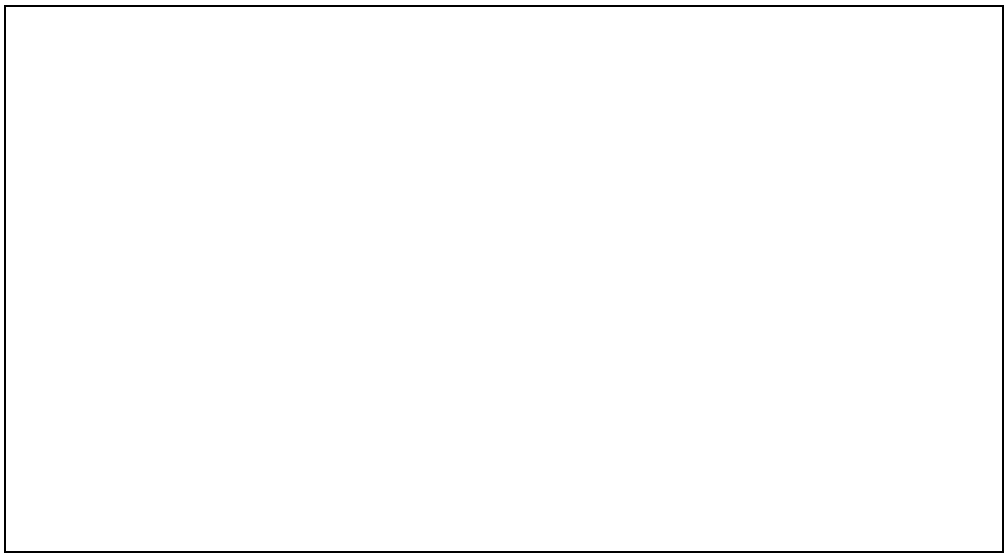


Figura 2: Representação da interação entre águas de superfície e subterrâneas próximas a uma fronteira entre Estados. Fonte: UNESCO-IHP-ISARM. Atlas of transboundary aquifers. Paris: UNESCO, 2009, p. 56.

O tema água subterrânea e os mecanismos que regem a sua movimentação embaixo da terra são de compreensão muito mais difícil do que o tema águas de superfície. Houve uma evolução do significado do termo "água subterrânea": além de representar um corpo com potencial de fornecer água, passou a implicar também uma análise sistêmica, que compreende as condições para uso e proteção da água. "Água subterrânea" passou a significar toda a água que ocorre debaixo de uma determinada superfície, em zona insaturada ou não, em aquífero ou não, movimentando-se em um fluxo sistêmico. Este novo significado, resultado da evolução da hidrogeologia, não foi necessariamente apreendido pelos juristas.

3.2. As primeiras tentativas de regular as águas subterrâneas: de Helsinki a Bellagio

As regras de Helskinki de 1966 elaboradas pela Associação de Direito Internacional propunham um conceito de bacia de drenagem para definir uma área geográfica de um sistema de águas, do qual faziam parte as águas subterrâneas (art. II). No entanto, apesar de reconhecer a importância das águas subterrâneas, a ILA excluiu do escopo das Regras de Helsinki os aquíferos confinados, ou seja, aqueles que não são conectados a um determinado corpo de águas de superfície.

Somente em Seoul, em 1986, na 62ª conferência da ILA houve debates e resultados específicos acerca do tema das águas subterrâneas. A resolução adotada afirma que os princípios criados em Helsinki também se aplicam às águas subterrâneas que formam

aquíferos internacionais – ou seja, que existam sob o território de dois ou mais Estados - mesmo que as águas subterrâneas não se comuniquem com as águas de superfície[174]. Comparando-se as regras de Helsinki e as de Seoul, pode-se afirmar que em Seoul a ILA decidiu por regular também os aquíferos confinados, não conectados com as águas de superfície de uma bacia internacional. As regras de Seoul, portanto, reconhecem a relação hidrológica entre águas de superfície e águas subterrâneas, sugerindo que o gerenciamento depende da compreensão dos mecanismos do ciclo hidrológico. A ILA ressalta, na Resolução de Seoul, a necessidade de conter a poluição (art. III, 1), de promover a cooperação e o intercâmbio de informações (art. III, 2 e 3) e de se considerar o manejo conjunto de águas subterrâneas e de superfície (art. IV).

Foi com as Regras de Berlin que a Associação de Direito Internacional se debruçou definitivamente sobre o tema das águas subterrâneas, dedicando-o um capítulo inteiro. Diz a ILA que a aplicação das Regras de Berlin se estende a todo tipo de aquífero, tenha ele ou não relação com águas de superfície (art. 36). Como dito no capítulo primeiro deste trabalho, as Regras de Berlin estabelecem que os Estados devem obedecer aos princípios da precaução e da sustentabilidade, promover o gerenciamento conjunto e integrado, adotar estudos de impactos de atividades sobre os aquíferos, protegendo-os de contaminação e poluição (art 37 a 41).

O art. 42 define os aquíferos transfronteiriços aos quais se aplicam as Regras de Berlin como aqueles ligados a uma bacia de drenagem internacional ou aqueles que, mesmo que não sejam ligados a uma bacia de drenagem internacional, sejam recortados pelas fronteiras entre dois ou mais Estados. Caso se possa enquadrar o aquífero neste conceito de aquífero transfronteiriço delineado pela ILA, o aquífero deve ser gerenciado na sua "totalidade", o que implica vários deveres para os Estados. Primeiramente, há menção ao dever de cooperação, à necessidade de realizar consultas e trocar informações, de cooperar na gestão da recarga do aquífero e de estabelecer padrões para garantir a utilização equitativa e razoável. Os Estados devem abster-se de causar e devem prevenir ações e omissões que provoquem um prejuízo significativo para outro Estado, considerando o direito de cada um deles ao uso equitativo e

[174] No original: *"Article II: Hydraulic Interdependence.*
1. An aquifer that contributes water to, or receives water from, surface waters of an international basin constitutes part of an international basin for the purposes of the Helsinki Rules.
2. An aquifer intersected by the boundary between two or more States that does not contribute water to, or receive water from, surface waters of an international drainage basin constitutes an international drainage basin for the purposes of the Helsinki Rules.
3. Basin states, in exercising their rights and performing their duties under international law, shall take into account any interdependence of the groundwater and other waters including any interconnections between aquifers, and any leaching into aquifers caused by activities and areas under their jurisdiction".

razoável das águas.

Além da doutrina internacionalista, agências especializadas da Organização das Nações Unidas passaram a se ocupar do tema “águas subterrâneas transfronteiriças”. Neste contexto, é preciso citar o programa ISARM (*Internationally Shared Aquifer Resource Management)*. O programa ISARM, coordenado pelo Programa Hidrológico Internacional (IHP) da UNESCO, nasceu na décima quarta Sessão do Conselho Intergovernamental da UNESCO, em 2000, quando se aprovou a parceria entre as atividades da Associação Internacional de Hidrogeologia (IAH) e três programas inter-governamentais da UNESCO (o Programa Hidrológico Internacional - IHP, o Programa Internacional de Correlação Hidrológica - IGCP e o Programa de Gestão das Transformações sociais - MOST). O programa conta também com a cooperação da FAO e da Comissão Econômica da ONU para Europa (UNESCO, 2000).

O programa ISARM estabeleceu projetos em diversas partes do mundo e utiliza uma metodologia de abordagem de duas fases: primeiro realiza um inventário dos aquíferos compartilhados localizados em uma região e, a partir disso, considerando os resultados dessas investigações, formulam-se projetos pilotos e ações especificas. Atualmente existem projetos ISARM na África (2002), na América (2003), no Leste Europeu, na região dos Bálcãs (2003) e uma proposta para a região do Mediterrâneo. Esse programa incluiu em 2001 o Aquífero Guarani como um de seus casos de estudo (VILAR, 2008, p. 48).

Outro documento importante a respeito dos aquíferos transfronteiriços é um esboço de tratado, chamado Bellagio. O *Bellagio Draft Treaty* ou o esboço de tratado de Bellagio foi proposto por Robert Hayton e Albert Utton em 1989, em um painel do VI Congresso da Associação de Recursos Hídricos Internacionais, realizado em Ottawa. Os autores inspiraram-se nas discussões realizadas em 1987 na cidade de Bellagio na Itália. O esboço sugere uma regulamentação para o gerenciamento de águas transfronteiriças, com cláusulas ajustáveis às realidades locais, jurídicas e governamentais diversas. O Bellagio baseia-se no *Ixtapa Draft*, o esboço de Ixtapa, proposto em 1985 por Ann Berkley Rodgers e Albert Hutton, com a intenção de regular os recursos transfronteiriços compartilhados por EUA e México (MATSUMOTO, 2002, p. 9-10; VILAR, 2008, p. 47).

Como dito, a primeira dificuldade quando se trata do assunto “água subterrânea” é a falta de definições amplamente aceitas. Por esta razão, o esboço de tratado Bellagio cuida de esclarecer conceitos. Os aquíferos são definidos como uma formação geológica subterrânea

da qual pode-se extrair quantidade significativa de água[175]. Água subterrânea significa água dentro de aquíferos (art. I, 14), "aquífero transfronteiriço" significa um aquífero atravessado por um limite comum (art. I, 20), e "águas subterrâneas transfronteiriças" são as águas dos aquíferos transfronteiriços (art. I, 22). Segundo os comentários formulados pelos próprios autores do esboço Bellagio, aquífero significa as zonas saturadas de água presentes no subsolo, excluindo, portanto, a água da zona insaturada do solo e a água contida em uma rocha que não possa ser explorada (em inglês *unyielding*). Ou seja, a noção de aquífero aqui proposta é similar àquela das Regras de Seoul.

O art. II estabelece os propósitos gerais do acordo: o reconhecimento da existência de um interesse comum entre as partes e responsabilidade para que se assegure um desenvolvimento e gerenciamento razoável e equitativo das águas subterrâneas. As partes entram em acordo, segundo o esboço, para: obter uma ótima utilização e a conservação de águas subterrâneas transfronteiriças; para a proteção do meio ambiente subterrâneo; e para manter um sistema de informações confiáveis[176].

O esboço de Bellagio propõe que se crie uma comissão para realizar as funções e responsabilidades necessárias para o gerenciamento das águas subterrâneas transfronteiriças. Entre as funções dessa comissão está a de criar e manter uma ampla e única base de dados sobre águas transfronteiriças. A Comissão também deve poder declarar uma determinada área como relevante para proteção do aquífero (*Groundwater Conservation Area*), para a qual deve ser elaborado um plano de gerenciamento (*comprehensive management plan*). A Comissão tem competência também para lançar alerta sobre situações de emergência envolvendo a contaminação do aquífero (*public health emergency*) e determinar que os Estados-partes adotem providências.

O esboço é tão amplo que prevê que a Comissão tem a competência para estabelecer padrões de qualidade e quantidade de água e planos para extração de água por parte de cada Estado. Há também previsão de que os Estados devem resolver eventuais disputas de forma pacífica (art. XVI), primeiramente por meio de negociação direta e, caso não seja alcançado

---

[175] No original: *"1.'Aquifer' means a subsurface water bearing geologic formation from which significant quantities of water may be extracted" […]; 14. 'Groundwater' means the water in aquifers […]; 20. 'Transboundary aquifer' means an aquifer intersected by a common boundary […]; 22. 'Transboundary groundwaters' means waters in transboundary aquifers".*

[176] No original: *"1. The Parties recognize their common interest and responsibility i1í ensuring the reasonable and equitable development and management of groundwaters in the border region for the well being of their peoples.*

2. Accordingly the Parties have entered into this Agreement in order to attain the optimum utilization and conservation of transboundary groundwaters and to protect the underground environment. It is also the purpose of the Parties to develop and maintain reliable data any information concerning transboundary aquifers and their waters in order to use and protect these waters in a rational and informed manner".

um acordo no prazo de 6 meses, por qualquer outro meio: mediação, conciliação, submissão da questão à arbitragem ou à jurisdição da Corte Internacional de Justiça[177].

3.3. Os trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU

A partir dos trabalhos para elaboração de uma convenção sobre o direito dos usos dos recursos hídricos para fins diversos da navegação, que resultou na Convenção adotada em Nova York em 1997, a Comissão de Direito Internacional se deparou com a necessidade de estudar também o tema das águas subterrâneas.

Como dito anteriormente, Robert Rosenstock, o último dos relatores especiais para o tema dos usos dos recursos hídricos para fins diversos da navegação chegou a questionar a Assembleia Geral da ONU sobre a possibilidade de se incluir nos estudos da CDI previsões sobre águas subterrâneas confinadas, ou seja, águas subterrâneas não relacionadas com as águas de superfície (*unrelated confined groundwaters*). O próprio Rosenstock era partidário da inclusão do tema no projeto de convenção, pois entendia que às águas subterrâneas se aplicavam os mesmos princípios e normas concebidos para o "sistema" de corpos de água objeto da convenção. No entanto, houve oposição de membros da CDI que entendiam que o tema deveria ser tratado à parte (CLÉMENT, 2003, p. 98-99).

Na sua quadragésima sexta sessão, a Comissão submeteu à Assembleia Geral uma resolução sobre aquíferos transfronteiriços confinados como parte do relatório sobre seu trabalho a respeito dos usos dos cursos d'água para fins diversos da navegação[178]. Nesta resolução a Comissão reconhece que ainda é preciso envidar esforços para elaborar normas para as águas subterrâneas transfronteiriças confinadas, mas recomenda que os Estados guiem

---

[177] No original: "*Article XVI. Resolution of disputes*
1. If the consultations called for under Article XV do not achieve an agreed accommodation, the Governments shall promptly enter into formal, direct negotiations for the purpose of resolving the disagreement.
2. Should the Governments not achieve agreement after six (6) months of direct negotiations, the Parties shall refer the matter to mediation, conciliation, arbitration, the International Court of Justice or any other means of peaceful settlement, absent apreviously agreed, applicable means of dispute settlement binding upon the Parties.
3. In resolving differences and questions affecting the implementation of this Agreement
and decisions taken thereunder, the Parties undertake to avoid delay and to facilitate the process of resolution as between themselves and, as appropriate, before any mediator, conciliator, tribunal or other settlement forum, taking into account the importance of timely resolution with respect to critical transboundary groundwater situations".

[178] Trata-se da "*Resolution on Confined Transboundary Groundwater Adopted by the Commission at its forty-sixth session, in 1994, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session on the topic Law of the non-navigational uses of international watercourses*".

suas atividades pelos princípios contidos no – então – esboço de artigos sobre o direito dos usos diversos da navegação dos cursos de água internacionais também na regulação de águas subterrâneas. Recomenda que os Estados tentem formular acordos com outros Estados nos quais ocorram águas subterrâneas confinadas e que, caso haja disputa envolvendo esses recursos, que elas sejam resolvidas de acordo com o procedimento previsto no art. 33 do que veio a se tornar a Convenção de NY.

Em 2000, a Comissão de Direito Internacional – CDI da ONU (na sua 52ª sessão) concluiu que seria apropriado incluir o tema "recursos naturais compartilhados dos Estados" no seu programa de trabalho de longo prazo. A Assembléia Geral solicitou que a CDI aprofundasse o estudo do tema, levando em consideração os comentários feitos pelos Estados (Resolução 56/82, de 12 de dezembro de 2001).

Na 54ª sessão da CDI (2002), esta decidiu incluir o tópico no seu programa de trabalho, apontando Chusei Yamada como Relator Especial e criando um grupo de trabalho para auxiliá-lo. Em 2003, o Relator apresentou à CDI (na sua 55ª sessão) o seu primeiro relatório (do total de 5 relatórios sobre o tema), oferecendo um panorama geral do assunto e sugerindo que se limitasse o escopo ao estudo das águas subterrâneas transfronteiriças confinadas (*confined transboundary groundwaters*), petróleo e gás, começando-se pelo tema da água.

Chusei Yamada tentou fornecer elementos para melhor compreensão do que exatamente são as "águas subterrâneas transfronteiriças confinadas", tema que havia sido excluído da Convenção de NY de 1997. O Relator considerava indispensável a definição exata de águas subterrâneas com o propósito de verificar em que medida os princípios incorporados na Convenção sobre o Direito relativo aos usos dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação, de 1997, poderiam ser aplicáveis. Observou, ainda, que o direito relativo às águas subterrâneas era mais similar àquele que regula a exploração de petróleo e gás e sugeriu que a Comissão adotasse uma abordagem *step-by-step*.

Da 55ª à 59ª sessão, ou seja, de 2003 a 2007, a Comissão recebeu e debateu 4 relatórios apresentados pelo Relator Especial. Na 56ª (2004) sessão, o Relator apresentou o seu segundo relatório que, conforme a sua proposta anterior, concentrou-se na questão das águas subterrâneas. Chusei Yamada ofereceu um panorama para um rascunho sobre o tema, dividido em duas partes: a primeira introdutória, sobre escopo e definições; a segunda contendo princípios gerais que deveriam reger os sistemas de aquíferos, como a obrigação de não causar dano, o dever de cooperação, o dever de promover o intercâmbio regular de dados e informações, e as relações entre os diferentes tipos de usos. O relatório incluiu um anexo,

contendo dados técnicos sobre águas subterrâneas transfronteiriças, bem como modelos de aquíferos, estudos de caso sobre aquíferos regionais e bibliografia selecionada.

A partir do segundo relatório, a CDI estabeleceu um grupo de trabalho sobre águas subterrâneas transfronteiriças, sem data para encerrar seus trabalhos, sob presidência do Relator Especial. A CDI recebeu estudos informais de especialistas da Comissão Econômica para a Europa (ECE), da UNESCO, da FAO e da AIH. É preciso mencionar que a UNESCO exerceu um papel fundamental neste contexto, fornecendo informações técnicas e científicas para o relator especial e para a Comissão. Em especial, o Programa Hidrológico Internacional (*International Hydrological Program – IHP*) coordenou a atuação de outras agências da ONU como o PNUMA, o Fundo Global para o Meio Ambiente (*Global Environmental Fund – GEF*) e a Agência Internacional de Energia Atômica. Também colaboraram a Organização dos Estados Americanos - OEA, a *International Groundwater Resources Assessment Centre* (IGRAC), a Autoridade franco-suíça do Aquífero Genebra (*French-Swiss Geneva Aquifer Authority*) e o Projeto do Sistema Aquífero Guarani.

Em 2000, o IHP-UNESCO lançou o Projeto ISARM (*Internationally Shared Aquifer Resources Management*) com objetivo de inventariar os sistemas aquíferos transfronteiriços do mundo e de promover o entendimento de aspectos científicos, sócio-econômicos, legais, institucionais e ambientais relacionados ao gerenciamento desses aquíferos. No âmbito deste projeto, também foi realizada a análise dos sistemas legais de cada Estado, no que se refere ao gerenciamento de aquíferos. Até o momento, o ISARM já inventariou 273 aquíferos transfronteiriços: 68 no continente americano, 38 na África, 65 na Europa oriental, 90 na Europa ocidental e 12 na Ásia, onde o inventário ainda não acabou. Além disso, o programa da Unesco WHYMAP (*Worldwide Hydrological Mapping and Assessment Programme*) construiu um banco de dados sobre o tema e lançou o *World Map of Transboundary Aquifers*, que também serviu para a preparação dos primeiros rascunhos da Comissão de Direito Internacional.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, por outro lado, para incitar os Estados membros a cooperar com os trabalhos da CDI, formulou a Resolução 58/77 (de 9 de dezembro de 2003), convidando os governos a fornecerem à Comissão informações a respeito da legislação nacional e de tratados bilaterais e outros acordos relativos ao uso e gestão de águas subterrâneas transfronteiriças, em particular aqueles que regulam a qualidade e a quantidade de tais águas. Quase um ano depois, a Assembléia emitiu nova Resolução (de n.59/41, de 2 de dezembro de 2004), chamando a atenção dos Governos para a importância de enviar à CDI suas visões sobre os vários aspectos envolvidos no tema, em particular sua

prática, bilateral e regional, relativa à alocação de águas subterrâneas de sistemas aquíferos tranfronteiriços e à gestão de sistemas aquíferos transfronteiriços não-renováveis.

Em 2005, na 57ª sessão da CDI, foi apreciado o Terceiro Relatório de Chusei Yamada, bem como os comentários e as observações recebidas de vinte governos e de organizações intergovernamentais. Nesse Terceiro Relatório, foi proposto um rascunho de 25 artigos, divididos em 6 partes. A primeira parte (art. 1º a 4º) trata do escopo, das definições, dos arranjos bilaterais e regionais, das relações com outras convenções e acordos internacionais. A segunda parte (art. 5º ao 11º) é sobre princípios gerais: utilização equitativa e razoável e seus fatores relevantes, obrigação de não causar dano, obrigação geral de cooperação, intercâmbio regular de dados e informações, monitoramento e relação com os diferentes tipos de usos das águas. A terceira parte da proposta trata da "proteção, preservação e gestão" (compreende os artigos 12 a 15). A quarta parte trata da avaliação dos efeitos potenciais de atividades que afetam outros Estados (arts. 16 e 17) e a quinta parte contém disposições gerais (arts. 18 a 21), sobre assistência científica e técnica aos Estados em desenvolvimento, situações de emergência, proteção em tempo de conflito armado, e dados e informações vitais para a defesa ou segurança nacional. A quinta parte é sobre cláusulas finais (arts. 22 a 25), contém dispositivos sobre assinatura, ratificação e entrada em vigor.

Diante do relatório apresentado, a CDI estabeleceu um grupo de trabalho que revisou o rascunho de artigos apresentado e o enviou ao Comitê de Redação (*Drafting Committee*). Foram então aprovados, em primeira leitura, os títulos e a redação de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços. Conforme determina o seu estatuto, a CDI transmitiu o esboço de artigos aos Governos, para que estes pudessem fazer comentários e observações até 1º de janeiro de 2008. Os governos deveriam se manifestar, inclusive, sobre a forma final do esboço de artigos.

Os debates que ocorreram nas reuniões do Sexto Comitê da Assembleia Geral que se seguiram (61ª sessão, de 2006 e 62ª sessão, de 2007), possibilitaram que os representantes dos governos dos Estados apresentassem seus comentários que foram, de maneira geral, favoráveis aos trabalhos da CDI, encorajando-a a proceder com a segunda leitura. Com relação ao formato do esboço de artigos, as repostas dos governos foram divergentes: alguns apoiavam a adoção de um instrumento com força obrigatória, enquanto que outros apoiavam a ideia de um instrumento sem efeito vinculante.

Nas sessões de 4 e 5 de agosto de 2008, a Comissão de Direito Internacional adotou os comentários feitos pelos governos e submeteu à Assembleia Geral um novo esboço, em segunda leitura, contendo 19 artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços. O termo

"esboço de artigos" (*draft articles*), conforme a prática da CDI, tem sido utilizado sem prejuízo da forma final adotada. Como os governos consultados apresentaram opiniões discrepantes a respeito da forma que se deveria dar ao trabalho, a Comissão decidiu adotar a abordagem *two-step*, ou seja: sugeriu que a Assembleia Geral recomendasse aos Estados que adotassem os princípios anunciados no esboço de artigos em suas relações bilaterais e regionais (incentivando que façam acordos para fazer um gerenciamento apropriado dos aquíferos transfronteiriços); e solicitou que a Assembleia Geral considerasse a adoção de uma convenção com base no esboço de artigos. Como a adoção do segundo passo, dentro da abordagem *two-steps*, ainda levaria algum tempo, a Comissão absteve-se de incluir previsão a respeito da relação entre os artigos sobre aquíferos transfronteiriços e outros tratados internacionais e de um método de solução de controvérsias. A elaboração de artigos com esses conteúdos só é necessária, segundo a CDI, quando o segundo passo – o de elaboração de uma convenção – for iniciado.

Em 11 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral da ONU adotou um esboço de artigos sobre Direito dos Aquíferos Transfronteiriços, por meio da Resolução 63/124, intitulada "Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços"[179]

3.4. O Direito dos Aquíferos Transfronteiriços

O esboço de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços adotado pela Comissão em segunda leitura, em 2008, é muito diferente do texto adotado na primeira leitura em 2006. O resultado final dos trabalhos da CDI, contido na Resolução da Assembléia Geral n. 63/124, adotada em 15 de janeiro de 2009, contém um preâmbulo e 19 artigos, divididos em quatro partes.

O preâmbulo, que não existia na primeira versão, foi adicionado com a intenção de contextualizar as normas propostas. Pode-se ressaltar o parágrafo 3º que menciona o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais[180] e o parágrafo 4º que reafirma a Declaração do Rio de 1992. O quinto parágrafo do preâmbulo afirma que se deve levar em consideração a demanda crescente por recursos hídricos e, ao mesmo tempo, a necessidade de proteção de aquíferos e a sua vulnerabilidade à poluição. A situação dos países em desenvolvimento

[179] No original: "*The Law of Transboundary Aquifers*".
[180] Resolução n. 1803 (XVII) da Assembleia Geral da ONU, adotada em 14 de dezembro de 1962.

também deve ser considerada, segundo o parágrafo nono do preâmbulo. Ainda com relação ao preâmbulo, vale citar que a Comissão se afirma convencida da necessidade de "assegurar o desenvolvimento, a utilização, a conservação, o gerenciamento e a proteção dos recursos subterrâneos no contexto de promoção de um otimizado e sustentável desenvolvimento dos recursos hídricos para a presente e as futuras gerações"[181].

Na primeira parte há uma introdução, com a delimitação do escopo e do uso dos termos. O art. 1º define o escopo de aplicação do esboço de artigos. Os artigos valem para a utilização dos aquíferos transfronteiriços ou de sistemas aquíferos, para atividades que têm ou podem ter impactos sobre aquíferos ou sistemas de aquíferos, e para as medidas de proteção, preservação e gerenciamento dos aquíferos transfronteiriços ou sistemas de aquíferos.

O art. 2º estabelece que um aquífero significa uma formação geológica permeável que contém água, sob a qual há uma camada menos permeável, e a água contida na zona saturada da formação[182]. Um sistema de aquíferos significa uma série de dois ou mais aquíferos hidrologicamente conectados. Em outras palavras, no caso de um aquífero estar conectado a outro, eles devem ser tratados como um sistema único, de forma a proporcionar o gerenciamento adequado. Um aquífero transfronteiriço ou um sistema de aquíferos transfronteiriços significa, respectivamente, um aquífero ou um sistema de aquíferos cujas partes estão situadas em diferentes Estados[183]. A utilização de aquíferos significa a extração de água, o armazenamento e a disposição de qualquer substância.

Segundo Stephen MacCaffrey (2009, p. 283), a CDI acabou por colocar demasiada ênfase no aquífero como formação geológica e deixou a água subterrânea contida nesta formação em segundo plano – ao contrário das Regras de Seoul, por exemplo, que pretendiam regular as águas de aquíferos internacionais.

A segunda parte do esboço de artigos cuida dos princípios gerais aplicáveis aos aquíferos transfronteiriços. São eles: princípio da soberania, da utilização equitativa e razoável (e os fatores relevantes para identificá-la), a obrigação de não causar dano significativo, a obrigação geral de cooperação, uma obrigação geral de intercâmbio de informações, e uma chamada para que os Estados adotem acordos bilaterais ou regionais sobre aquíferos transfronteiriços.

---

[181] No original: "*Convinced of the need to ensure the development, utilization, conservation, management and protection of groundwater resources in the context of the promotion of the optimal and sustainable development of water resources for present and future generations*".

[182] No original: "*Art. I, a: 'aquifer' means a permeable water bearing geological formation underlain by a less permeable layer and the water contained in the saturated zone of the formation"*.

[183] No presente trabalho é adotada apenas a terminologia "aquífero" e não "sistema de aquífero".

É relevante notar que o primeiro princípio arrolado pela CDI refira-se à soberania estatal. Segundo o art. 3º, cada Estado do aquífero tem soberania sobre porção do aquífero transfronteiriço localizado "dentro de seu território" e deve exercer a sua soberania de acordo com o Direito Internacional e com os artigos que se esboçam no documento[184]. Ao invés de estabelecer um estatuto para a água contida no aquífero ou, em outras palavras, definir a natureza jurídica das águas subterrâneas, a CDI preferiu a reafirmação da noção de soberania nacional, ainda que sobre "porção" do aquífero, ou seja, da formação geológica[185].

A decisão de colocar o princípio da soberania dos Estados do aquífero como princípio regente do esboço não é imune à critica. A água subterrânea, como dito, é fluida, ela corre de um território para outro, do subsolo para a superfície, da superfície terrestre para atmosfera, continuamente dentro do ciclo hidrológico. Não se pode determinar a quantidade de água que está sujeita ao exercício da soberania de um ou outro Estado. Se, contudo, o escopo da regulação é a formação geológica – e não a água – faz sentido dizer que um aquífero está localizado no território de um determinado Estado e, por esta razão, sujeito ao exercício de sua soberania. O esboço formulado pela CDI, neste sentido, está completamente em desacordo com a Convenção de Nova York de 1997 (MACCAFFREY, 2009. P. 286)[186].

---

[184] No original: *"Article 3 - Sovereignty of aquifer States. Each aquifer State has sovereignty over the portion of a transboundary aquifer or aquifer system located within its territory. It shall exercise its sovereignty in accordance with international law and the present articles"*.

[185] Depois que o esboço de artigos foi adotado em primeira leitura, em 2006, apenas 18 Estados submeteram comentários sobre o esboço e somente 6 comentaram o art. 3º (Áustria, Brasil, Cuba, Israel, Portugal e Turquia). Desses 6, somente o Estado de Portugal comentou que a cooperação deveria ser a ênfase do esboço, devendo a CDI refletir sobre a adoção de uma doutrina mais mitigada da soberania. Os outros 5 Estados apresentaram apoio ao art. 3º, sendo que Brasil e Israel sugeriram uma emenda, para dizer que o exercício da soberania estatal sobre aquífero transfronteiriço deveria se dar de acordo com o direito internacional. Israel ressaltou ainda que direito internacional costumeiro não seria aceito neste tópico (MACCAFFREY, 2009, p. 290).

[186] Pode-se citar o seguinte trecho da argumentação de Stephen MacCaffrey (2009, p. 287-289): *"In short, the rights of a state in the groundwater contained in the portion of a transboundary aquifer within its territory are unlike those the state enjoys over its land territory. Shared groundwater may move slowly, but it does move; it is more akin in this respect to the migratory bird or the flowing stream than the geologic formation constituting an aquifer. For that reason, states have long recognized that their rights in shared freshwater resources are not appropriately described with reference to the concept of sovereignty. Instead, they have accepted that they each have rights in the shared resource and obligations with respect to it, and that the determination of their respective shares of the resource is governed by the principle of equitable and reasonable utilization. The UN Convention and all drafts on the law of international watercourses prepared by scholarly and professional organizations reject as both unhelpful and unsupported by state practice the notion that a state 'has sovereignty over the portion of' shared freshwater resources located within its territory. According to these authorities, and the ILC's own work on international watercourses, the doctrine of sovereignty does not apply to shared freshwater resources in any way that resembles its application to land territory. The confusion regarding the applicability of sovereignty to shared groundwater may have been engendered by the definition of the term "aquifer," as discussed above, and also by the special rapporteur's having linked the legal regimes governing transboundary aquifers and shared hydrocarbons. The special rapporteur thus posited a close relationship between the legal regimes governing transboundary groundwater, on the one hand, and shared hydrocarbon resources, on the other, a novel notion whose validity is highly doubtful in view of the entirely separate development of the two regimes"*. Este autor lembra que em 1929 a Corte Permanente de Justiça Internacional julgou o caso sobre a navegação no Rio Oder determinando que o princípio da comunidade de interesses

Sobre este tema, Matsumoto (2002, p. 4) e Barberis (1987, p. 145-146) teorizaram hipóteses que poderiam representar o exercício da soberania de mais de um Estado sobre determinado aquífero. Primeiramente, se um aquífero se localiza inteiramente sob o território de determinado Estado, este exerce sua soberania plena e exclusivamente. A primeira hipótese mencionada por Matsumoto e Barberis é a de um aquífero confinado que se localize sob uma fronteira internacional, ou seja, embaixo dos territórios de dois Estados, caso que configuraria um aquífero transfronteiriço. A segunda hipótese é a de um aquífero localizado inteiramente sob o território de um Estado, mas ligado hidrologicamente a um rio internacional; a terceira refere-se a um aquífero embaixo do território de um Estado, mas hidrologicamente relacionado com um outro aquífero, sob o território de Estado vizinho; a quarta hipótese é a de um aquífero situado inteiramente sob o território de um Estado, mas com área de recarga situada no território de um terceiro Estado. Nestes casos é evidente a natureza transfronteiriça dos aquíferos e, portanto, mais difícil o exercício da soberania por parte de um Estado[187].

Ainda que se pretenda exercer a soberania estatal sobre a "porção" de um aquífero transfronteiriço, seria preciso conhecer o aquífero, ou seja, fazer medições geológicas, hidrológicas, químicas, algo que mal se começou a fazer no caso do Aquífero Guarani, por

---

("*community of interest*") deve reger as relações entre Estados quando se tratam de cursos d'água internacionais. A soberania estatal sobre águas transfronteiriças é completamente incompatível com a noção de comunidade de interesses e a necessária exclusão de privilégios de um Estado em relação a outro, pois todos os Estados que compartilham o recurso têm interesse conjunto e por isso formam uma comunidade. O princípio da soberania, neste caso, ecoa a doutrina Harmon que, segundo o autor, está há muito superada.

[187] No original: *« Il faut distinguer quatre cas principaux où les eaux souterraines font partie d'un système hydrologique international.* i) *Le cas le plus simple d'eaux souterraines partagées est celui d'un aquifère circonscrit, traversé par une frontière internationale. Cet aquifère n'est pas relié hydrologiquement à d'autres eaux souterraines ni à des eaux de surface et, par conséquent, il constitue à lui seul une ressource naturelle partagée.* ii) *Un autre cas est celui d'un aquifère situé intégralement dans le territoire d'un Etat mais rattaché hydrologiquement à un fleuve international. Ici il faut encore préciser si le fleuve est influent ou effluent. S'il s'agit d'un fleuve influent, c'est-à-dire qu'il sert de recharge à un aquifère, l'utilisation des eaux fluviales faites par l'Etat situé en amont pourrait affecter la recharge dudit aquifère et porter préjudice à l'Etat situé en aval. S'il s'agit d'un fleuve effluent, c'est-à-dire alimenté par un aquifère, l'exploitation excessive de celui-ci peut faire diminuer le volume des eaux du fleuve. Dans ces cas, l'aquifère situé intégralement dans le territoire d'un Etat ne fera partie d'un système hydrologique international que si son utilisation influe sur les eaux du système.* iii) *Une autre situation peut se présenter lorsqu'un aquifère situé en totalité dans le territoire d'un Etat est rattaché hydrologiquement à un autre aquifère d'un Etat voisin. Le rattachement peut se produire au moyen d'une nappe semi-perméable, par exemple un limon argileux. Dans ces cas l'eau souterraine passe d'un aquifère dans un autre, dans la mesure où il existe une différence du niveau des eaux entre les deux. Or, il peut arriver que l'accroissement de l'exploitation de l'un des aquifères ait pour conséquence une augmentation de la différence de la charge hydraulique entre les deux. Ceci aura pour effet un accroissement de l'écoulement de l'eau souterraine vers l'aquifère dont l'exploitation s'est intensifiée et une diminution des réserves de l'autre. Par contre, si un aquifère qui alimente naturellement un autre est exploité de façon excessive, il peut subir une baisse de son niveau pézométrique et il se peut que le sens de l'écoulement des eaux souterraines d'un aquifère vers l'autre en soit modifié.* iv) *Il faut enfin considérer le cas des aquifères situés intégralement dans le territoire d'un Etat mais dont l'aire d'alimentation se trouve dans un autre Etat. Ces situations se présentent dans des régions montagneuses, lorsque le* divortium aquarum *des eaux de surface ne coïncide pas avec celui des eaux souterraines. Une modification de l'aire d'alimentation comme, par exemple, son imperméabilité, peut avoir des conséquences sur l'exploitation de l'aquifère »* (BARBERIS, 1987, p. 145-146).

exemplo. Portanto, a ideia de afirmar a soberania dos Estados sobre "porção" de um aquífero transfronteiriço pode ser adequada politicamente para se conseguir o consenso dos Estados acerca de normas que devem reger a utilização e a conservação do aquífero, mas não tem muita racionalidade prática se o objetivo das normas é de caráter ecológico ou se se pretender tomar em consideração as águas subterrâneas como um fluxo sistêmico de águas. Pelo contrário, a afirmação da soberania estatal nesse contexto só pode ter o sentido prático de dar aos Estados a chancela para fazer o que bem entenderem com as águas do aquífero.

O segundo princípio enunciado é o da utilização equitativa e razoável, segundo o qual cada Estado deve utilizar o aquífero de acordo com as seguintes normas: a utilização deve se dar de forma consistente com a equitativa e razoável divisão dos benefícios entre todos os Estados envolvidos; os Estados devem almejar a maximização a longo prazo dos benefícios advindos da utilização das águas do aquífero; os Estados devem estabelecer individual ou conjuntamente um plano de utilização abrangente, que considere as necessidades presentes e futuras e as fontes alternativas de recursos; os Estados não podem utilizar um aquífero com possibilidades de recarga (*recharging*) de maneira a atrapalhar a continuidade de seu ciclo[188].

Os fatores relevantes para a definição do que é razoável e equitativo estão previstos no art. 5º. São eles: a população dependente do aquífero em cada Estado; as necessidades sociais, econômicas e "outras", presentes e futuras, de cada Estado do aquífero; as características naturais do aquífero; a contribuição para a formação e recarga do aquífero; as utilizações já existentes e potenciais do aquífero; os efeitos potenciais ou presentes da utilização do aquífero em outro Estado; a disponibilidade de alternativas; o desenvolvimento, proteção e conservação do aquífero e os custos das medidas para produzir esses efeitos; o papel do aquífero no ecossistema[189]. Os fatores devem ser considerados conjuntamente, mas, no caso

---

[188] No original: "*Article 4. Equitable and reasonable utilization*
Aquifer States shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems according to the principle of equitable and reasonable utilization, as follows:
(a) They shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems in a manner that is consistent with the equitable and reasonable accrual of benefits therefrom to the aquifer States concerned;
(b) They shall aim at maximizing the long-term benefits derived from the use of water contained therein;
(c) They shall establish individually or jointly a comprehensive utilization plan, taking into account present and future needs of, and alternative water sources for, the aquifer States; and
(d) They shall not utilize a recharging transboundary aquifer or aquifer system at a level that would prevent continuance of its effective functioning".

[189] No original: *"Article 5 Factors relevant to equitable and reasonable utilization*
1. Utilization of a transboundary aquifer or aquifer system in an equitable and reasonable manner within the meaning of article 4 requires taking into account all relevant factors, including:
(a) The population dependent on the aquifer or aquifer system in each aquifer State;
(b) The social, economic and other needs, present and future, of the aquifer States concerned;
(c) The natural characteristics of the aquifer or aquifer system;
(d) The contribution to the formation and recharge of the aquifer or aquifer system;
(e) The existing and potential utilization of the aquifer or aquifer system;

de se analisar diferentes utilizações, deve ser dada atenção essencial às necessidades humanas vitais (*vital human needs*).

Os artigos 4º a 8º da Resolução correspondem sem grandes mudanças aos artigos 5º a 9º da Convenção de Nova York, com as necessárias adaptações. Há adição de dois fatores que constituem um uso razoável e equitativo, são eles: a contribuição de um Estado para a formação e recarga de um aquífero (d) e o papel que um aquífero tem em determinado ecossistema (i). Nestes dois aspectos e no reconhecimento das necessidades humanas vitais como uma prioridade, a Resolução vai além da Convenção de NY (MACCAFFREY, 2009 p. 275).

A crítica que pode ser feita ao trabalho da CDI em relação aos primeiros artigos da resolução sobre aquíferos não difere da crítica já feita aos trabalhos anteriores. A utilização razoável e equitativa do aquífero, princípio basilar do esboço de artigos, é algo cujo conteúdo só pode ser delineado caso a caso, de acordo com os fatores sugeridos que estão longe da objetividade. Não há previsão alguma de como medir, por exemplo, a contribuição de cada Estado para a recarga do aquífero. Tampouco há definição sobre o termo "necessidades humanas vitais", o que poderia, eventualmente, configurar um parâmetro objetivo para delimitação da equidade e razoabilidade de utilização de um aquífero.

Outro princípio que a Resolução sobre o Direito dos Aquíferos estabelece é o da obrigação de não causar dano significativo, contida no art. 6º do trabalho da CDI, corresponde ao art. 7º da Convenção de Nova York. Esta obrigação significa que os Estados devem adotar todas as medidas apropriadas para prevenir a ocorrência de um dano significativo a outro Estado. Os Estados, além disso, devem adotar todas as medidas apropriadas para prevenir a ocorrência de dano significativo a outro Estado quando resolvam empreender atividades que possam causar um impacto sobre o aquífero. A terceira parte deste mesmo artigo ressalva que, caso o dano significativo seja efetivamente causado, o Estado deve entrar em consultas para adotar as medidas necessárias para mitigar ou eliminar o dano[190]. Não há, efetivamente, uma

---

(f) The actual and potential effects of the utilization of the aquifer or aquifer system in one aquifer State on other aquifer States concerned;
(g) The availability of alternatives to a particular existing and planned utilization of the aquifer or aquifer system;
(h) The development, protection and conservation of the aquifer or aquifer system and the costs of measures to be taken to that effect;
(i) The role of the aquifer or aquifer system in the related ecosystem".

[190] No original: *"Article 6 Obligation not to cause significant harm*
1. Aquifer States shall, in utilizing transboundary aquifers or aquifer systems in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located.

proibição de causar dano. A análise da redação do artigo revela que há previsão de responsabilidade subjetiva pela adoção de "medidas apropriadas" e não pelo dano em si. Caso efetivamente ocorra um dano, o Estado que o provocou é responsável por "adotar medidas para" eliminá-lo ou mitigá-lo. Trata-se, portanto, de uma obrigação de meio, não de resultado. Tampouco há menção à indenização, como a contida no parágrafo segundo do art. 7º da Convenção de Nova York.

Há também a proposição de um princípio que compreende o dever de cooperação com base na igualdade soberana, na integridade territorial, no desenvolvimento sustentável, no benefício mútuo e na boa-fé, de forma a obter a utilização razoável e equitativa e também a proteção adequada do aquífero (art. 7º). Essa obrigação geral de cooperação não difere muito daquela proposta no art. 8º da Convenção de NY, mas é mais simples no que se refere à recomendação de estabelecimento de mecanismos conjuntos de cooperação (MACCAFREY, 2009, p. 276).

É preciso citar ainda o princípio relativo à necessidade de frequente intercâmbio entre Estados de todos os dados e informações disponíveis acerca de condições geológicas, hidrogeológicas, metereológicas e ecológicas do aquífero, bem como relacionadas à química da água e possíveis previsões (art. 8º). Este princípio corresponde àquele previsto no art. 9º da Convenção de NY.

O art. 9º do esboço de artigos trata de acordos bilaterais e regionais. Segundo este artigo, com o propósito de gerenciar aquíferos transfronteiriços os Estados são encorajados a entrar em acordos bilaterais ou regionais. Segundo Stephen MacCaffrey, é curiosa a inserção deste artigo no esboço quando o art. 7º e o art. 14 deste mesmo instrumento também tratam da cooperação para estabelecimento de mecanismos conjuntos de gerenciamento (2009, p. 277).

A terceira parte do esboço de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços elaborado pela CDI e adotado pela Assembleia Geral diz respeito à proteção, preservação e gerenciamento dos aquíferos. Há seis artigos nesta parte do esboço. O primeiro artigo (art. 10) sobre a proteção e preservação dos ecossistemas afirma que os Estados devem adotar "as medidas apropriadas" para proteger e preservar ecossistemas dentro de ou que dependam de aquíferos transfronteiriços. Os Estados devem identificar as zonas de recarga e de descarga de

---

2. Aquifer States shall, in undertaking activities other than utilization of a transboundary aquifer or aquifer system that have, or are likely to have, an impact upon that transboundary aquifer or aquifer system, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm through that aquifer or aquifer system to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located.

3. Where significant harm nevertheless is caused to another aquifer State or a State in whose territory a discharge zone is located, the aquifer State whose activities cause such harm shall take, in consultation with the affected State, all appropriate response measures to eliminate or mitigate such harm, having due regard for the provisions of articles 4 and 5".

aquíferos e tomar providências para que não haja impactos deletérios nos processos de recarga e descarga (art. 11).

Com relação à poluição, os Estados devem adotar (individual ou conjuntamente) as medidas para prevenir, reduzir ou controlar a poluição de aquíferos, que possa causar dano a outros Estados (art. 12), previsão baseada naquela do art. 21, segundo parágrafo, da Convenção de Nova York. Não há definição do que seja poluição e, mesmo que houvesse, provocar a poluição só é algo proibido se causar dano significativo a outro Estado. Em outras palavras, a poluição em si não configura um dano. Mas o esboço de artigos estabelece também que os Estados devem adotar uma perspectiva de precaução (*precautionary approach*), considerando a incerteza acerca da natureza, da extensão e da vulnerabilidade à poluição do aquífero transfronteiriço. Ocorre que há muito pouca incerteza científica com relação à fragilidade dos aquíferos e à sua vulnerabilidade à poluição (MACCAFFREY, 2009, p. 278).

Os Estados devem, quando possível, monitorar os aquíferos, utilizando padrões e metodologias harmônicas. Caso o monitoramento não possa ser feito conjuntamente com outro(s) Estado(s) do aquífero, estes devem ao menos promover o intercâmbio entre si mesmos de dados resultantes do monitoramento realizado individualmente (art. 13).

Novamente, no art. 14, o esboço de artigos trata do gerenciamento do aquífero, afirmando que os Estados devem estabelecer e implementar planos para o gerenciamento apropriado do aquífero. Caso seja apropriado, um mecanismo de gerenciamento conjunto do aquífero.

A partir do art. 15º a CDI passa a esboçar regras sobre "atividades planejadas", em três partes, que podem ser comparadas aos nove artigos da terceira parte da Convenção de NY que trata das "medidas planejadas". Caso um Estado tenha motivos para acreditar que uma determinada atividade dentro de seu território possa afetar um aquífero transfronteiriço, deve tanto quanto possível avaliar os possíveis impactos desta atividade (art. 15, 1). Além disso, deve notificar os outros Estados onde ocorre o aquífero, incluindo todos os dados técnicos e informações disponíveis e um estudo de impacto ambiental. Caso o Estado notificante e o(s) notificado(s) discordem a respeito dos possíveis efeitos de uma atividade, os Estados devem entrar em procedimento de consultas e negociações para atingir uma solução equitativa para a situação (art. 15)[191].

[191] O art. 15 tem a seguinte redação original: *"Article 15 Planned activities*

Entre as disposições finais, consta a necessidade de se promover cooperação técnica com países menos desenvolvidos (art. 16), que deve incluir o fortalecimento da "*capacity-building*" nos campos científico, técnico e jurídico; a facilitação da participação desses países em programas internacionais de relevância; o suprimento de equipamentos ou instalações; o aprimoramento da capacidade dos países menos desenvolvidos de fabricar tais equipamentos; o oferecimento de oportunidades para programas de pesquisa, monitoramento e educação (entre outros); o aconselhamento e a ajuda no desenvolvimento de soluções para minimizar os impactos de atividades sobre aquíferos; o aconselhamento na preparação de estudos de avaliação de impacto ambiental; o apoio para intercâmbio de conhecimento técnico e experiências entre os Estados em desenvolvimento, para fortalecer a cooperação entre eles.

O art. 17 do esboço propõe medidas a serem adotadas em situações de emergência e encontra eco no art. 28 da Convenção de Nova York. As situações de emergência são as resultantes de causas naturais ou da conduta humana que afetem um aquífero e representem uma ameaça iminente de dano significativo ao aquífero ou aos outros Estados do aquífero. O Estado em cujo território se originou a emergência deve expedir notificações urgentes aos Estados que podem ser atingidos, bem como adotar imediatamente todas as medidas necessárias para prevenir, mitigar ou eliminar qualquer efeito danoso decorrente da situação emergencial. O parágrafo 3º do art. 17 afirma que no caso da situação emergencial representar uma ameaça para necessidades humanas vitais, os Estados do aquífero "podem adotar medidas estritamente necessárias" para satisfazer tais necessidades. Há também previsão de cooperação técnica, logística e científica entre Estados sobre situações de emergência.

Com relação à proteção de aquíferos transfronteiriços em tempo de conflito armado, o art. 18 afirma genericamente que os aquíferos transfronteiriços e suas respectivas instalações ou obras gozam da proteção prevista nos princípios e regras de Direito Internacional aplicáveis aos conflitos armados, e não podem ser utilizados de forma a violar tais princípios e regras. Tem uma redação bastante similar à do art. 18 da Convenção de Nova York.

---

1. When a State has reasonable grounds for believing that a particular planned activity in its territory may affect a transboundary aquifer or aquifer system and thereby may have a significant adverse effect upon another State, it shall, as far as practicable, assess the possible effects of such activity.
2. Before a State implements or permits the implementation of planned activities which may affect a transboundary aquifer or aquifer system and thereby may have a significant adverse effect upon another State, it shall provide that State with timely notification thereof. Such notification shall be accompanied by available technical data and information, including any environmental impact assessment, in order to enable the notified State to evaluate the possible effects of the planned activities.
3. If the notifying and the notified States disagree on the possible effect of the planned activities, they shall enter into consultations and, if necessary, negotiations with a view to arriving at an equitable resolution of the situation. They may utilize an independent fact-finding body to make an impartial assessment of the effect of the planned activities".

Por fim, o esboço de artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços faz uma ressalva: nenhum dos artigos obriga Estados a fornecer dados ou informações que sejam vitais para a defesa ou segurança nacional. No entanto, os Estados devem cooperar de boa-fé tanto quanto possível, de acordo com as circunstâncias. Trata-se de provisão parecida com a do art. 31 da Convenção de Nova York.

As provisões substanciais do esboço de artigos da CDI sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços que não encontram correspondência na Convenção de Nova York são, em suma: a do art. 3º sobre soberania, a do art. 11 sobre zonas de recarga e descarga, do art. 13 sobre monitoramento e do art. 16 sobre cooperação técnica com países em desenvolvimento. Esta constatação levanta a questão se saber se o esboço de artigos sobre Direito dos Aquíferos Transfronteiriços representa alguma inovação em relação às regras que já existiam e se contribuiu positivamente para o desenvolvimento do Direito Internacional sobre a matéria (MACCAFFREY, 2009, p. 281).

É preciso dizer que não há previsão alguma a respeito da relação entre o que determina o esboço sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços e a Convenção de Nova York de 1997. Sabe-se que a esta tem como escopo um sistema de águas de superfície e subterrâneas que constituem um todo unitário e que normalmente fluem para o mesmo desaguadouro (*common terminus*). Desta forma, a Convenção de 1997 excluiu do âmbito de sua aplicação o tema das águas confinadas, mas não excluiu de todo o tema das águas subterrâneas que tem comunicação com as águas de superfície. Sabe-se que esboços anteriores ao adotado pela Assembleia Geral continham previsão de regulação de conflito entre os dois tipos de normas, mas a previsão foi retirada na versão final apresentada pela CDI. Isso significa que, na eventualidade de ambos os instrumentos constituírem obrigações de Direito Internacional, haverá possíveis conflitos ou sobreposição de normas a respeito do mesmo assunto.

3.5. Em síntese

Já a partir das possíveis definições de águas subterrâneas é possível vislumbrar a complexidade do debate que envolve o tema. A literatura especializada oferece uma gama de conceitos do que sejam águas subterrâneas, aquíferos saturados ou não saturados, nem sempre precisos ou amplamente aceitos. Tampouco há estudos científicos suficientes para determinar com precisão a relação entre as águas que se encontram sob a superfície terrestre e as que

circulam nos lagos e rios. A concepção mais recente de “água subterrânea”, fruto de uma evolução nos estudos da hidrogeologia, preconiza uma ideia sistêmica de fluxo de água, superando a noção que dá importância ao “poço” e ao seu aproveitamento. Sabe-se que tudo faz parte do ciclo hidrológico e este em si deveria merecer consideração.

O caso do aquífero Guarani é um bom exemplo. “Descoberto” em 1996, o Guarani durante muito tempo era representado como uma grande esponja cheia de água ou uma enorme piscina embaixo da parte mais meridional da América do Sul. Ficou famoso como a “maior reserva de água doce do mundo”. Atualmente, alguns estudos de campo indicam que o aquífero é fragmentado e não possui características uniformes que possam ser observadas tanto sob território brasileiro ou argentino, por exemplo. Isto explica que seja denominado “Sistema Aquífero Guarani” pelo Ministério do Meio Ambiente do Brasil, pois não se trata de um grande aquífero, mas de vários aquíferos, cujas interligações ainda não são de todo conhecidas.

O presente capítulo relembrou das iniciativas da Associação de Direito Internacional de regular as águas subterrâneas, a partir dos encontros de Seoul e das Regras de Berlin. Trata-se somente de sugestões doutrinárias de normas que os Estados poderiam adotar para regular as relações entre si no que diz respeito à água que compartilham. Especialmente as Regras de Berlin mostram-se relevantes por desconsiderarem argumentos de soberania estatal, concentrando-se no gerenciamento da água. Há a proposta do gerenciamento conjunto (*conjunctive*) de águas subterrâneas e de superfície, bem como de gerenciamento integrado (*integrated water management*) de recursos hídricos com a gestão de outros recursos relacionados (gestão do solo, gestão urbana, gestão de zonas costeiras etc.).

Viu-se que o *Bellagio Draft Treaty*, inspirado em trabalhos para regular as relações entre México e EUA, é um esboço de normas bem intencionado. Do estabelecimento de uma comissão para gerenciamento das águas à determinação de estabelecimento de padrões de qualidade e quantidade compatíveis com a “sobrevivência” do aquífero, o esboço de artigos representa um conjunto avançado, uma forma progressiva de se pensar as relações entre os Estados e entre estes e o aquífero. Mas nunca foi adotado concretamente.

A Comissão de Direito Internacional debruçou-se sobre o tema das águas subterrâneas inicialmente comparando-as com reservas de gás e petróleo, ou seja, de recursos naturais subterrâneos com a característica da fluidez. Não levou muito tempo para que os trabalhos sobre “recursos naturais compartilhados” (*shared natural resources*) fossem reduzidos à questão da água doce.

No entanto, o resultado final dos trabalhos da CDI não é inovador, como se poderia esperar de um estudo concluído no ano de 2008, com todas as urgências ambientais que se apresentam. A resolução adotada pela Assembleia Geral aprovou um texto por demais genérico que muito pouco inova, em relação à Convenção de Nova York de 1997.

A primeira ressalva que deve ser feita diz respeito à soberania estatal. Ora, a soberania dos Estados está mais do que garantida na medida em que eles já exploram descuidadamente águas subterrâneas cujas reais condições não foram sequer estudadas. O exercício da soberania estatal é cotidiano, voraz e por vezes irrefletido. O Direito Internacional deveria se encarregar de estabelecer as condições em que o exercício das soberanias dos Estados pode ser compatível com a preservação das águas subterrâneas e dos ecossistemas que delas dependem. Mas a noção de fluxos sistêmicos de águas subterrâneas não foi a adotada no escopo dos artigos sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços.

Há menções à obrigação de não causar danos e à obrigação de utilização das águas subterrâneas de forma equitativa e razoável. No entanto, a utilização equitativa e razoável continua sendo um conceito vago, cujo conteúdo só pode ser estabelecido num determinado caso concreto. Além disso, a utilização equitativa e razoável se dá por parte de um Estado em relação a outro Estado, também interessado, mas não em relação às águas. O mesmo pode-se dizer da "proibição" de causar danos significativos: os danos significativos são mais afeitos a outro Estado onde ocorre o aquífero do que ao aquífero em si, já que não há sequer definição de poluição, tampouco menção à "contaminação". A previsão de responsabilidade estatal é excessivamente tímida.

Há uma série de considerações sobre um dever genérico de cooperar e trocar informações, sempre baseando-se na boa-fé e permitindo a exclusão de informações relativas à segurança e defesa nacional. Ora, todos os aspectos da água são afeitos à segurança e à defesa nacional. Não foram poucas as ocasiões em que a água em si foi utilizada como instrumento de guerra (como o envenenamento de poços) ou em que as instalações de água foram atacadas diretamente.

É preciso lembrar que as normas propostas pela CDI, contidas na Resolução n. 63/124 da Assembleia Geral das Nações Unidas, não constituem obrigações vinculantes para os Estados. Não foi sequer adotada a forma de convenção, que pudesse ser submetida à assinatura dos representantes dos Estados. Houve apenas a sugestão de que os Estados adotassem as normas contidas nos artigos nas suas relações bilaterais e regionais e que a Assembleia Geral estude a possibilidade de adoção de uma convenção. A abordagem "*step by*

step" significa, simplesmente, recomendação e recomendação. Tudo isso está muito longe de produzir efeitos vinculantes nas práticas dos Estados nas relações internacionais.

O Direito dos Aquíferos Transfronteiriços não vai além do *wishful thinking*, de uma suave incitação aos Estados para que comecem a considerar a existência de padrões outros que não os vigentes nas relações com outros Estados no que digam respeito aos recursos hídricos. No caso das águas subterrâneas é ainda mais evidente do que nas águas de superfície que o Direito Internacional é fraco, sem efetividade ou praticamente inexistente. Essa análise não parece que pode ser alterada a curto prazo, a despeito dos alertas incessantes de relatórios das Nações Unidas e dos apelos interessados de fóruns mundiais da água.

4. AQUÍFERO GUARANI: EM BUSCA DE UM ESTATUTO JURÍDICO

No início da década de 1990 se descobriu o que se acreditou ser a maior reserva de água subterrânea do mundo, com potencial para abastecer a população brasileira por 2500 anos. O aquífero Guarani – que recebeu este nome em homenagem aos índios que tradicionalmente habitavam a região[192] – era considerado um mar de água doce embaixo da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai (GIRARDI, 2008, p. H8).

Daquela época até hoje os significados do aquífero se multiplicaram e ele passou a ser o foco da atenção de uma diversidade de agentes econômicos, políticos e sociais, habitantes ou não do Cone Sul. A construção simbólica do Aquífero Guarani tem origem numa iniciativa de pesquisadores de universidades públicas[193], amadurecida em 1997 com a Declaração de Paissandu, por meio da qual se sugeriu que mecanismos de coordenação entre os países do Mercosul fossem criados, especificamente para investigação das condições reais do aquífero e para propositura de um marco regulatório comum de gestão (TAKS, 2009, p. 9).

A partir disso, o Guarani passou a ter uma conotação política de integração regional e eventuais questionamentos sobre soberania, sem que perguntas relevantes fossem feitas a respeito da extensão do aquífero, da continuidade da formação geológica por baixo das fronteiras e da movimentação das águas no subsolo. Para buscar respostas para esses questionamentos, as universidades geraram um projeto e buscaram apoio oficial, negado pelos Estados, sob pretexto de que não tinham recursos para fomentar os estudos e criar um espaço institucionalizado para intercâmbio de informações e de opiniões.

Neste contexto, apareceu o Banco Mundial que, por meio do Fundo global para o meio ambiente (*Global Environmental Fund* - GEF) e da coordenação da Organização dos Estados Americanos (OEA), passou a financiar as pesquisas. As metas deixaram de ser o melhor conhecimento das águas subterrâneas e da formação geológica do aquífero e passaram a incluir a gestão compartilhada dos recursos hídricos. Foi assim, em suma, que o aquífero

[192] O nome Aquífero Guarani foi sugerido pelo geólogo uruguaio Danilo Anton em 1994 e aprovado em uma reunião em Curitiba em maio de 1996. O propósito – além de prestar homenagem ao povo indígena - era de unificar a nomenclatura das formações geológicas que formam o aquífero, que recebem diferentes denominações em cada um dos países do Mercosul (Pirambóia /Botucatu no Brasil; Missiones no Paraguai; Tacuarembó na Argentina e Buena Vista/Tacuarembó no Uruguai) (ROSINHA, 2009, p. 39).

[193] O estudo do aquífero foi de iniciativa das seguintes universidades: Universidade Federal do Paraná, *Universidad de la Republica* (Uruguay) e *Universidad de Buenos Aires* (Argentina). A estas se juntaram *Universidad Del Litoral* (Argentina) e *Universidad Nacional de Asunción* (Paraguai). Estas instituições desenvolveram atividades conjuntas a partir do "Curso de gestão e proteção de aquíferos", um curso itinerante, que se realizou na UFPR e posteriormente no Paraguai e no Uruguai. O resultado foi o seminário que se realizou em 1997 chamado "Seminário sobre o aquífero gigante do Mercosul" (MONTAÑO, 2009, p. 51).

Guarani tornou-se um mapa, com visibilidade mundial (TAKS, 2009, p. 10).

Além dos trabalhos no âmbito do Projeto Aquífero Guarani (PSAG), financiado pelo GEF e coordenado pela OEA, houve também interesse de levar a questão para o âmbito do Mercosul. Em julho de 2004 formou-se o "Grupo *Ad Hoc* de Alto Nível" no Mercosul com objetivo de estudar as possibilidades de um acordo marco sobre a gestão do aquífero. O projeto de acordo elaborado pelo "Grupo *Ad Hoc* de Alto Nível" foi entregue ao Conselho do Mercado Comum em dezembro de 2004. Em outubro daquele mesmo ano, reuniram-se em Foz do Iguaçu representantes dos parlamentos nacionais e ativistas de movimentos sócio-ambientalistas. O resultado foi a Carta de Foz do Iguaçu, um documento repleto de críticas à falta de transparência do projeto PSAG (TAKS, 2009, p. 11).

Em 2009, o PSAG foi concluído, mas as possibilidades de acordo entre os quatro Estados interessados para uma gestão conjunta ainda eram uma incógnita. Vinte anos depois da sua descoberta, o aquífero Guarani deixou de ser uma imensa piscina subterrânea, homogênea e contínua. Nem por isso muito foi feito pela sua preservação. A cidade de Ribeirão Preto, no Estado de São Paulo, capta no Guarani 100% de toda a água que consome. Mas com tanta fartura o consumo é exagerado e o desperdício e furto de água (por meio de poços clandestinos e de fraudes em hidrômetros) continuam incalculáveis (HENRIQUE, 2008, p. H8).

Somente em agosto de 2010, os Estados do Mercosul lograram concluir um acordo a respeito do Guarani, no qual evidencia-se como principal preocupação a afirmação da soberania dos Estados argentino, brasileiro, paraguaio e uruguaio.

O presente capítulo objetiva apresentar os aspectos relevantes da história política do aquífero Guarani: os estudos e suas conclusões a respeito das qualidades físicas do aquífero – na medida em que interessam ao Direito - e a tentativa de se estabelecer um marco regulatório, no âmbito do Mercosul, para disciplinar a exploração e a gestão e a análise dos resultados obtidos. O Acordo sobre o aquífero Guarani, assinado em 2 de agosto de 2010, será analisado e seus dispositivos serão comparados com aquelas da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços (Res/AG n. 63/124 de 2009).

Para melhor compreensão da dificuldade de se regular o uso e a preservação de águas subterrâneas transfronteiriças, serão apontadas as normas brasileiras que compõem a regulação dos recursos hídricos, com foco nas águas subterrâneas. Em primeiro lugar, a repartição constitucional de competências já se apresenta de forma complexa. A Lei n. 9433/1997, da Política Nacional de Recursos Hídricos, embora preveja a integração do

gerenciamento das águas superficiais e subterrâneas, faz pouca menção a estas. Será objeto de análise, ainda, a contraditória regulação específica para as águas minerais e águas potáveis de mesa, cuja constitucionalidade enseja críticas.

4.1. O que é o Aquifero Guarani?

De forma estritamente técnica, Aldo Rebouças definiu o aquífero Guarani, em 1999, como

> o sistema hidroestratigráfico Mesozóico, constituído por depósitos de origem fluviolacustre/eólicos do Triássico (formações Pirambóia e Rosário do Sul no Brasil, Buena Vista no Uruguai) e por depósitos de origem eólica do Jurássico (Formações Botucatu no Brasil, Misiones no Paraguai e Tacuarembó no Uruguai e na Argentina). Sua área de ocorrência, de 1.195.200 km2, extrapola a porção brasileira da Bacia do Paraná com mais de 839.800 km2 (MS = 213.000 km2, RS= 157.600 km2, SP= 155.800 km2, PR= 131.300 km2, GO=55.000 km2, MG= 51.300, SC= 49.200 km2 e MT= 26.400 km2) e estende-se na direção do Paraguai (71.700 km2), Argentina (225.300 km2) e Uruguai (58.400 km2). O aquífero é confinado pelos basaltos da Formação Serra Geral (Cretáceo) e por sedimentos permo-triássicos de baixa permeabilidade. As reservas de água subterrânea da parte brasileira desse sistema aquífero são estimadas em 48.000 km3, sendo as recargas naturais nos 118.000 km2 de afloramento da ordem de 26km3/ano, enquanto as recargas indiretas induzidas pelos potenciais hidráulicas superiores das águas acumuladas nos basaltos e sedimentos do Grupo Bauru/Caiuá, da ordem de 140 km3/ano, ou seja, um total de 166 km3/ano. O tempo de renovação de suas águas é de 300 anos, contra 20 mil anos da Grande Bacia Artesiana da Austrália, por exemplo. As águas são de excelente qualidade para consumo doméstico, industrial e irrigação e, em função das temperaturas serem superiores a 30^{o} C em todo o domínio confinado, vêm sendo muito utilizadas para desenvolvimento de balneários. Sobre cerca de 70& da área de ocorrência, onde as cotas topográficas são inferiores aos 500m, há possibilidade de os poços serem jorrantes. O extrativismo é dominante e o desperdício é flagrante, exigindo medidas urgentes, nos planos nacional e internacional (Rebouças, 1976 e 1994). (REBOUÇAS, 1999, p. 135).

Uma das controvérsias que mais animaram os cientistas era relativa à distribuição do aquífero. Atualmente admite-se que, por estar confinado entre rochas vulcânicas, sem porosidade, o aquífero não é um corpo poroso contínuo no qual ocorre água. Ele está entrecortado por rochas intrusivas que o fracionam. Por conta disso é chamado Sistema Aquífero Guarani, composto por uma série de corpos d'água subterrânea que podem estar isolados ou não. Além disso, não se sabia se havia comunicação entre estes corpos de água

subterrânea, ou seja, se devem ser pensados como um conjunto que dispõe de água transferindo-a internamente (RIBEIRO, 2008b, p. 229). Trata-se de se saber, por exemplo, se uma fonte de contaminação em território brasileiro pode produzir efeitos danosos para a água que é extraída a partir do território argentino. Estes aspectos hidrogeológicos do aquífero precisavam ser estudados para que se pudesse estabelecer política e juridicamente regras sobre o uso e a conservação do aquífero. Com estes objetivos, foi proposto e executado o Projeto Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável do Aquífero Guarani – PSAG.

4.2. O Projeto Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani - PSAG

O projeto "Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani" – ou, simplesmente, Projeto Sistema Aquifero Guarani - PSAG - surgiu da iniciativa de universidades públicas que buscavam conhecer melhor o aquífero. A proposta de projeto acabou sendo financiada pelo Banco Mundial, por intermédio do Fundo Mundial para o Meio Ambiente (*Global Environmental Fund - GEF*), com contrapartida dos governos dos quatro países interessados, sob a coordenação da Organização dos Estados Americanos - OEA. Da fase de concepção do projeto até a sua execução foram várias etapas com diferentes objetivos, coordenação e fontes de financiamento. Todas as informações aqui comentadas foram obtidas no sitio da rede internet do Ministério do Meio Ambiente[194], no sitio da internet do próprio Projeto[195] e no documento final do PSAG, o Plano Estatrégico de Ação (OEA, 2009).

A fase inicial, de concepção, do projeto, compreende o período entre maio de 1999 e maio de 2000, durante o qual foi elaborada sua proposta conceitual. Nesta fase, a coordenação era da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente – SRH/MMA do Brasil. Em janeiro de 2000, foi realizado um seminário sobre o aquífero Guarani na cidade de

[194] O sítio na rede internet da Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano do Ministério do Meio Ambiente – SRH/ MMA mantém informações sobre os três programas que existem no âmbito de águas subterrâneas: o Projeto de Proteção Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani; o Programa Internacional de Gerenciamento de Aquíferos Transfronteiriços das Américas - Américas (*International Shared (Transboudary) Aquifer Resource Management Programme - ISARM*) da UNESCO; e o Programa Nacional de Águas Subterrâneas. É da competência da SRH/MMA coordenar "a elaboração de planos, programas e projetos nacionais, referentes a águas subterrâneas" (conforme art. 23 do Decreto n. 6.101, de 26 de abril de 2007). Disponível em: http://www.mma.gov.br/.

[195] O projeto tem sitio na internet, com informações desatualizadas, em espanhol e em alemão. Disponível em: www.sa-guarani.org.

Foz do Iguaçu, com a participação de representantes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, da OEA e do Banco Mundial.

Da fase inicial, passou-se à fase de preparação que durou de junho de 2000 a dezembro de 2001. O resultado mais importante desta fase foi a elaboração e aprovação do "Documento de Projeto" (*Project Appraisal Document – PAD*), documento básico com a descrição detalhada dos objetivos, indicadores de resultados, componentes[196] e resultados esperados. Nesta etapa de preparação também foi estruturado o arranjo institucional da preparação do projeto: o "Conselho Superior de Preparação do Projeto – CSPP", a "Unidade Nacional de Preparação do Projeto – UNPP/Brasil" e as "Unidades Estaduais de Preparação do Projeto". Nesta fase também foram elaborados o mapa do aquífero, os documentos "Estado atual do conhecimento e propostas para a elaboração e execução do projeto" e a minuta do Plano de Implementação do Projeto – PIP (documento que detalha, por exemplo, como será empregada a doação por componente do projeto e como será disposta a contrapartida dos países). Até então, a coordenação do projeto era da SRH/MMA e os custos eram financiados, na maior parte, pelos próprios países[197].

Da preparação, passou-se para a negociação – entre outubro de 2001 e fevereiro de 2003. A negociação envolveu a celebração de acordos com o Banco Mundial e com a OEA. Em 2002 a coordenação do projeto passou para a Agência Nacional de Águas.

A execução propriamente dita iniciou-se em março de 2003 e durou até janeiro de 2009 – embora a duração inicialmente prevista fosse de 4 anos. O PSAG foi lançado oficialmente em Montevidéu em 23 de maio de 2003. A execução do projeto compreende a elaboração de um "modelo de gestão conjunta para conservação e preservação do aquífero Guarani", a partir dos resultados obtidos em atividades determinadas, os "componentes". A fase de execução tem um arranjo institucional próprio[198].

---

[196] São sete os componentes do projeto: expansão e consolidação da base atual de conhecimento científico e técnico do SAG (I); desenvolvimento e instrumentação conjunta de um marco de gestão (II); participação pública, educação e comunicação (III); monitoramento, avaliação e difusão dos resultados do projeto (IV); desenvolvimento de medidas para a gestão de "áreas criticas", que são as áreas pilotos (V); consideração do potencial para utilização da energia geotérmica "limpa" (VI); coordenação e gestão do projeto (VII).

[197] O custo total da fase de preparação do projeto foi de 1,9 milhão de dólares, sendo que 1,36 milhão foi arcado pelos países e 540 mil dólares pelo GEF. Não há informação a respeito do montante gasto na fase inicial do projeto, apenas que "os recursos utilizados foram provenientes dos países e dos organismos participantes".

[198] O Conselho Superior de Direção do Projeto – CSDP era o organismo máximo, com representantes de cada um dos países. A Secretaria – Geral tinha sede em Montevidéu, tinha função de coordenação, podendo contratar serviços de consultoria e devendo elaborar a proposta de modelo de gestão coordenação regional. A Coordenação Nacional – CN/BR coordenava a Unidade Nacional de Execução do Projeto – UNEP/BR e as Unidades Estaduais do Projeto – UEEPs eram unidades estruturas em cada um dos Estados brasileiros de ocorrência do aquífero. Além disso, havia as Unidades Nacionais de Execução do Projeto e as Coordenações Nacionais de Argentina, Paraguai e Uruguai.

O custo total da execução do projeto foi de 26,756 milhões de dólares[199], sendo que deste total 13,400 milhões de dólares foram pagos pelo GEF. Os quatro países envolvidos (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) arcaram com 12 milhões de dólares. Outros 1,368 milhão de dólares vieram de doações da AIEA (Agência Internacional de Energia Atômica), BGR (*Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe*[200]), BNWPP (*Bank Netherlands Water Partnership Program*[201]).

Uma das atividades do PSAG foi a de identificação e desenvolvimento de medidas para gestão de áreas criticas, que são as áreas onde foram desenvolvidos "projetos pilotos", conforme o componente V do Projeto. São quatro os projetos pilotos: Ribeirão Preto, no Brasil; Itapúa, no Paraguai; Rivera e Santana do Livramento, cidades da fronteira entre Uruguai e Brasil; e Concórdia e Salto, cidades da fronteira entre Argentina e Paraguai. Segundo as informações do sitio na internet do PSAG, o objetivo dos projetos piloto era gerar experiências concretas de gestão no aquífero em áreas em que existem potenciais conflitos, realizando-se estudos e propondo ferramentas de gestão.

No caso de Ribeirão Preto, a problemática se refere ao fato de que as águas do aquífero constituem a principal fonte de abastecimento da cidade. Itapúa, no Paraguai, está localizada em uma zona de recarga do aquífero, onde há atividade agrícola; a região de Concórdia e Salto tem grande fluxo de turismo, com potenciais conflitos pela exploração de águas termais; e a região de Rivera e Santana do Livramento também é zona de recarga do aquífero, com ameaça de contaminação. O resultado dos projetos pilotos foi o desenvolvimento de ferramentas que podem ser replicadas em outros lugares críticos onde ocorre o SAG[202]. O mapa a seguir (figura 3) ilustra a posição das áreas críticas objeto dos projetos piloto, dentro da zona de ocorrência do SAG:

---

[199] Embora o Ministério do Meio Ambiente informe que o custo total da execução do PSAG foi de 26,756 milhões de dólares, a soma dos pagamentos feitos pelo GEF (13,400 milhões de dólares), pelos países (12 milhões de dólares) e as doações (1,368 milhão de dólares) totaliza 26,768 milhões de dólares.

[200] O BGR é o instituto federal alemão para geociências e recursos naturais, subordinado ao Ministério alemão de economia e tecnologia.

[201] Trata-se do Fundo de Cooperação do Governo do Reino dos Países Baixos e do Banco Mundial, uma parceria entre o Banco Mundial e o Ministério holandês de Relações Exteriores que financia projetos para promoção do gerenciamento integrado de recursos hídricos (OEA, 2009, p. 54).

[202] No original: "*El objetivo de los proyectos pilotos es generar experiencias concretas de gestión en el SAG, en áreas donde existan conflictos potenciales. Para ello se definieron cuatro áreas, dos de ellas transfronterizas, todas con distintas problemáticas. Se realizarán a escala local los estudios previstos a nivel regional y se propondrán herramientas de gestión que serán probadas durante el desarrollo de los Proyectos Piloto. Los Proyectos Pilotos y sus problemáticas son: (a) Riberão Preto (Brasil): la fuente de abastecimiento de esta ciudad es el agua del SAG, por lo que este proyecto representa una experiencia concreta ya en desarrollo para la gestión del recurso; (b) Itapúa (Paraguay): es una zona de recarga con explotación agrícola donde se necesita conocer la interacción del suelo con el acuífero de manera a protegerlo; los transfronterizos (c) Concordia (Argentina)/Salto (Uruguay): se destaca como una zona de gran desarrollo turístico con potenciales conflictos por la explotación de aguas termales; (d) Rivera (Uruguay)/Santana do Livramento (Brasil): es un*

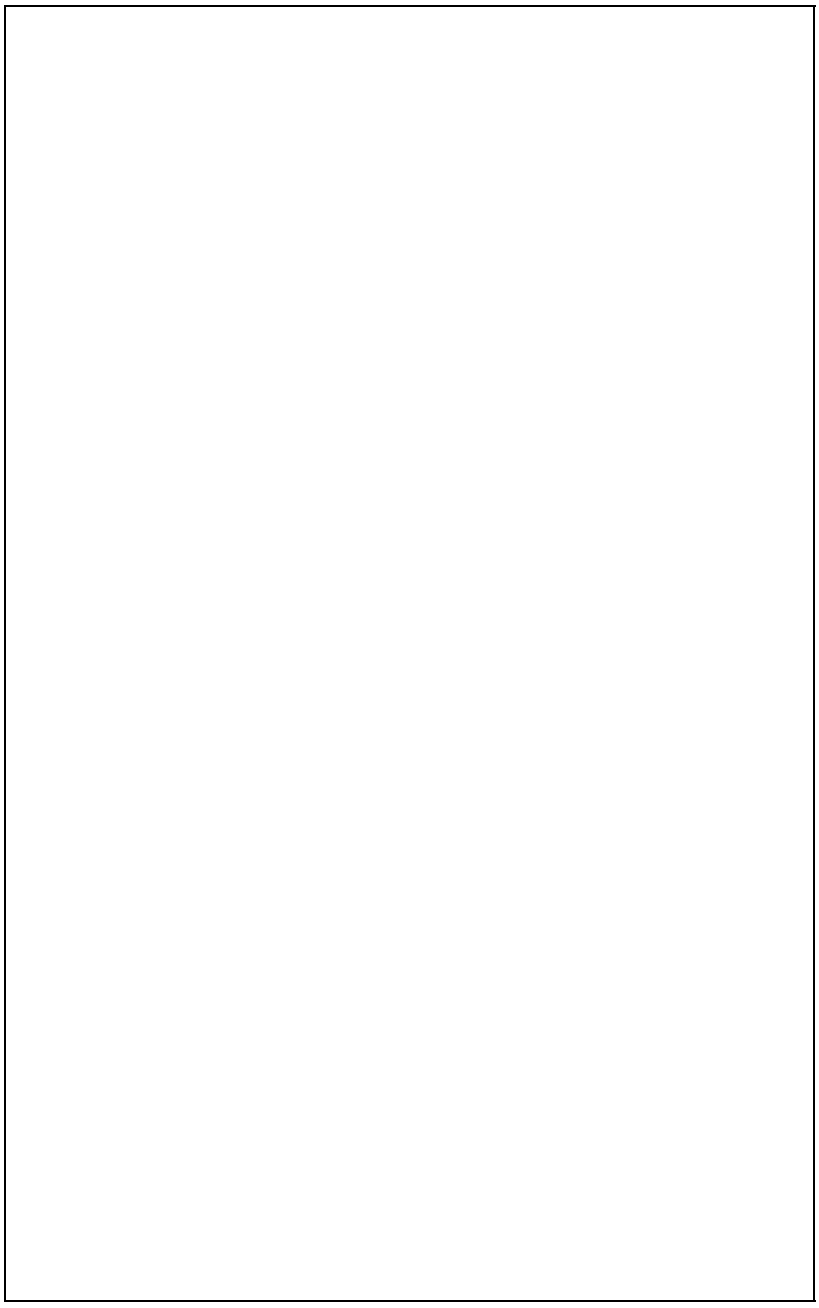


Figura n. 3: áreas piloto do PSAG. Fonte: OEA, 2009, p. 345

Além de chamar a atenção do público para a existência do aquífero Guarani, o PSAG teve resultados específicos que podem ser mencionados. Primeiramente, houve avanço na produção de conhecimento técnico: foram elaborados manuais de procedimentos, foram elaborados mapas geológicos e hidrogeológicos do aquífero, foi criado um banco de dados sobre poços tubulares e uma rede de monitoramento dos poços, foram construídos modelos

área de recarga del acuífero, que se encuentra a escasa profundidad y con concentración de usos y actividades que representan amenazas de contaminación del recurso. Los proyectos pilotos resultarán en aplicaciones, procedimientos, metodologías e instrumentos legales y fiscales diseñados y probados para lograr los objetivos del proyecto, que podrán luego ser replicados en otras partes de la región del SAG o en otros lugares donde puedan ocurrir amenazas similares" (SISTEMA ACUÍFERO GUARANI, 2010).

conceituais e matemáticos de fluxo regional e local de águas subterrâneas, foi implementado um Sistema de Informação do Aquífero Guarani (SISAG). Consta também que o PSAG favoreceu o desenvolvimento de regulação sobre águas subterrâneas que abrigam o aquífero, segundo o PEA, e criou um espaço para cooperação e troca de informação entre os países. Foi elaborada uma Análise de Diagnóstico Transfronteiriço – ADT e foi criado o Fundo Guarani das Universidades, que apóia pesquisas e capacitação em universidades da região (OEA, 2009, p. 34-37).

Segundo Luciana de Souza (2008, p. 58):

> Os instrumentos de gerenciamento e a estrutura de cooperação especificamente desenvolvidos buscaram convergir no fortalecimento da gestão do aquífero pelos países envolvidos. Os principais instrumentos que foram implementados com a participação de especialistas técnicos da região e a serem desenvolvidos pelos países são: o Sistema de Informação georreferenciada do Aquífero Guarani (SISAG), a Rede de Monitoramento e modelagem matemática (M&MM), em locais específicos (Projetos Pilotos) e em escala regional; o Grupo de Fomento a Gestão Local (GrGL); e a Capacitação e difusão do conhecimento técnico (CDC). A estrutura de cooperação estabelecida está baseada no funcionamento de Unidades Nacionais de Gestão nos países (e estaduais nos países federalistas) e de um Conselho Regional de Cooperação, conformado pelas instituições de recursos hídricos, meio ambiente e relações exteriores. O conjunto das ações prioritárias definidas e a estrutura de cooperação acordada estão detalhadas no Programa Estratégico de Ação (PEA).

O Plano Estratégico de Ação - PEA, um dos resultados do PSAG, é um documento síntese, com as informações sobre a execução do PSAG e com um planejamento de ações estratégicas de curto e longo prazo para Argentina, Brasil, Paraguai e o Uruguai. O PEA objetiva, a longo prazo, implantar a "gestão coordenada e sustentável das águas subterrâneas do SAG, reconhecendo e respeitando as soberanias nacionais sobre o recurso" (OEA, 2009, p. 28).

Como um instrumento de planejamento, o PEA propõe a cooperação por meio da adoção de estratégias conjuntas e de intercâmbio de informações. Mas o documento reconhece que a gestão dos recursos do Guarani é algo da competência da Argentina, do Brasil, Paraguai e Uruguai, utilizando, mais de uma vez, o termo "soberania". O PEA "respeita a gestão do recurso como responsabilidade de cada um dos países e das jurisdições definidas pelo ordenamento constitucional de cada um" (OEA, 2009, p. 28). Vale citar:

> Partiu-se do princípio de que o SAG, como as águas subterrâneas em geral, pertence e está sob a soberania dos países que o abrigam e que são responsáveis por sua gestão em seu próprio território. Também foi reconhecida a necessidade de coordenação e cooperação regional, indispensáveis na implementação de ações estratégicas regionais ou

> nacionais, independentemente de as águas serem ou não transfronteiriças (OEA, 2009, p. 28-29).

No PEA constam importantes informações sobre as características do aquífero e das águas subterrâneas. O Guarani é definido pelo PAE como um "extenso conjunto de estratos rochosos (formações geológicas) com características aquíferas, que formam um vasto reservatório subterrâneo de água". A sua área é de 1.087.879 km^2 (um pouco menor do que se acreditava inicialmente). Confirmou-se que está presente com continuidade nos territórios dos quatro Estados do Mercosul. 20,98% do aquífero está localizado no subsolo da Argentina, 61,65% está sob o território brasileiro, 8,05% está sob território paraguaio e 3,32% está sob o território do Uruguai (OEA, 2009, p, 31).

Apesar da continuidade da formação geológica, as águas apresentam heterogeneidades, pois suas características variam de região para região, com diferenças químicas, hidráulicas, de temperatura e de acessibilidade. As águas são renováveis, mas circulam de forma lenta e dificultada por barreiras hidráulicas e compartimentos naturais que condicionam o fluxo subterrâneo. O PEA conclui que de forma geral a qualidade das águas é boa, e casos de contaminação e poluição não são comuns. Os casos de contaminação constatados têm origem em falhas na construção de poços ou nas áreas de afloramento, de maior vulnerabilidade. Além disso, o projeto detectou processos de mudança no uso do solo que representam risco de contaminação, tais como desmatamento, cultivo de florestas, uso de técnicas agrícolas de alto consumo de água, uso intensivo e manejo inadequado de insumos agroquímicos e intenso aproveitamento termal (OEA, 2009, p. 30-31).

As informações produzidas no âmbito do PSAG e consolidadas no PEA são resultado de trabalhos técnicos diversos: produzidos por universidades, por consultores individuais, por analistas da AIEA e da BGR. Os relatórios técnicos foram elaborados pela empresa TECSULT, pelo Consórcio Guarani (integrado pelas Tahal Consulting Engineers Ltd., Seinco S.R.L., Hidroestructuras S.A., Hidrocontrol S.A. e Hidroambiente S.A) e pela empresa SNC Lavalin (uma empresa canadense que, por sua vez, assinou contratos com as empresas terceirizadas Proinsa, Geodatos, LCV, PyT e DH Perfurações Ltda. do Brasil) (OEA, 2009, p. 109).

Segundo as pesquisas do PSAG, nos quatro países onde ocorre o aquífero há base jurídica e institucional para desenvolver uma gestão das águas do SAG, no entanto,

> existe um descompasso entre o ordenamento jurídico e a aplicação das normas. De forma geral, observa-se que os países desenvolveram estruturas normativas abrangentes, seguindo tendências regionais e internacionais. Todos incorporaram princípios e instrumentos adequados às necessidades de

> gestão e proteção das águas subterrâneas. Entretanto, salvo casos pontuais, não se traduziram em avanços efetivos e concretos. A efetiva aplicação dos instrumentos normativos de gestão requer alocação de recursos financeiros, humanos e logísticos, em geral escassos ou inexistentes (OEA, 2009, p. 31).

Em outras palavras, no âmbito do projeto sobre o aquífero Guarani constatou-se que os países envolvidos têm conhecimento de quais devem ser os métodos, práticas e instrumentos para uma boa gestão da água doce. Os princípios e regras sobre como fazer um bom gerenciamento foram incorporados aos ordenamentos jurídicos dos Estados, mas falta aplicar as leis.

O PSAG pretende que o Plano Estratégico de Ação - PEA seja colocado em prática[203]. Em Montevidéu, aproveitando a estrutura física deixada pelo PSAG, fica estabelecida uma Unidade de Articulação do Sistema Aquífero Guarani com o objetivo de coordenar a implementação do PEA. Mas cada Estado que abriga o Guarani fica encarregado de apoiar a execução de um dos instrumentos criados pelo projeto: o sistema de informação fica a cargo da Argentina, o comitê de monitoramento e modelação fica a cargo do Brasil, o comitê de capacitação e difusão fica a cargo do Paraguai e o funcionamento do escritório de articulação fica a cargo do Uruguai (OEA, 2009, p. 45).

A implementação do plano deve se dar em duas etapas, uma chamada de etapa de implementação imediata com duração de 12 meses e uma etapa de implementação futura, que prevê o aprofundamento da cooperação regional. O custo da implementação imediata do PEA é previsto em 180 milhões de dólares, segundo o PEA, devendo ser arcado paritariamente por Argentina e Brasil (OEA, 2009, p. 45-46). Observa-se que o custo para implantação das estratégias de ação é seis vezes maior do que o custo total do PSAG (que foi de 26,756 milhões de dólares).

---

[203] Conforme consta no documento PEA (OEA, 2009, p. 41-42): "Com o objetivo de não perder a capacidade gerada e aproveitar as lições aprendidas no PSAG nesse momento em que surge nas agendas públicas e nas expectativas sociais a necessidade de uma gestão sustentável das águas subterrâneas, uma das premissas fundamentais do PEA é assegurar a continuidade e a incorporação, por parte dos países, dos principais instrumentos de gestão desenvolvidos pelo PSAG. Em escala regional, o PEA propõe a continuidade do Sistema de Informação do Aquífero Guarani (SISAG) e da rede de monitoramento. Recomenda a constante atualização do mapa-base do aquífero e dos modelos matemáticos criados, assim como a realização de atividades de capacitação (principalmente subnacionais e locais) e a difusão do conhecimento técnico produzido pelo PSAG. O período de assimilação dos resultados alcançados e de manutenção da atual dinâmica regional é de curto e médio prazo e foi identificado como o marco de implementação imediata do PEA. Trata-se de um período de transição, cujo objetivo é manter o grau de articulação e coordenação que os países desenvolveram até hoje no PSAG. Ao final da transição, os países poderão negociar suas ações regionais futuras de médio e longo prazo. A transição da etapa imediata para a etapa futura não ocorrerá abruptamente. Ela estará condicionada à capacidade dos países de gerar recursos técnicos e financeiros que permitam levar adiante as tarefas nacionais e regionais concebidas no PEA".

A cooperação entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai foi apontada várias vezes, nas páginas do PEA, como um elemento essencial para se atingir uma boa gestão dos recursos hídricos do Guarani. Na sequência, relata-se como a cooperação entre os países se desenvolveu no âmbito institucionalizado, do Mercosul.

4.3. O aquífero Guarani e a cooperação no âmbito do Mercosul

O Mercosul é a organização de integração econômica que reúne Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai com objetivo de constituição de um mercado comum. Ainda que seus objetivos sejam estritamente econômicos, o Mercosul constitui um foro onde vários outros temas políticos são discutidos, inclusive a questão ambiental e a gestão de recursos naturais.

Pode-se recorrer ao Tratado de Assunção, o instrumento fundador da organização, para identificar a menção ao tema meio ambiente. No preâmbulo do tratado consta que a ampliação das dimensões dos mercados nacionais dos Estados-partes do Mercosul depende de vários fatores: "esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis à preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade, equilíbrio" (MERCOSUL, 1991).

A organização passou a se ocupar de forma mais séria da questão ambiental a partir da criação do Subgrupo de Trabalho Meio Ambiente número 6 (denominado SGT 6) vinculado ao Grupo Mercado Comum. No âmbito deste subgrupo elaborou-se um projeto de Acordo Quadro sobre Meio Ambiente no Mercosul, que foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, em de 22 de junho de 2001 (Decisão n. 02/01). O acordo é um documento genérico que formula princípios para a cooperação em matéria ambiental entre os Estados. O seu objeto, conforme artigo 4, é o "desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente, mediante a articulação das dimensões econômicas, sociais e ambientais, contribuindo para uma melhor qualidade do meio ambiente e de vida da população"[204]. Antes mesmo de enunciar o objeto, o acordo propõe princípios: o compromisso dos Estados com os princípios

[204] No original: *"El presente Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población"* (MERCOSUL, 2002, p. 9).

da Declaração do Rio de 1992 (art. 1º) e a análise da possibilidade de aplicação dos princípios da Declaração do Rio que não foram objeto de tratados internacionais (art. 2º). Para alcançar o objetivo do acordo, segundo o art. 3º, os Estados devem orientar-se pela:

> a) promoção da proteção do meio ambiente e do aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis mediante a coordenação de políticas setoriais, sobre as bases da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;
> b) incorporação do componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões no âmbito do Mercosul;
> c) promoção do desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam, de alguma maneira arbitrária ou injustificada, a livre circulação de bens e serviços no âmbito do Mercosul;
> e) promoção de uma efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais;
> f) fomento da internalização dos custos ambientais, através da utilização de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão[205].

Os artigos 5, 6 e 7 do Acordo detalham a cooperação que deve ocorrer entre os Estados em matéria ambiental: os Estados devem cooperar na implementação de acordos internacionais ambientais dos quais sejam partes, estabelecer uma pauta de trabalho conforme temas específicos (conforme o anexo) e devem implementar as seguintes ações: promover o intercâmbio de informações sobre leis, políticas, procedimentos e práticas; incentivar políticas nacionais para otimizar a gestão do meio ambiente; buscar harmonizar as legislações ambientais; identificar fontes de financiamento (para melhorar as capacidades dos Estados); contribuir para que outras instâncias do Mercosul considerem adequada e oportunamente aspectos ambientais pertinentes; promover a adoção de políticas, processos produtivos e serviços não degradantes; incentivar a investigação científica e o desenvolvimento de tecnologias limpas; promover o uso de instrumentos econômicos de apoio para promoção do desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente; estimular a harmonização de diretrizes legais e institucionais para controlar e mitigar impactos ambientais; fornecer

---

[205] No original: *"Art. 3° En sus acciones para alcanzar el objeto de este Acuerdo e implementar sus disposiciones, los Estados Partes deberán orientarse, inter alia, por lo siguiente:*
a) promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;
b) incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del MERCOSUsR, para el fortalecimiento de la integración;
c) promoción del desarrollo sustentable por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del MERCOSUR;
d) tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales;
e) promoción de una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y
f) fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión" (MERCOSUL, 2002, p. 9-10).

informações sobre emergências ambientais que possam afetar outros Estados; promover a educação ambiental; considerar aspectos culturais na tomada de decisões; e desenvolver acordos setoriais sobre temas específicos.

O anexo identifica 4 áreas temáticas que devem informar as pautas de trabalho do Mercosul: gestão de recursos naturais; qualidade de vida e planejamento ambiental; instrumentos de política ambiental; atividades produtivas ambientalmente sustentáveis. O tema recursos hídricos encontra-se diretamente presente no primeiro grupo (subgrupo 1f) e no segundo (subgrupo 2a, saneamento básico e água potável) (RIBEIRO, 2008b, p. 233).

Pode-se observar que o Acordo Quadro sobre Meio Ambiente, embora bem intencionado, depende totalmente de medidas específicas e complementares a serem adotadas conforme a boa vontade dos Estados. Trata-se de um documento genérico que repete incansavelmente as receitas da promoção do "desenvolvimento sustentável", da "otimização do aproveitamento de recursos naturais" e da "participação da sociedade civil", ao ponto de torná-las vazias, mas não tão vazias que não se enquadrem nos limites das boas práticas do comércio internacional, ou seja, na medida em que não impeçam a liberalização do fluxo de mercadorias. Os deveres genéricos de harmonização de regras, procedimentos e instrumentos relativos às questões ambientais não produziram até o momento qualquer efeito, haja vista a controvérsia entre Argentina e Uruguai a respeito das *papeleras*. A "participação da sociedade civil" está entre os princípios e somente entre os princípios, já que a efetiva participação da sociedade não é de fato desejada nem na gestão dos problemas ambientais, tampouco no processo de integração regional. Aliás, é a partir das críticas de universitários já trabalhando nos desafios do aquífero, mas esquecidos pelos coordenadores do projeto, que se verificou o primeiro déficit participativo do PSAG.

Por outro lado, não se pode negar o mérito do Acordo de incluir as discussões sobre questões ambientais na pauta do bloco, efetivamente, ao impor a divisão dos temas e a adoção de trabalhos específicos – algo que na prática já estava ocorrendo.

Em 1992, o Grupo Mercado Comum Resolução n. 22, criando uma Reunião Especializada de Meio Ambiente (REMA), com o objetivo de analisar a legislação vigente nos Estados Partes e propor ações para serem empreendidas em diversas áreas com o propósito de proteger o meio ambiente, por meio de recomendações ao Grupo Mercado Comum (art. 1º). Este grupo (Rema) evoluiu para o Subgrupo de Trabalho n. 6 (SGT-6). Este subgrupo é o responsável técnico dentro do Mercosul para debater as questões ambientais (ROSINHA, 2009, p. 44-45).

Em 2004, o Conselho Mercado Comum por meio da Decisão de n. 25 criou o "Grupo

Ad Hoc de Alto Nível Aquífero Guarani" (art. 1º), com o propósito de "elaborar um projeto de Acordo dos Estados Partes do Mercosul relativo ao Aquífero Guarani, que consagre os princípios e critérios que melhor garantam seus direitos sobre o recurso águas subterrâneas, como Estados e na sub-região". Diz o art. 2º, ainda, que o referido acordo "poderá também incluir as condições e formas de gestão e monitoramento do Aquífero Guarani", ou seja, a gestão e conservação das águas do aquífero estão entre as metas, mas não são a principal preocupação dos Estados do Mercosul. Naquele mesmo ano, o Grupo *Ad Hoc* concluiu a sua missão e na XXVII reunião do Conselho Mercado Comum, realizada em 16 de dezembro de 2004, o Conselho tomou nota do projeto de acordo e anunciou que convocaria uma conferência para a sua conclusão antes de maio de 2005 (Decisão CMC n. 48/2004).

A conferência para conclusão de um acordo sobre o Guarani demorou, pois as negociações foram interrompidas pela crise entre Argentina e Uruguai por conta da *papeleras* (ROSINHA, 2009, p. 44-45). Houve quem argumentasse que um acordo era dispensável:

> A ausência de regulamentação regional para a gestão compartilhada dos recursos hídricos subterrâneos não deve ser considerada uma dificuldade. Ela pode ser superada por meio do dialogo entre as partes. [...] Buscar construir novas formas institucionais específicas para a gestão do Aquífero Guarani pode se mostrar pouco eficaz e demorado, ainda mais por se tratar de países sem tradição de gestão compartilhada de recursos naturais. Ressaltar e valorizar os meios já existentes, resultado de inúmeras reuniões e de um grande esforço multilateral, não implica reconhecer que eles são suficientes para levar a bom termo o uso de recursos hídricos subterrâneos. Mas eles devem ser o ponto de partida para avançar para o entendimento e congraçamento entre os países que detêm os estoques subterrâneos estratégicos que o Sistema Aquífero Guarani representa (RIBEIRO, 2008b, p. 236).

Somente em agosto de 2010, na cúpula do Mercosul realizada em San Juan foi firmado um acordo intitulado "Acordo sobre o Aquífero Guarani", constituído de 22 artigos que serão analisados a seguir.

4.4. O Acordo sobre o Aquífero Guarani (2010)

O acordo elaborado a partir de 2004 e firmado em 2010 segue a linha do propósito da criação do Grupo *Ad Hoc*, qual seja, o de garantir os direitos dos Estados sobre as águas subterrâneas. Isto é feito com a afirmação explícita do princípio da soberania estatal. Dos 22 artigos que compõem o Acordo, os três primeiros são dedicados a esta premissa. Se o segundo

motivo para criação de um Grupo *Ad Hoc* para estudo, elaboração e proposição de um acordo era a gestão e monitoramento do aquífero, isto, de fato, ficou em segundo plano.

No preâmbulo, o Acordo menciona, entre outros documentos, as Declarações da Assembléia Geral da ONU relativas à soberania permanente sobre recursos naturais e sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços e as Declarações das Conferências de Estocolmo de 1972 e do Rio de Janeiro de 1992. Desejosos de "ampliar os níveis de cooperação para um maior conhecimento científico sobre o Sistema Aquífero Guarani e a gestão responsável de seus recursos hídricos", os Estados acordam, primeiramente, que o Sistema Aquífero Guarani é um "recurso hídrico transfronteiriço que integra o domínio territorial soberano" dos Estados do Mercosul, que são "únicos titulares desse recurso". Vale citar os artigos 2 e 3 que reafirmam a mesma ideia:

> Art. 2. Cada Parte exerce o domínio territorial soberano sobre suas respectivas porções do Sistema Aquífero Guarani, de acordo com suas disposições constitucionais e legais e de conformidade com as normas de direito internacional aplicáveis.
> Art. 3. As Partes exercem em seus respectivos territórios o direito soberano de promover a gestão, o monitoramento e o aproveitamento sustentável dos recursos hídricos do Sistema Aquífero Guarani, e utilizarão esses recursos com base em critérios de uso racional e sustentável e respeitando a obrigação de não causar prejuízo sensível às demais Partes nem ao meio ambiente.

Observe-se que o tratado não propõe uma definição clara sobre aquífero, de maneira que o "domínio territorial soberano" possa fazer algum sentido, prática e juridicamente. Enquanto a Declaração sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços da Assembléia Geral da ONU define um aquífero como a formação geológica que contém água, no âmbito do Mercosul esta saída retórica não foi encontrada. Dizer que o Sistema Aquífero Guarani é um "recurso hídrico transfronteiriço" impõe incorrer em contradição com a segunda parte da definição, a de um recurso que integra o "domínio territorial soberano". Como os recursos hídricos são fluidos, assim como o gás natural e o petróleo - algo de que a Comissão de Direito Internacional se deu conta há muito tempo – não faz sentido que integre o domínio territorial soberano de quatro países. Assim, esta definição só pode ter o objetivo político de afirmar poder (soberano) e, possivelmente, de chancelar qualquer prática (chamada de "aproveitamento") que se tenha em relação às águas[206].

É exatamente este o resultado mais importante da conclusão do Acordo, segundo o

[206] Mesmo o texto da Resolução n. 15, de 11 de janeiro de 2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, define aquífero como "corpo hidrogeológico com capacidade de acumular e transmitir água através dos seus poros, fissuras ou espaços resultantes da dissolução e carreamento de materiais rochosos" (art. 1º, III) e águas subterrâneas como "as águas que ocorrem naturalmente ou artificialmente no subsolo" (art. 1º, I). Um corpo hídrico subterrâneo é o "volume de água armazenado no subsolo", segundo o inciso IV do art. 1º da Resolução n. 15/2001.

Ministro das Relações Exteriores do Brasil. Na entrevista que o Ministro de Estado Celso Amorim concedeu sobre o assunto[207], foi ressaltada a importância do acordo em termos de soberania e de defesa contra ameaças externas, de eventuais interesses de outros países nos recursos naturais localizados nos países do Mercosul:

> Não conseguíamos firmar um acordo sobre isso e finalmente conseguimos. É um recurso natural da maior importância, sobre o qual temos que exercer a soberania, mas temos que exercer a soberania dessa forma, em acordo uns com os outros, porque o aquífero não pára na fronteira. [...] O acordo disciplina e o acordo nos dá base também até para nos defendermos de outras reivindicações que possam surgir, né, de ... ah não sei, e não quero aqui entrar nem dar ideias erradas, mas você sabe que essas coisas de vez em quando sempre surge alguém num país que não tem determinado recurso dizendo que quer internacionalizar o recurso e que deve ser patrimônio da humanidade, esse aqui não, esse aqui já é patrimônio do Mercosul, tá definido e acabado. Então, isso nos dá uma posição importante. [...] Há uma disciplina da maneira de utilizar, eu acho que aí precisaríamos fazer uma abordagem específica sobre isso. [...] Nós em conjunto podemos defender a soberania, a soberania é de cada pais, obviamente, né, porque não existe soberania ainda no Mercosul, mas a maneira de exercer é em coordenação.

O que se destaca das palavras do Ministro acerca do Acordo é a soberania sobre a água, agora firmada expressamente, o que impede que, além dos próprios Estados-partes, outros interessados no Guarani possam utilizar argumentos ou noções de Direito Internacional como "patrimônio comum da humanidade". Fica claro, portanto, que a afirmação do poder que cada um dos Estados do Mercosul pode exercer sobre as águas do aquífero – e, logicamente, a impossibilidade de exercício de poder por parte de outros - é o que há de mais importante a ser expresso quando se trata da água doce. Meio ambiente, preservação, proteção da água no seu ciclo não foram o alvo das preocupações dos Estados-parte do Mercosul. O que importa é a possibilidade de se apropriar da água e, ao mesmo tempo, impedir que outros Estados, exteriores à região, façam o mesmo.

A ressalva do art. 3, de que o "direito soberano" de gestão, monitoramento e aproveitamento dos recursos hídricos deve obedecer a critérios de racionalidade e sustentabilidade de pouco adianta, na medida em que não se tem qualquer parâmetro para definir o que é racional e o que é sustentável. Por exemplo, se para o Uruguai é racional e sustentável utilizar as águas do Rio Uruguai para despejar os resíduos de indústrias de celulose, o mesmo não é verdadeiro para a Argentina. Em termos de água subterrânea (também chamada de água "invisível"), as ideias indeterminadas de racionalidade e

[207] A entrevista foi concedida em 3 de agosto de 2010 e está disponível no "Canal MRE-BRASIL" do site Youtube: http://www.youtube.com/mrebrasil#p/u/0/7q0WVskSQFk, acesso em 4/8/2010. Curiosamente, a imprensa nacional não deu destaque para a reunião em San Juan, tampouco para a assinatura de acordo sobre o Guarani. Ver a nota de VIALLI, 2010.

sustentabilidade são de mais difícil verificação prática do que no caso de águas superficiais. O Acordo, neste aspecto, sequer ensaia estabelecer critérios de "uso racional e equitativo" como os sugeridos pela Associação de Direito Internacional (nas suas Regras de Helsinki e Berlin) e pela Comissão de Direito Internacional (concretizados na Convenção de Nova York e recomendados na Declaração sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços). A concepção adotada pelo Mercosul reflete a visão puramente utilitarista de *poço*, como aquela vigente há 60 anos atrás, conforme relato de Aldo Rebouças, comentado no capítulo terceiro deste trabalho.

De fato, o Acordo menciona um direito soberano de promover a gestão, o monitoramento e o aproveitamento sustentável da água, mas não o dever de fazê-los. A falta de definições sobre como fazer apenas evidencia o caráter facultativo de tais providências.

O art. 4 do Acordo sobre o Aquífero Guarani consagra um princípio geral – não detalhado posteriormente – de promoção da conservação e da proteção do aquífero, para se garantir o "uso múltiplo, racional, sustentável e equitativo de seus recursos hídricos". Trata-se, como já observado, de uma repetição dos chavões clássicos das declarações internacionais sobre meio ambiente, sem qualquer significado prático. Não há nada mais indefinido do que um "uso sustentável".

O artigo 5 ainda reflete a impropriedade técnica da definição utilizada pelo Acordo. Estabelece o artigo que "quando as Partes se propuserem a empreender estudos, atividades ou obras relacionadas com as partes do sistema Aquífero Guarani que se encontrem localizadas em seus respectivos territórios e que possam ter efeitos além de suas respectivas fronteiras deverão atuar de conformidade com os princípios e normas de direito internacional aplicáveis". Vale repetir, não é possível que "partes" de um sistema fluido em permanente fluxo "se encontrem localizadas no território de um ou outro Estado". Mesmo assim, o art. 5 tenta estabelecer um dever de atuar conforme princípios e normas de Direito Internacional aplicável, caso as atividades patrocinadas por um Estado possam ter efeitos transfronteiriços.

As partes têm a obrigação de adotar "as medidas necessárias para evitar que se causem prejuízos sensíveis às outras Partes ou ao meio ambiente" (art. 6) e, caso isto ocorra, a parte responsável tem o dever de "adotar todas as medidas necessárias para eliminá-lo ou reduzi-lo" (art. 7º). Trata-se, aparentemente, de uma adaptação da obrigação de não causar dano significativo (prevista no art. 7º da Convenção de Nova York e no art. 6º da Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços). Contudo, não há uma obrigação de resultado, "não causar dano significativo", mas de meio, ou seja, responsabilidade subjetiva pela adoção de medidas que evitem o dano e que o mitiguem, caso ele ocorra. Não há qualquer menção à

obrigação de pagamento de indenização por danos eventualmente causados.

Os artigos 8, 9, 13 e 14 contemplam um dever de cooperação para o intercâmbio de informações técnicas e científicas sobre o aquífero, sobre o aproveitamento de suas águas, práticas de gestão e identificação de zonas fronteiriças críticas, que demandem medidas de tratamento específico. Não há previsão de medidas a serem adotadas em situações de emergências resultantes de causas naturais ou da conduta humana ou qualquer disposição que se inspirasse no art. 17 da Res/AG n. 63/124 de 2009.

O Acordo parece tentar estabelecer um dever de consultas entre os Estados nos quais o aquífero ocorre, previamente à realização de atividades ou obras que possam ter efeitos sobre o aquífero ou efeitos transfronteiriços. O art. 9 estabelece o dever de informar por parte do Estado que pretende permitir ou executar obra ou atividade em seu território e o art. 10, por outro lado, estabelece o direito à informação do Estado que teme ser prejudicado por uma obra ou atividade promovida por outro[208]. No caso de divergência a respeito da potencialidade de causar prejuízos por parte de uma obra ou atividade, o art. 11 sugere o seguinte procedimento:

> 1. Se a Parte que recebe a informação prestada nos termos do parágrafo 1 do Artigo 10 chegar à conclusão de que a execução das atividades ou obras projetadas pode causar-lhe prejuízo sensível, indicará suas conclusões à outra Parte com uma exposição documentada das razões em que elas se fundamentam.
> 2. Neste caso, as duas Partes analisarão a questão para chegar, de comum acordo e no prazo mais breve possível, compatível com a natureza do prejuízo sensível e sua análise, a uma solução equitativa com base no princípio de boa fé, e tendo cada Parte em conta os direitos e os legítimos interesses da outra Parte.
> 3. A Parte que proporciona a informação não executará nem permitirá a execução de medidas projetadas, sempre que a Parte receptora lhe demonstre *prima facie* que estas atividades ou obras projetadas lhe causariam um prejuízo sensível em seu espaço territorial ou em seu meio ambiente. Neste caso, a Parte que pretende realizar as atividades e as obras se absterá de iniciá-las ou de continuá-las enquanto durem as consultas e as negociações, que deverão ser concluídas no prazo máximo de seis meses.

[208] Na íntegra, os artigos 9 e 10 estabelecem o seguinte:
"Art. 9. Cada Parte deverá informar às outras Partes sobre todas as atividades e obras a que se refere o Artigo anterior que se proponha a executar ou autorizar em seu território e que possam ter efeitos no Sistema Aquífero Guarani além de suas fronteiras. A informação seguirá acompanhada de dados técnicos disponíveis, incluídos os resultados de uma avaliação dos efeitos ambientais, para que as Partes que receberem a informação possam avaliar os possíveis efeitos de tais atividades e obras.
Art. 10. 1. A Parte que considerar que uma atividade ou obra, a que se refere o Artigo 8, que se proponha autorizar ou executar outra Parte, possa, a seu juízo, ocasionar-lhe um prejuízo sensível, poderá solicitar a essa Parte que lhe transmita os dados técnicos disponíveis, incluídos os resultados de uma avaliação dos efeitos ambientais.
2. Cada Parte facilitará os dados e a informação adequada requeridos por outra ou outras Partes a respeito de atividades e obras projetadas em seu respectivo território e que possam ter efeitos além de suas fronteiras".

O art. 16 do Acordo sobre o Aquífero Guarani estabelece uma comissão integrada pelas quatro Partes que, no âmbito do Tratado da Bacia do Prata, deverá coordenar a cooperação para o comprimento dos princípios e objetivos do Acordo (art. 15).

A previsão de métodos para solução de controvérsias entre as partes é o objeto dos artigos 16 a 19 do Acordo. Havendo controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos dispositivos do tratado, as Partes devem empreender negociações diretas, informando a Comissão (prevista no art. 15) sobre o surgimento da controvérsia e sobre a negociação (art. 16). Na hipótese de insucesso das negociações, as Partes podem solicitar que a Comissão avalie a situação e faça recomendações (art. 17), sendo que este procedimento não poderá durar mais de sessenta dias a partir do momento em que for solicitada a intervenção da Comissão (art. 18). Caso persista a controvérsia, as partes poderão dar início a um procedimento arbitral (art. 19), cuja definição será objeto de um protocolo adicional ao Acordo sobre o Aquífero Guarani.

Não é possível fazer reservas ao Acordo (art. 20), embora se admita a possibilidade de denúncia (art. 22). A vigência é por prazo indeterminado, segundo o art. 21, e começará depois de 30 dias contados da data do depósito do quarto instrumento de ratificação.

Comparando o Acordo sobre o Aquífero Guarani com a Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços da Assembléia Geral da ONU, torna-se evidente que faltaram dispositivos específicos sobre os aspectos ambientais da gestão do aquífero Guarani. O Acordo não apresenta parâmetros para mensuração de uso sustentável, equitativo e racional, tampouco expressa preocupação com a preservação da qualidade das águas do aquífero ou do delicado ciclo hidrológico.

A Resolução da Assembléia Geral da ONU (63/124 de 2009), embora também passível de críticas, tem o mérito de eleger expressamente as necessidades humanas vitais como categoria para qualificar os usos da água[209]. A Resolução dedica seis artigos à questão da proteção, da preservação e do gerenciamento dos aquíferos, com considerações sobre os ecossistemas dependentes do aquífero, a identificação de zonas de recarga e descarga e o monitoramento das águas. Como já visto, a Declaração reconhece a vulnerabilidade dos aquíferos e a necessidade de se adotar uma perspectiva de precaução.

[209] No segundo parágrafo do art. 5 da Resolução da Assembléia Geral da ONU sobre o Direito dos Aqüíferos Transfronteiriços consta que a determinação do que é um uso razoável e equitativo deve levar em consideração todos os fatores relevantes em conjunto. No entanto, ao medir os usos de um aquífero transfronteiriço, deve-se dar atenção especial às necessidades humanas vitais. No original: *"In determining what is equitable and reasonable utilization, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of all the factors. However, in weighing different kinds of utilization of a transboundary aquifer or aquifer system, special regard shall be given to vital human needs"*.

Os Estados-partes do Mercosul, no que tange a este tópico, limitaram-se a reconhecer deveres de cooperação e de intercâmbio de informações, sem mencionar o termo poluição. Infelizmente, faltou esforço para estabelecer um mecanismo de planejamento conjunto dos usos das águas e do solo subjacente ou, pelo menos, para reconhecer que isto é necessário. Quase vinte anos após a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, os Estados continuam alheios às mais evidentes urgências.

4.5. O regime jurídico das águas subterrâneas no Brasil

Aldo Rebouças (1999, p. 145) fez um relato da utilização das águas subterrâneas do Brasil colônia até os dias atuais. No período colonial a captação de água subterrânea era livre, não dependia de qualquer autorização, e servia principalmente para o abastecimento doméstico e animal. Em 1808, com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil, a perfuração de poços passou a ser autorizada nas Províncias de São Paulo e Rio Grande do Sul, para prospecção de carvão, petróleo, produção de água para fabricação de cerveja e uísque. Nas Províncias do Nordeste, afetadas pelas secas, a autorização de captação de águas subterrâneas foi dada para abastecimento das populações. A partir do Império, a perfuração de poços para qualquer uso passou a depender de autorização central, mas a partir da República o uso das águas em geral ficou livre de qualquer controle federal ou estadual. Somente em 1934 foi promulgado o Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934), ou seja, quase meio século depois da proclamação da República, para atender principalmente a demanda das nascentes companhias hidrelétricas.

A partir da edição do Código de Águas, passaram a ser realizados investimentos para obtenção de dados pluviométricos, fluviométricos e hidroclimáticos e para realização de estudos de avaliação dos potenciais de água dos rios de interesse das empresas de geração de energia elétrica, de abastecimento, de navegação e de irrigação. Contudo, “a captação das águas subterrâneas vem sendo feita a custo e risco da iniciativa privada, cujos resultados são, local e ocasionalmente, levantados e sistematizados por determinados órgãos públicos federais ou estaduais, como forma de se estabelecer o conhecimento hidrogeológico de uma área ou região”. Mesmo depois de tantos anos os “dispositivos do Código de Águas que disciplinam o uso das águas subterrâneas nunca foram efetivamente aplicados, resultando no extrativismo privado e público não controlado, ainda vigente”, que tem como resultado o fato

de que “qualquer indústria, proprietário urbano ou rural” pode perfurar um poço no âmbito da sua propriedade sem controle federal, estadual ou municipal e, frequentemente, sem a tecnologia apropriada. Consequentemente, o risco de contaminação, interferência ou de sobre-extração de água dos aquíferos é efetivo, segundo Aldo Rebouças (1999, p. 145).

É necessário analisar os dispositivos da legislação pátria a respeito dos recursos hídricos, com especial atenção para aqueles sobre águas subterrâneas.

4.5.1. A Constituição de 1988 e o regime jurídico das águas

O regime jurídico brasileiro das águas mudou substancialmente a partir da Constituição de 1988. Até então, vigia uma distinção entre águas particulares, públicas e águas comuns, categorias previstas no Código Civil[210] e no Código de Águas[211] (MACHADO, 2002, p. 27-30; FREITAS, 2003, p. 18-21; SERRA, 2008, p. 37-40; VIEGAS, 2005, p. 73-79).

A água doce, a partir de 1988, passou a fazer parte dos bens dos Estados e da União. De acordo com o art. 26, inciso I da Constituição, são bens dos Estados: “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

À União, segundo o inciso III do art. 20 pertencem: “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de

---

[210] Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916): “Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los”.

[211] É relevante trazer à colação alguns dispositivos do Código de Águas (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934). Estabelece o art. 8º: “São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns”. Especificamente sobre águas subterrâneas, pode-se citar: “Art. 96. O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares. Parágrafo único. Se o aproveitamento das águas subterrâneas de que trata este artigo prejudicar ou diminuir as águas públicas dominicais ou públicas de uso comum ou particulares, a administração competente poderá suspender as ditas obras e aproveitamentos.
Art. 97. Não poderá o dono do prédio abrir poço junto ao prédio do vizinho, sem guardar as distâncias necessárias ou tomar as precisas precauções para que ele não sofra prejuízo.
Art. 98. São expressamente proibidas construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes”.

limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais".

Parece claro que aos Estados pertence toda água subterrânea. Contudo, há duas polêmicas que colocam em xeque o domínio dos Estados sobre as águas subterrâneas. A primeira é a Proposta de Emenda Constitucional n. 43 de 2000 (PEC 43/2000), que objetiva transferir o domínio das águas subterrâneas dos Estados para a União. A partir de junho de 2009 a PEC 43/2000 recebeu novo impulso na sua tramitação, tendo sido redistribuída. O presidente da Agência Nacional de Águas (ANA) defende um "pacto federativo no qual os Estados e a União gerenciariam em conjunto o uso dessas enormes reservas". O centro da disputa pelo controle da água subterrânea envolve a potencial de arrecadação de recursos a partir da cobrança pelo uso da água. O potencial de receita com o uso das águas subterrâneas é cinco a dez vezes maior que o das águas de rios (COIMBRA, 2009).

A segunda controvérsia a respeito da titularidade das águas subterrâneas envolve o inciso IX do art. 20 da Constituição de 1988, segundo o qual "os recursos minerais, inclusive os do subsolo" pertencem à União. Como há legislação infraconstitucional que afirma que as águas subterrâneas com determinadas propriedades constituem recursos minerais, há quem defina um duplo regime jurídico para as águas subterrâneas: o regime comum, das águas subterrâneas que pertencem aos Estados (conforme o art. 26, I da Constituição); e o regime de águas minerais, que pertencem à União e cujo controle é incumbência do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). O regime jurídico que diferencia as águas minerais das águas subterrâneas será analisado adiante.

Ainda no que diz respeito aos dispositivos constitucionais sobre água doce, é preciso mencionar a repartição de competências criada pela Constituição de 1988. Com relação às competências para legislar ou para executar (competência formal e material), a Constituição as divide de forma que tudo que não é da competência da União ou dos Municípios, implícita ou expressamente, é de competência dos Estados (art. 25, parágrafo 1º). Pertence à União a competência material exclusiva para "instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso" (art. 21, XIX da CRFB), ou seja, no tocante a estas ações, a União não pode delegar poderes aos demais entes políticos.

Por outro lado, é de competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (art. 23, VI da CRFB); "registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios" (art. 23,

XI da CRFB). Em outras palavras, no que diz respeito a estas ações, tanto União como Estados, Distrito Federal e Municípios poderão agir em cooperação.

Com relação ao poder de legislar sobre recursos hídricos, a Constituição atribui à União a competência privativa para legislar sobre "águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão", segundo o art. 22, IV, eis porque a legislação sobre recursos hídricos constitui monopólio da União. Porém, à União cabe legislar de forma a estabelecer somente normas gerais (competência concorrente) sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII). Neste âmbito, cabe aos Estados o exercício de competência suplementar em relação às normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, parágrafo 2º) ou, na ausência de normas gerais, o exercício de competência legislativa plena (art. 24, parágrafo 3º) (MACHADO, 2002, p. 18-21; VIEGAS, 2005, p. 109-116).

No exercício da sua competência prevista no art. 24, VI da Constituição, a União promulgou a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. O art. 3º, inciso V afirma que são recursos ambientais a "atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora".

Para regulamentar o art. 21, XIX, da Constituição de 1988, foi editada a Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Os dispositivos legais desta política serão analisados na sequência.

4.5.2. A Política Nacional de Recursos Hídricos: principais aspectos e contradições

A Lei n. 9433 de 1997 que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos define como fundamentos da referida política (art. 1º):

> I - a água é um bem de domínio público;
> II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
> III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
> IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

> V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
> VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

O primeiro objetivo da política é o de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água – ecoando o princípio n. 3 da Declaração do Rio de 1992 - em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos. Além disso, a utilização racional e integrada dos recursos hídricos com vistas ao desenvolvimento sustentável; e a "prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais" (art. 2º da Lei n. 9433/1997)[212].

A Lei n. 9433/1997 cria os instrumentos para alcançar estes objetivos listados no art. 2. São instrumentos os previstos no art. 5º da lei: a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; um ato administrativo para autorização do uso de água bruta chamado outorga; o planejamento por meio de Planos de Recursos Hídricos[213]; o enquadramento dos corpos de água em classes[214], conforme os usos preponderantes; e um sistema de informações sobre recursos hídricos.

A primeira das críticas que devem ser feitas refere-se à terminologia da Lei n. 9433/1997, ao afirmar que a água é um bem de domínio público (art. 1º, I). Ora, a Constituição de 1988 estabelece que o meio ambiente é bem de uso comum do povo[215], sendo que os bens de uso comum do povo são bens públicos, segundo o Código Civil[216]. Além

---

[212] A Lei também impõe diretrizes gerais de ação, no art. 3º e 4º, são elas: a gestão sistemática dos recursos hídricos; a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras; e a articulação da União com os Estados para o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum. Não há menção à integração entre gestão integrada de bacias e águas subterrâneas.

[213] Os Planos de Recursos Hídricos devem ser elaborados para bacias hidrográficas, para os Estados e para o Pais e devem ter um conteúdo mínimo, conforme art. 7º da Lei n. 9433/1997: diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; análise de cenários conforme demografia, atividades produtivas e ocupações do solo; balanço entre disponibilidade e demandas futuras com identificação de potenciais conflitos; metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; medidas, programas e projetos que devem se realizar para alcance das metas; prioridades para outorga; diretrizes e critérios para cobrança; e propostas para criação de áreas com restrições de usos para proteção dos recursos hídricos.

[214] O enquadramento dos corpos de água em classes foi feito pela Resolução n. 357 de 2005 do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA.

[215] Segundo o art. 225 da Constituição de 1988: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

[216] O art. 66 do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916) classifica os bens públicos em bens públicos de uso comum do povo (I), bens públicos de uso especial (II), e bens públicos dominicais (III). O uso comum dos bens públicos, segundo o art. 68, poderia ser gratuito ou retribuído. O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) tem

disso, a água entendida como um recurso ambiental, de acordo a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6938, de 31 de agosto de 1981)[217], e como tal faz parte de "um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo"[218]. E, no entanto, no desenrolar dos artigos da Lei n. 9433/1997 não há qualquer menção aos aspectos sociais e ambientais da água doce (MACHADO, 2002 p. 24-32; CAUBET, 2004, p. 143-144; VIEGAS, 2005, p. 88-91). Conforme João Alberto Alves Amorim (2009, p. 320):

> A Lei n. 9.433/1997 somente fez confirmar a titularidade da água, nada mencionando, no entanto, sobre sua afetação ao *uso comum do povo*, o que pode constituir lacuna perigosa. E o perigo desta lacuna jurídica pode advir justamente da afirmação de ser a água dotada de valor econômico, *caput diminutio* de sua real importância e significado, sobretudo quando há uma tendência mundial de se conformar seu tratamento jurídico pela ideologia de mercado, a qual é calcada em *direitos de propriedade* estabelecidos através das mais diversas modalidades.

O inciso II do mesmo artigo 1º que define água como "um recurso natural limitado, dotado de valor econômico" é outro ponto que merece ser esclarecido. Este inciso reproduz as recomendações dos relatórios do Banco Mundial, de organizações internacionais e de boa parte da doutrina[219]. A preponderância do aspecto econômico, do bem escasso, não é somente aviltante porque contribui para a mercantilização da água doce, mas também por ignorar outros valores igualmente importantes que não poderiam ser desconhecidos do legislador, tais como o valor social, ambiental, cultural e religioso da água. Aparentemente, atribuir um preço

---

disposições parecidas nos arts. 99 a 103: "Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. [...] Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem". De qualquer forma, como explica Christian Caubet (2006, p. 78), de nada adianta afirmar que a água é pública se o acesso à água é privado: "Em curto espaço de tempo, menos de uma geração, a água passou de insumo e recurso em processos produtivos secundários à qualidade de substância vital, essencial para a dessedentação direta de seres humanos e animais, bem como para a produção de alimentos. Em função dessa rápida evolução e da escassez da substância, surgiram pressões para usar a água como um bem privatizado, mesmo que o recurso seja afirmado, juridicamente, como bem público. Tecnicamente, não custa nada admitir que a água seja um bem de domínio público quando, simultaneamente, se outorga o direito de acesso e de disposição final a companhias privadas. A propriedade é pública; os direitos de captar, usar, distribuir, consumir, vender, transportar, passam a ser concedidos, com diversos graus de exclusividade, a pessoa que objetivam realizar lucros econômicos".

[217] Ver art. 3º, inciso V da Lei n. 6938, de 31 de agosto de 1981: "Entende-se por: [...] V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora".

[218] Conforme art. 2º, inciso I da Lei n. 6.938/1981.

[219] Vale ressaltar que este inciso reproduzir e valoriza um dos princípios da Declaração de Dublin de 1992, sem mencionar os outros.

à água seria a forma ideal para incutir nas pessoas a racionalização do seu uso - como declara o art. 19 da Lei n. 9.433/97[220] (BRZEZINSKI, 2009, p. 78; CAUBET, 2004, 143-146).

Eis porque o art. 5º, IV da Lei n. 9.433/97 definiu a cobrança pelo uso dos recursos hídricos como um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. Tal como imposta pela lei, a cobrança subverte a cobrança de contribuição pecuniária pela utilização de recurso natural, prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), pois é generalizada, não discrimina os usos da água para finalidade de sobrevivência ou para busca de lucro ou outra vantagem econômica. O usuário-pagador da Lei n. 6.938/1981 é somente aquele que visa uma finalidade econômica com a utilização do bem ambiental (AMORIM, 2009, p. 331)[221]. Depois de 13 anos da edição da Lei n. 9.433/1997, a cobrança foi imposta em somente quatro bacias[222].

---

[220] É o que defende Benedito Braga (2009, p. A2), ao justificar a posição brasileira no Fórum Mundial da Água de Istambul em 2009: "Os grupos ativistas que promovem o chamado 'direito humano à água' focam somente o uso da água para o abastecimento doméstico. Além disso, não indicam como os países pobres farão frente às demandas financeiras para pôr em prática tal direito. A água é um bem público com valor econômico. Isso é o que determina a Lei das Águas, aprovada em 1997 pelo Congresso brasileiro. Mas não significa que a água não tenha outros contornos. A água é um elemento de grande significância religiosa, ela purifica a alma. Para o ambientalista significa vida para a flora e a fauna aquáticas. Para o engenheiro significa a oportunidade de utilizá-la na geração de energia, na navegação, no abastecimento das populações e na produção de alimentos. Assim, a água é um elemento vital, mas ao mesmo tempo é um recurso à disposição da humanidade. Podemos dizer que a água é, ao mesmo tempo, um direito humano no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais e também um recurso natural com valor econômico. Esses dois conceitos não guardam nenhuma contradição. O acesso à água potável é, sim, um direito dos cidadãos brasileiros. Para tanto o governo deve viabilizar os recursos financeiros para que o consumo humano seja atendido. Outros usos que produzirão resultados econômicos - como, por exemplo, as atividades comercial, industrial e agrícola - devem ser cobrados para incentivar o uso racional e eficiente do recurso. Não se trata de 'privatizar' a água. Trata-se de reconhecer o seu valor econômico e induzir o seu uso racional. Até por que não se pode privatizar um bem que constitucionalmente é público. A Constituição brasileira define em seus artigos 20 e 26 que os rios, lagos e as águas subterrâneas são bens ou dos Estados ou da União e, portanto, não podem ser 'vendidos' ou 'concessionados' a particulares. Atualmente, no Brasil, já existem comitês de bacia hidrográfica que instituíram a cobrança pelo uso da água em suas jurisdições. A Agência Nacional de Águas (ANA) garante que cada centavo arrecadado retorne ao comitê para aplicação direta em obras e serviços para melhoria da qualidade dos rios e lagos das bacias onde os recursos foram arrecadados. Assim, espera-se que a médio e longo prazos possamos efetivamente viabilizar o direito de acesso à água potável em nossas bacias hidrográficas. Ao mesmo tempo, a utilização da água como bem econômico trará benefícios inegáveis às gerações de brasileiros de hoje e de amanhã".

[221] O Código de Águas de 1934 também previa a cobrança pelo uso de água, mas sem os contornos puramente econômicos da atual legislação. Pelo antigo regime, o uso comum das águas poderia ser gratuito ou mediante retribuição, dependendo de regulamentação, mas havia preferência para o abastecimento de populações. Isso fundamenta a afirmação de Amorim (2009, p. 330) de que a disciplina de 1934 era mais "racional e humanista" do que a atual: "a disciplina anterior era muito mais racional e humanista, assim como menos *universal* em relação aos sujeitos passivos da cobrança. Além de garantir legalmente o acesso à água doce para a *satisfação das primeiras necessidades da vida*, o Código de Águas de 1934 não impunha onerosidade geral e indiscriminada pelo seu uso, como acontece na nova disciplina legal. É preciso deixar claro que não desconsideramos a necessidade de se impor limites ao consumo desenfreado e ao desperdício deste elemento vital – e para o ser humano moderno poucas coisas têm poder educativo tão eficiente quanto a penalização pecuniária -, contudo, este argumento não pode cegar o senso critico, na busca dos reais interesses por detrás do atual regime jurídico da água doce. Ainda mais diante da essencialidade de tal elemento, e da tradição histórica de exclusão social, exploração e concentração criminosa de renda que marca a tradição nacional. Não se critica aqui a cobrança pelo uso da água daqueles que a desperdiçam ou a utilizam e que por ela possam pagar. A critica

Ao mesmo tempo em que institui a cobrança, a lei não menciona qualquer garantia de acesso à água às pessoas que não podem se alçar à condição de consumidores, ou seja, que não estão em condições de pagar nem mesmo pelo mínimo vital de água. A afirmação de que o uso prioritário da água em situação de escassez é para consumo humano (art. 1º, III da Lei nº 9.433/97), entre os fundamentos da Política, é a única disposição que leva em consideração o "ser humano". Como operacionalizar que a prioridade seja o consumo humano não se sabe, pois em nenhum momento a Lei trata do consumidor final da água potável, já que somente é usuário, segundo a lei, a pessoa jurídica que capta, trata e distribui a água (art. 12 da Lei n. 9.433/97), revelando seu caráter econômico-produtivista. Portanto, a lei não está, de fato, protegendo ou garantindo os direitos daqueles que indica como sua prioridade (AMORIM, 2009, p. 328-330; BRZEZINSKI, 2009, p. 78-79; CAUBET, 2004, p. 146).

Não se discute que a cobrança pelo uso da água possa efetivamente servir para uma racionalização de seu uso, mas ela tem que ser instrumentalizada de forma que os grandes consumidores e poluidores sejam os responsáveis pelo pagamento (no entanto, a expectativa é de que o pagamento acabará sendo arcado completamente pela população[223]) e que todas as pessoas tenham acesso a um mínimo vital, gratuitamente. Como resume Paulo Affonso Leme Machado (2007, p. 9-10):

---

principal é feita em relação justamente à sua imposição indiscriminada e à possibilidade de transferência do ônus econômico e social para os que não possuem a menor condição econômica para tanto".

[222] Ainda que a imposição da cobrança pela água esteja apenas começando, a União já arrecada 27 milhões de reais por ano com a cobrança pelo uso da água em duas bacias: do Paraíba do Sul (que envolve os Estados de São Paulo, Paraná, Minas Gerais e Rio de Janeiro) e dos rios Piracicaba, Capivari e Judiai (que ocorre em São Paulo e em Minas Gerais). Os recursos obtidos com a cobrança pelo uso da água nestas bacias são administrados pela Agência Nacional de Água – ANA (COIMBRA, 2009). Somente em setembro de 2010 foi iniciada a cobrança pela captação de água do São Francisco, com uma arrecadação estimada em 10 milhões de reais até dezembro (USUÁRIOS, 2010). De acordo com o site da ANA na internet, existem 8 comitês de bacias hidrográficas de bacias da União, são eles: Comitê do Rio São Francisco (que ocorre nos Estados de Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Minas Gerais, Sergipe e Pernambuco); Comitê do Rio Doce (Minas Gerais e Espírito Santo); Comitê dos rios Pomba e Muriaé (Minas Gerais e Rio de Janeiro); Comitê do Paraíba do Sul (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais); Comitê dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (São Paulo e Minas Gerais); Comitê do Rio Verde Grande (Bahia e Minas Gerais); Comitê do Rio Paranaíba (Distrito Federal, Minas Gerais, Goias e Mato Grosso do Sul); e Comitê do Rio Piranhas-Açu (Paraíba e Rio Grande do Norte).

[223] Cite-se: "indústria e agricultura consomem a maior parte dos recursos hídricos, é de se supor que, em um sistema sério de cobrança, arrecadação e fiscalização, será destes setores o maior encargo financeiro. O valor pago por estes setores, a titulo de remuneração pelo uso da água, será, obviamente, incluído no custo de produção, refletindo-se no preço final dos seus respectivos produtos, onerando assim o consumidor final. Na verdade, este será onerado duplamente, enquanto consumidor da própria quantidade de água e enquanto consumidor de produtos, arcando assim com os custos gerados pela cobrança pelo uso de água de toda a respectiva cadeia produtiva. Isso sem se tocar na questão do ônus social da exaustão das fontes hídricas, que acabará também por ser suportada pela sociedade. Neste ponto, a cobrança pelo uso da água não representa onerosidade direta aos setores produtivos, no sentido de que seu custo será repassado ao produto e, consequentemente, ao consumidor, numa versão moderna e perversa (porque relacionada a bem vital) do princípio do poluidor-pagador. Segundo esta linha de raciocínio, perde sentido o objetivo primordial alegado para a cobrança – de servir como meio de educar o consumidor através da indicação do real *valor* da água -, uma vez que os setores que consomem a maior quantidade de água poderão recuperar o valor pago através do seu repasse à cadeia produtiva" (AMORIM, 2009, p. 333).

> Um mínimo de água deve ser de acesso gratuito. Há setores econômicos que querem transformar tudo em mercadoria, isto é, tudo se compra e tudo se vende, ou tudo tem um preço. Pagando-se, tem-se qualquer bem; não se pagando, nada é fornecido. Esses setores querem que as águas doces fiquem classificadas como mercadorias. Colocam como defesa de seu ponto de vista a diminuição do recurso hídrico e apontam que a comercialização das águas evitaria o desperdício. Já até os que defendem a criação de uma bolsa das águas, de forma que quem pagar mais usará o recurso [...] Não se ignora que a chamada água bruta ou *in natura* nem sempre pode ser diretamente consumida, sem prévio tratamento. Esse tratamento, que dará a ela sua condição de potabilidade, tem seu custo econômico. Mesmo diante disso, sustenta-se que o corpo social, por meio do poder público, tem o dever moral e político de suportar o setor com "hidrocarência" para que os seres humanos possam beber, comer e ter procedimentos de higiene pessoal.

Por todas as contradições entre princípios e métodos escolhidos pelo legislador, é difícil que os objetivos da Lei estabelecidos no art. 2º possam ser alcançados:

> Tais objetivos são de alcance satisfatório duvidoso se comparados com a realidade atual da gestão empreendida pelos titulares do domínio sobre as águas e com a *mens legis* que jaz sob o texto de seus artigos, que priorizam a utilização da água aos setores produtivos, dando um tratamento muito tímido, e em várias disposições, inexistente, quanto à prioridade destes recursos à manutenção da vida humana. Esta situação leva à conclusão de que o Estado brasileiro continua a dar um tratamento jurídico infraconstitucional à água doce muito mais como recurso – como um catalisador para o desenvolvimento econômico de alguns setores de sua sociedade – do que para a manutenção da qualidade de vida e da própria vida de seus habitantes – em que pesem as belas palavras grafadas nos textos da legislação federal sobre gestão hidrológica, que pouca ou nenhuma relação guardam com a realidade social e hidrológica do pais (AMORIM, 2009, p. 322-323).

Além disso, a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos estabelece a necessidade de outorga para o uso da água, decorrente do fato de a água ser um *bem de domínio público*, com o objetivo de "assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água" (art. 11 da Lei n. 9.433/97). Afirma a lei que esta outorga não significa a venda de água, pois a água é inalienável, mas somente a permissão do direito de uso (art. 18). A inalienabilidade legal da água não é novidade[224], mas também é sabido que os usos que se fazem da água frequentemente comportam uma alienação. A inalienabilidade da água é facilmente visualizada quando se trata de outorga para uso não consuntivo (como para navegação e lazer, por exemplo) mas quando a outorga se dá para usos consuntivos com a incorporação da água ao processo produtivo, por exemplo, ou para a descarga de eflutentes poluentes, não há como negar que a outorga permite a efetiva

[224] Já dizia o art. 46 do Decreto 24.643/34 "concessão não importa, nunca, a alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ao uso destas águas" e o art. 100 do Código Civil brasileiro.

apropriação da água por aquele usuário e não somente o direito de uso (AMORIM, 2009, p. 327-328; CAUBET, 2004, p. 142-148; VIEGAS, 2005, p. 97)[225].

Considerando que a outorga só pode ser concedida após o enquadramento dos corpos de água em classes conforme os usos preponderantes (art. 9º da Lei n. 9.433/1997) e após o estabelecimento de uma prioridade dos usos por meio dos planos de bacia (de acordo com art. 13 da Lei n. 9.433/1997[226]), teoricamente nenhuma outorga poderia ter sido dada antes que existissem regularmente os comitês de bacia encarregados de elaborar os planos de recursos hídricos e neles estabelecer a prioridade dos usos para determinada bacia. No entanto, a prática é a perversa inversão da lei: ainda são poucos os comitês de bacia, nem todos elaboraram os planos e mesmo assim as outorgas já foram concedidas.

Não se pode deixar de tecer comentários sobre o outro propósito da Lei n. 9.433/1997, o de criar um Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos (SINGREH). De acordo com o art. 32 da Lei, o sistema tem os seguintes objetivos: coordenar a gestão integrada da água; arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com recursos hídricos; implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos; planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos; e promover a cobrança pelo uso da água.

O arranjo institucional do sistema compreende, de acordo com o art. 33 da Lei n. 9.433/1997: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH); a Agência Nacional de Água (ANA); os Conselhos Estaduais e do Distrito Federal de recursos hídricos; os comitês

---

[225] Pode-se citar a explicação de João Alberto Alves Amorim (2009, p. 327-328): "As características próprias da água tornam a sua relação de apropriação, uso e consumo num grande problema de tutela jurídica. Inicialmente a água é um bem fungível em que o uso implica necessariamente em apropriação, no sentido de que ao se usar a água, para qualquer finalidade, já se está a alterar ou a sua quantidade ou a sua qualidade, ou, no mais das vezes, ambos. Por exemplo, uma indústria – devidamente outorgada a *usar* determinadas quantidades de água em sua produção – não *devolve* a mesma quantidade de água à fonte original, nem tampouco na mesma qualidade, ainda que a trate após o uso, pela simples razão de sua manipulação durante o processo produtivo e de sua própria incorporação ao produto final. Uma fazenda, ou uma cidade, não devolve aos reservatórios públicos a mesma quantidade de água a que teve acesso de uso em função da outorga pública. Um indivíduo que abre a torneira de sua casa, para qualquer finalidade, não retorna ao meio ambiente a mesma água na mesma qualidade e quantidade que recebeu. Portanto, em relação à água, outorgar o *uso* significa autorizar a sua apropriação. E a apropriação com destinação majoritariamente econômica, uma vez que a função da outorga, enquanto ato administrativo, é, além de controlar, 'ratear a água disponível entre as demandas existentes ou potenciais', o que visa a dar, nas palavras de Jerson Kelman, 'garantia quanto à disponibilidade da água, assumida como insumo básico do processo produtivo, o que implicaria dizer ter a outorga 'valor econômico para quem a recebe, na medida em que oferece garantia de acesso a um bem escasso'. De nada adianta a ressalva feita pelo art. 18, uma vez que a outorga do direito de uso implica, sim, em uma alienação. Pode não o ser no sentido próprio dado à alienação de bens – mediante contraprestação pecuniária e transferência de domínio – mas o é no sentido de conceder a apropriação da água outorgada, bem como seu uso, gozo e fruição, alem do direito de acesso".

[226] Diz o art. 13 da Lei n. 9.433/1997: "Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso. Parágrafo único. A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo".

de bacias hidrográficas; os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal com competência relacionada à gestão de recursos hídricos; e as agências de água. Cada uma dessas instituições tem um papel a cumprir no gerenciamento de recursos hídricos.

As mais importantes competências estão concentradas nas agências e nos conselhos. A instituição mais importante é o Conselho Nacional de Recursos Hídricos que, de acordo com o art. 35 da Lei n. 9.433/1997, tem poderes para:

> I - promover a articulação do planejamento de recursos hídricos com os planejamentos nacional, regional, estaduais e dos setores usuários;
> II - arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos;
> III - deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos cujas repercussões extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados;
> IV - deliberar sobre as questões que lhe tenham sido encaminhadas pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos ou pelos Comitês de Bacia Hidrográfica;
> V - analisar propostas de alteração da legislação pertinente a recursos hídricos e à Política Nacional de Recursos Hídricos;
> VI - estabelecer diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
> VII - aprovar propostas de instituição dos Comitês de Bacia Hidrográfica e estabelecer critérios gerais para a elaboração de seus regimentos;
> IX – acompanhar a execução e aprovar o Plano Nacional de Recursos Hídricos e determinar as providências necessárias ao cumprimento de suas metas;
> X - estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso.

Os comitês de bacia, por outro lado, têm caráter eminentemente consultivo, pois podem somente debater, propor ou sugerir algumas medidas e decidir em primeira instância administrativa (conforme art. 38, I, II, IV e V). As suas competências mais importantes são as de: aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia (art. 38, III), acompanhar sua execução (art. 38, IV) e estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos, bem como sugerir os valores a serem cobrados (art. 38, VI)[227]. As agências de água funcionam como secretarias executivas dos Comitês de bacia (art. 41 da Lei n. 9.433/1997).

---

[227] Pode-se citar o artigo integralmente: "Art. 38. Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação: I - promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; II - arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; III - aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; IV - acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas; V - propor ao Conselho Nacional e aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes; VI - estabelecer os mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo. Parágrafo único. Das decisões dos

A ilustração do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos é a seguinte:

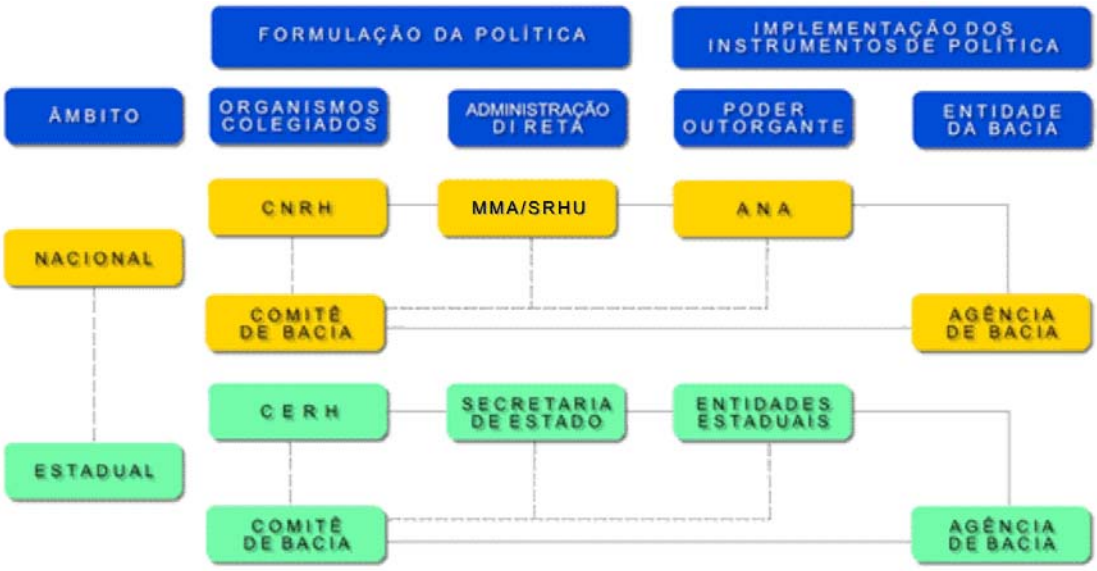


Figura 4: Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Fonte: Ministério do Meio Ambiente (MMA), 2010[228].

A principal crítica que se deve fazer ao SINGREH é o fato de que não favorece a participação popular no processo de tomada de decisão. Na verdade, parece não ter a participação popular como um de seus objetivos, já que uma análise acurada da letra da Lei revela que a participação popular não é verdadeiramente um dos fundamentos da política: a Política Nacional de Recursos Hídricos tem como fundamento, entre outros, a gestão descentralizada, contando com "a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades" (conforme inciso VI do art. 1º da Lei n. 9.433/1997). Ora, é obvio que a formulação e implementação de uma política pública conta com a participação do poder público, ou seja, do governo. Os usuários tampouco representam participação popular, já que os usuários são as categorias de setores econômicos e produtivos que utilizam recursos hídricos com objetivo de auferir lucro ou outra vantagem econômica, tais como indústria, agricultura, mineração, geração de energia, navegação. Os seres humanos, consumidores finais da água, não são usuários na acepção do legislador. Poder-se-ia ter um traço de democracia participativa se o termo "comunidades" utilizado no inciso VI ao art. 1º da Lei não fosse isolado.

De fato, a composição do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – bem como a dos conselhos estaduais e dos comitês de bacias – é baseada numa divisão de poder que não

---

Comitês de Bacia Hidrográfica caberá recurso ao Conselho Nacional ou aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com sua esfera de competência".

[228] Esta ilustração do SINGREH está disponível no site do Ministério do Meio Ambiente.

permite efetiva participação popular, ou participação "das comunidades", para ser coerente com a terminologia da Lei. Os órgãos públicos têm direito a 40% das cadeiras no Conselho, outros 40% pertencem aos usuários (como dito, os representantes de setores econômico-produtivos) e apenas 20% podem ser utilizadas por representantes das "organizações civis de recursos hídricos"[229]. Isso significa que a "participação de comunidades" é limitada e parece prestar-se, até o momento, a legitimar as decisões já tomadas pelo Poder Público e pelos grandes usuários.

O maior problema da Lei n. 9.433/1997 é o fato de praticamente ignorar as águas subterrâneas, dedicando-se quase exclusivamente ao gerenciamento das águas superficiais. Ninguém duvida da boa prática de gerenciamento integrado de águas superficiais e subterrâneas, mas a lei brasileira a desconhece. O art. 3º – que traça as diretrizes gerais de ação da Política Nacional de Recursos Hídricos – fala em "gestão sistemática" de recursos hídricos, em integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental e do uso do solo; integração da gestão de bacias com a gestão das zonas costeiras e sistemas estuarinos; e fala ainda em articulação com o planejamento dos setores usuários e integração entre os planejamentos estaduais, regionais e nacional[230]. Nenhuma palavra sobre águas subterrâneas.

As águas subterrâneas são objeto de poucos dispositivos da Lei n. 9.433/1997. Primeiramente, a exploração de águas subterrâneas, segundo a lei, depende de outorga (art. 12). Segundo o art. 49, inciso IV da Lei n. 9.433/1997, constitui "infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos" a perfuração de poços para extração de água subterrânea ou a operação destes poços sem a devida autorização. Entre as possíveis penalidades para as infrações está a do art. 50, inciso IV da Lei que prevê o

---

[229] Diz o art. 34 da Lei n. 9.433/1997: "Art. 34. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos é composto por: I - representantes dos Ministérios e Secretarias da Presidência da República com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; II - representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; III - representantes dos usuários dos recursos hídricos; IV - representantes das organizações civis de recursos hídricos. Parágrafo único. O número de representantes do Poder Executivo Federal não poderá exceder à metade mais um do total dos membros do Conselho Nacional de Recursos Hídricos". As "organizações civis de recursos hídricos" são aquelas definidas pelo art. 47: "I - consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; II - associações regionais, locais ou setoriais de usuários de recursos hídricos; III - organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos; IV - organizações não-governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade;V - outras organizações reconhecidas pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos" e devem ser legalmente constituídas para poder integrar o SINGREH, segundo o art. 48.

[230] "Integração" é um termo utilizado pela lei em diversos momentos: o poder executivo federal deve promover a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental (art. 29, IV); o mesmo devem fazer os governos estaduais e do Distrito Federal (art. 30, IV); e a União e Estados devem se articular na gestão dos recursos hídricos de interesse comum (art. 4º). Além disso, diz o art. 31 da Lei n. 9.433/1997: "Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos". Não há previsão de instrumentos para promover as várias integrações e articulações desejadas.

"embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor *incontinenti*, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea".

Quem, de fato, tenta promover a integração da gestão das águas superficiais e subterrâneas são o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) e o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA)[231]. A este respeito, pode-se citar Aldo Rebouças (1999, p. 146):

> Muito embora se fale de gestão integrada, a Lei 9433/1997 coloca em destaque as águas superficiais, sem considerar a sua real indissociabilidade com as águas subterrâneas no ciclo hidrológico. Como resultado, a inclusão da água subterrânea neste diploma legal ficou sendo meramente "cartorial", na medida em que apenas institucionaliza o extrativismo empírico e improvisado vigente.

É preciso mencionar, ainda, que a Lei n. 9.433/1997 não trabalha com a noção de águas transfronteiriças exceto para dizer – no parágrafo segundo do art. 39 – que nos comitês de bacia hidrográfica de rios fronteiriços e transfronteiriços deve haver um representante do Ministério das Relações Exteriores.

4.5.3. Um regime jurídico especial para água mineral

O regime jurídico brasileiro das águas subterrâneas é um tema delicado e complexo, não somente porque a Lei n. 9433/1997 (que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos) dedica poucos dispositivos para regular os usos das águas subterrâneas. A regulamentação infraconstitucional sobre a exploração de recursos minerais e a inclusão da água mineral entre esses recursos, fazem com que exista um segundo regime jurídico para parte das águas subterrâneas.

A rigor, todas as águas subterrâneas pertencem aos Estados, pelo menos até que se aprove uma Emenda Constitucional modificando o texto do art. 26, I da Constituição. Ocorre que desde o início do século XX as águas minerais são consideradas "recursos minerais", o que as enquadraria em um regime jurídico à parte, de acordo com as normas que serão analisadas a seguir.

---

[231] Por meio de resoluções como: Resolução CNRH n. 15 de 2001; Resolução CONAMA n. 396 de 2008; e Resolução CNRH n. 107, de 13 de abril de 2010.

O Código de Águas – Decreto Federal n. 24.643, de 10 de julho de 1934 – estabelecia que as águas são públicas (de uso comum ou dominicais)[232], comuns[233] e particulares[234]. Sobre águas subterrâneas, dispunha:

> Art. 96. O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares[235].

No mesmo dia em que foi promulgado o Código de Águas, também se promulgou o Código de Minas – Decreto Federal n. 24.642. No início do auge do termalismo no Brasil, o Código de Minas inseriu as fontes de águas minerais[236], termais e gasosas, pela primeira vez, entre as jazidas minerais. O art. 1º do Código de Minas conceituava a jazida como "massa de substâncias minerais, ou fósseis, existentes no interior ou na superfície da terra e que sejam ou venham a ser valiosas para a indústria", sob o domínio da União. O art. 2º, por sua vez, incluía as "fontes de águas minerais, termais ou gasosas" na classe XI de jazidas (SERRA, 2008, p. 42).

Em 1940 foi promulgado um novo Código de Minas (Decreto-Lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940) que manteve a classificação das jazidas minerais, incluindo entre estas as águas minerais, termais e gasosas. Além disso, o Código de 1940 estabeleceu que "a outorga do direito de lavra de uma fonte ou estância hidromineral importaria a do comércio de suas águas, cuja fiscalização competiria ao Ministério da Fazenda", portanto, ainda que as águas minerais pudessem ser comercializadas fora das estâncias minerais, eram provenientes destas. As águas "de mesa", por sua vez, só podiam ser comercializadas se contivessem a expressão

---

[232] As águas públicas de uso comum são aquelas do art. 2º do Código de Águas: os mares territoriais, incluindo "golfos, bahias, enseadas e portos; as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis; as correntes de que se façam estas águas; as fontes e reservatórios públicos; as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o '*caput fluminis*'; os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade". A perenidade das águas é essencial para que possam ser consideradas públicas, mas são consideradas perenes aquelas que secarem "em algum estio forte" (art. 3º). As águas públicas dominicais são aquelas "situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns" (art. 6º).

[233] De acordo com o art. 7º do Código de Águas, são comuns "as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam".

[234] As águas particulares são as "nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns", de acordo com o art. 8º do Código de Águas.

[235] O art. 98 do Código de Águas proibia "construções capazes de poluir ou inutilizar para o uso ordinário a água do poço ou nascente alheia, a elas preexistentes" e o art. 99 obrigava aquele que violasse esta disposição a demolir as construções feitas e responder por perdas e danos.

[236] Segundo Monica Serra (2008, p. 43) já existia nesta época a distinção entre águas minerais de mesa e as medicinais. As primeiras podiam ser vendidas livremente, pois a sua ingestão mesmo em grandes doses não acarretava qualquer perturbação para o organismo. Já as águas minerais medicinais eram aquelas com ação medicamentosa, que podiam produzir perturbações no organismo, e por isso eram vendidas somente em farmácias ou estabelecimento congêneres.

"não mineral". A competência para fiscalizar as estâncias hidrominerais era do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM (SERRA, 2008, p. 44).

O Código de Águas Minerais – CMA (Decreto-lei n. 7841, de 8 de agosto de 1945) redefiniu a questão. O art. 1º dispõe:

> Águas minerais são aquelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confiram uma ação medicamentosa.
> § 1º A presente lei estabelece nos Capítulos VII e VIII as características de composição e propriedades para classificação como água mineral pela imediata atribuição de ação medicamentosa.
> § 2º Poderão ser, também, classificadas como minerais, águas que, mesmo sem atingir os limites da classificação estabelecida nos Capítulos VII e VIII possuam inconteste e comprovada ação medicamentosa.

Em outras palavras, a lei determina o que são águas minerais a partir da sua finalidade, a ação medicamentosa. Há parâmetros de composição para que a água mineral seja considerada como tal (parágrafo primeiro), mas mesmo que a água não se enquadre nos parâmetros legais ela pode ser considerada mineral se tiver efeitos medicamentosos (parágrafo segundo). Caso a água se enquadre nos parâmetros legais, é automaticamente considerada mineral, caso não se enquadre, as suas propriedades medicamentosas podem ser comprovadas, por meio de análises sujeitas à aprovação da Comissão Permanente de Crenologia, definida no art. 2º do Código de Águas Minerais[237].

Segundo o art. 4º do CAM, "o aproveitamento comercial das fontes de águas minerais ou de mesa, quer situadas em terrenos de domínio público, quer do domínio particular" dependem do regime de autorizações de pesquisa e lavra instituído pelo Código de Minas de 1940, mas o "aproveitamento comercial das águas de mesa é reservado aos proprietários do solo" (parágrafo primeiro do art. 4º do Código de Águas Minerais). Foi a partir disso que o mercado de águas minerais individualizou-se, segundo Monica Serra (2008, p. 65), pois as águas minerais passaram a ser captadas fora dos balneários. Enquanto as estâncias hidrominerais sofreram um declínio, a água mineral engarrafada tornou-se um grande negócio.

[237] Há duas correntes de classificação das águas minerais. A escola alemã entende que são águas minerais aquelas que contem uma determinada quantidade de resíduos. A concepção latina classifica a água mineral a partir da sua ação ou efeitos. Em geral, as legislações (como a Diretiva Européia 80/777 de 15 de julho de 1980) estabelecem padrões físicos e químicos para classificar a água subterrânea como água mineral, como o conteúdo de minerais, a estabilidade, a pureza. E para que a água subterrânea adquira tais características há vários fatores: o tipo de rocha que as águas atravessam, o tempo que ficam em contato com a rocha, a profundidade e o percurso que fazem no fluxo subterrâneo (SERRA, 2008, p. 80-82).

Ocorre que a atribuição de efeitos medicamentosas das águas minerais engarrafadas "tornou-se uma falácia" (SERRA, 2008, p. 104). Isso porque os parâmetros de composição e propriedades da água mineral que constam nos arts. 35 e 36 do Código de Águas Minerais[238]

[238] Vale citar: "Art. 35. As águas minerais serão classificadas, quanto á composição química em:
I. Oligominerais, quando, apesar de não atingirem os limites estabelecidos neste artigo, forem classificadas como minerais pelo disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1º da presente lei.
II. Radíferas, quando contiverem substâncias radioativas dissolvidas que lhes atribuam radioatividade permanente.
III. Alcalino-bicarbonatadas, as que contiverem, por litro, uma quantidade de compostos alcalinos equivalente, no mínimo, a 0,200 g de bicarbonato de sódio.
IV. Alcalino-terrosas as que contiverem, por litro, ums quantidade de compostos alcalino-terrosos equivalente no mínimo a 0,120 g do carbonato de cálcio, distinguindo-se:
a) alcalino-terrosas cálcicas, as que contiverem, por litro, no mínimo 0,048 g de cationte Ca, sob a forma do bicarbonato de cálcio;
b) alcalino-terrosas magnesianas, as que contiverem, por litro, no mínimo, 0,30 g de cationte Mg, sob a forma de bicarbonato de magnésio.
V. Sulfatadas, as que contiverem, por litro, no mínimo 0,100 g do. anionte SO, combinado aos cationtes Na, K e Mg.
VI. Sulfurosas, as que contiverem, por litro, no mínimo 0,001 g do anionte S.
VII. Nitratadas, as que contiverem, por litro, no minimo 0,100 g do anionte NO, de origem mineral.
VII. Cloretadas, as que contiverem, por litro, no mínimo 0,500 g do ClNa (cloreto de sódio).
IX. Ferruginosas, as que contiverem, por litro, no mínimo 0,500 g do cationte Fe.
X. Radioativas, as que contiverem radônio em dissolução, obedecendo aos seguintes limites :
a) fracamente radioativas, as que apresentarem, no mínimo, um teor em radônio compreendido entre cinco e dez unidades Mache, por litro, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão;
b) radioativas, as que apresentarem um teor em radônio compreendido entre dez e 50 unidades Mache por 1itro, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão;
c) fortemente radioativas, as que possuirem um teor em radônio superior a 50 unidades Mache, por litro, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão.
XI. Toriativas, as que possuírem um teor em torônio em dissolução, equivalente em unidades eletrostáticas, a duas unidades Mache por litro, no mínimo.
XII. Carbogasosas, as que contiverem, por litro, 200 ml de gás carbônico livre dissolvido, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão.
§ 1º As águas minerais deverão ser classificadas pelo DNPM de acôrdo com o elemento predominante, podendo ter classificação mista as que acusarem na sua composição mais de um elemento digno de nota, bem como as que contiverem iontes ou substâncias raras dignas de notas (águas iodadas, arseniadas, litinadas etc.).
§ 2º As águas das classes VII (nitratadas) e VII (cloretadas) só serão consideradas minerais quando possuírem uma ação medicamentosa definida, comprovada conforme o § 3º do art. 1º da presente lei.
{...} Art. 36. As fontes de água mineral serão classificadas, além do critério químico, pelo seguinte:
1º) Quanto aos gases:
I. Fontes radioativas :
a) fracamente radioativas, as que apresentarem, no mínimo, uma vazão gasosa de um litro por minuto (l.p.m.) com um teor em radônio compreendido entre cinco e dez unidades Mache, por litro de gás espontâneo, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão;
b) radioativas, as que apresentarem no mínimo, uma vazão gasosa de 1 l.p.m., com um teor compreendido entre dez e 50 unidades Mache, por litro de gás espontâneo, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão;
c) fortemente radioativas, as que apresentarem, no mínimo, uma vazão gasosa de 1 l.p.m., com teor em radônio superior a 50 unidades Mache, por litro de gás espontâneo, a 20º C e 760 mm de Hg de pressão.
II. Fontes toriativas as que apresentarem, no mínimo, uma vazão gasosa de 1 1.p.m., com um teor em torônio na emergência equivalente em unidades eletrostáticas a duas unidades Mache por litro.
III. Fontes sulfurosas as que possuírem na emergência desprendimento definido de gás sulfidrico.
2º) Quanto à temperatura:
I. Fontes frias, quando sua temperatura for inferior a 25º C.
II. Fontes hipotermais, quando sua temperatura estiver compreendida entre 25 e 33º C.
III. Fontes m(ilegível)armais, quando sua temperatura estiver compreendida entre 33 e 36º C.
IV. Fontes isotermais, quando sua temperatura estiver compreendida entre 36 e 38º C.
V. Fontes hipertermais, quando sua temperatura fôr superior a 38º C".

foram há muito abrandados. Na prática, diversas águas têm sido classificadas como minerais, como as “fluoretadas” (sendo que flúor não faz parte dos parâmetros do art. 35) “radiotivas na fonte” ou “termais” (sendo que a radiotividade e a termalidade são características que não se mantém com o tempo e só poderiam servir para classificar as águas se elas fossem utilizadas na fonte) (SERRA, 2008, p. 148-150).

> Se de um total de 266 águas minerais engarrafadas existentes em 6 Estados brasileiros, apenas 16 são classificadas nos estritos termos do Código de Águas Minerais (6% do total), é forçoso concluir que este Código perdeu grande parte de sua eficácia quanto à conceituação e à classificação das águas minerais do país (SERRA, 2008, p. 151).

Outra conclusão possível é a de que há muita água engarrafada que não é mineral, pelos estritos parâmetros da lei. Como a lei não foi revogada, a atribuição da característica de “mineral” à substância que legalmente não o é constitui evidentemente um ilícito.

Há que se retornar ao tema da “água potável de mesa”. As águas potáveis de mesa são aquelas definidas no art. 3º do Código de Águas Minerais:

> Art. 3º Serão denominadas "águas potáveis de mesa" as águas de composição normal provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que preencham tão somente as condições de potabilidade para a região.
> Parágrafo único. O Ministro da Agricultura, em portaria, estabelecerá os limites de potabilidade, de acôrdo com os dados fornecidos pelo DNPM.

O art. 47 do mesmo dispositivo legal estabelece que “fica incluída na classe XI de que trata o art. 3º do Código de Minas, a categoria de águas de mesa”. Em outras palavras, as águas de mesa passam a fazer parte das jazidas minerais. “Esta previsão foi feita a fim de possibilitar que as águas que não atingissem os parâmetros estabelecidos no CAM para serem classificadas como minerais, mas que fossem potáveis, pudessem ser comercializadas para consumo humano” (SERRA, 2008, 152). As águas potáveis de mesa também se diferenciam da água mineral pelo fato de que o seu aproveitamento comercial é reservado ao proprietário do solo, segundo o já citado parágrafo primeiro do art. 4º do Código de Águas Minerais[239].

Na prática, qualquer água pode receber o rótulo de mineral. O DNPM flexibilizou completamente a classificação do Código de Águas Minerais e tornou letra morta aquelas que

[239] Em 1995 passou a ser permitido o engarrafamento e comercialização de outro tipo de água, que é hoje conhecida como “água purificada adicionada de sais”. Esta atividade foi regulada inicialmente pela Portaria do Ministério da Saúde n. 328, de 4 de dezembro de 1995, revogada pela Portaria do Ministério da Saúde n. 26, de 15 de janeiro de 1999, revogada também pela Resolução da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária n. 309, de 16 de julho de 1999. Trata-se de água captada do sistema de abastecimento ou de poços, tratada e adicionada de sais, podendo ser gaseificada. No Brasil existe também a soda, que segundo o Decreto Federal n. 2.314 de 4 de setembro de 1997 é “a água potável gaseificada com dióxido de carbono, com uma pressão superior a duas atmosferas, a vinte graus Celsius, podendo ser adicionada de sais”, fiscalizada apenas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SERRA, 2008, p. 167-169).

dependiam da comprovação de seu efeito medicamentoso perante a Comissão Permanente de Crenologia (SERRA, 2008, p. 161).

Em suma, a legislação ordinária anterior à Constituição trata das águas minerais e das águas potáveis de mesa como recursos minerais e, como recursos minerais, sob domínio da União e regulada pelo direito minerário, de 1967. Trata-se de um conjunto de diplomas legais da época em que as águas minerais eram utilizadas por sua ação medicamentosa e em instâncias hidrominerais.

A Constituição de 1988 de fato atribui à União o domínio dos recursos minerais, mas em nenhum dispositivo os define. Pode-se até admitir que antes de 1988 as águas minerais fossem vistas como "massas individualizadas de substâncias minerais", formando uma jazida, conforme o Código de Mineração de 1967. Mas depois da Constituição de 1988, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (que define todas as águas como recursos ambientais) e da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, é inconcebível que se admita a repartição do regime jurídico dos recursos hídricos, baseada numa visão antiga e equivocada de que havia águas separadas do ciclo hidrológico, do qual faz parte o fluxo sistêmico de águas subterrâneas. Além de representar uma aberração jurídica, o regime minerário aplicado às águas minerais causa uma confusão institucional e exclui uma parte da água subterrânea do gerenciamento integrado dos recursos hídricos:

> Considerando-se que no plano infraconstitucional o legislador tratou as águas minerais e potáveis de mesa como recursos minerais e, portanto, como bens da União, como exceção ao domínio geral das águas subterrâneas dos Estados, a ausência de linha divisória entre estes dois tipos de águas tem gerado um conflito institucional entre órgãos dos Estados, competentes para a gestão das águas de domínio estadual, e o próprio DNPM. Há casos práticos de empresas que, numa mesma propriedade, extraem águas de um mesmo aquífero, de mesma qualidade e características, em poços distintos, cuja outorga para a utilização destas mesmas águas é feita pelo Estado ou pela União, dependendo do uso destinado às águas de cada poço, sem que haja uma interação entre ambos os órgão competentes (SERRA, 2008, p. 162).

A diferenciação entre águas minerais e águas subterrâneas provoca situações absurdas como a do Circuito das Águas Minerais no Estado de Minas Gerais, em que as águas subterrâneas extraídas para finalidade de abastecimento público são geridas pelo sistema estadual e fiscalizadas pelo órgão competente. Mas a lavra particular da mesma água subterrânea que é considerada mineral está sob regulação do DNPM. Ambas as águas são idênticas em propriedades físico-químicas, mas as águas minerais têm tutela jurídica diferenciada (CAUBET, 2008, p. 61). Pode-se concluir:

> Consequentemente, as águas minerais não são incluídas na gestão dos recursos hídricos, cujo arcabouço jurídico determina que seja uma gestão integrada, descentralizada e com participação da sociedade civil, usuários e poder público, através dos comitês de bacia hidrográficas. Tal distinção ignora a participação das águas minerais no ciclo hidrológico e sua relação com as águas subterrâneas, a exploração das águas minerais pode ter seus impactos na subterrânea e vice versa (CAUBET, 2008, p. 61)[240].

Resta claro, portanto, que as águas minerais e as águas potáveis de mesa devem ser inseridas no sistema nacional e nos sistemas estaduais de gerenciamento de recursos hídricos. Não há justificativa para que a gestão das águas subterrâneas, com todo o conhecimento que já se produziu a respeito do ciclo hidrológico, seja amputada de uma quantidade importante de águas. Mesmo que se quisesse criar uma categoria de água mineral, baseada em critérios de pureza, qualidade e quantidade mínima de minérios, estas águas não poderiam ter domínio e gestão diferenciados do resto das águas subterrâneas que, estabelece a Constituição, pertence aos Estados.

4.6. Observações finais

O Aquífero Guarani, um sistema de formações geológicas repleto de água subterrânea, despertou a atenção de atores das mais diversas áreas da ciência, a partir da década de 1990. Aproximadamente vinte anos após a sua "descoberta", conhecimento técnico sobre o aquífero foi produzido e alcançou-se um grau de regulação internacional mínimo, com a assinatura de um tratado internacional em 2010.

O projeto sobre o Aquífero Guarani coordenado pela OEA e financiado em parte pelo Banco Mundial produziu interessantes resultados. Proporcionou um avanço dos conhecimentos técnicos sobre o aquífero, produziu diversos mapas, criou um sistema de informações, de monitoramento e de modelagem matemática e, acima de tudo, popularizou o

[240] Pode-se citar as conclusões de Monica Serra, autora do mais completo estudo sobre as águas minerais e o direito: "ainda que se considere que as águas minerais devam ser de qualidade diferenciada das demais águas potáveis – em regra, nem seus elementos têm-se apresentado raros e dignos de nota, nem as demais águas subterrâneas apresentam menor valor quanto às suas utilidades, estando ambas fluindo lado a lado, regidas pelo sistema de fluxo subterrâneo (SERRA, 2008, p. 170-171). [...] As águas minerais estão em conexão com as demais águas subterrâneas, num sistema de fluxo regido por leis físicas e matemáticas. Não existe mais a ideia, vigente no Código de Águas Minerais, de uma 'jazida' de água mineral, individualizada em relação ao seu meio e destacada do ciclo hidrológico ou da influência das demais águas subterrâneas. E é por isto que não mais se concebe a existência de gerenciamentos de águas separados: um para as águas subterrâneas em geral e outro para as águas minerais. O gerenciamento único destas águas melhor se amolda ao princípio de proteção ao meio ambiente insculpido na Constituição de 1988" (SERRA, 2008, p. 230).

Guarani, chamando a atenção para a necessidade de gestão dos usos das águas subterrâneas e do solo.

No entanto, pode-se fazer algumas críticas com relação à apatia dos Estados envolvidos em relação à pesquisa e conhecimento de seus próprios recursos naturais. Embora não se furtem a lançar mão do argumento da soberania sobre os recursos hídricos (conforme consta nos primeiros artigos do acordo sobre o aquífero e de acordo com o texto do Plano Estratégico de Ações – PEA desenvolvido no âmbito do PSAG), aparentemente não sabem como exercer a sua soberania, de forma a ter controle efetivo sobre os recursos.

O simples fato do projeto ter sido financiado pelo Banco Mundial e coordenado pela OEA por si só não significa que "interesses estrangeiros" estejam dominando o Aquífero Guarani e usurpando sua posse da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. Mas pode-se afirmar que do ponto de vista estratégico teria sido muito mais indicado fomentar a pesquisa no território dos Estados do Cone Sul.

O valor total do projeto foi de aproximadamente 26 milhões de dólares, sendo que 12 milhões foram pagos pelos próprios países que abrigam o Mercosul. É de se perguntar porque o Brasil, potência regional, uma das grandes economias do mundo, não financiou e coordenou o projeto, como tinha condições de fazê-lo? Por que não incentivar que os levantamentos e pesquisas de campo fossem feitos pelas universidades e técnicos da região, ao invés de repassar as tarefas para contratadas e subcontratadas estrangeiras? Por que não propiciar a produção de conhecimento sobre o que se acreditava ser a maior reserva de água doce do mundo na região dos detentores desta reserva? No mínimo, poderia se obter como resultado uma maior capacitação dos técnicos e das empresas da região; na melhor das hipóteses, as informações sobre o aquífero seriam de domínio exclusivo de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai... Haveria uma tendência histórica à valoração excessiva dos conhecimentos externos ou simplesmente descaso com o aquífero?

Os Estados do Mercosul tiraram algumas lições dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU. Como visto, o Acordo sobre o Aquífero Guarani ressalta o princípio da soberania estatal e a inclusão do aquífero no domínio territorial de Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. O Acordo se refere ao Comitê Intergovernamental Coordenador - CIC, do âmbito do Tratado da Bacia do Prata, como base institucional para cooperação e também para mediação de eventuais controvérsias. É de se ressaltar que o Acordo define o aquífero Guarani como "recurso hídrico transfronteiriço" e não como "formação geológica de onde se pode extrair água" – definição que a CDI adotou e que possibilitou a sujeição de partes do aquífero à soberania estatal.

Para o procedimento que deve ser adotado quando um dos países resolver empreender algum projeto impactante – as medidas planejadas, conforme a terminologia da CDI – o Acordo dedica alguns artigos detalhados e com prazos determinados.

No entanto, no que se refere à conservação e preservação das águas do aquífero e dos ecossistemas dele dependentes, o texto do Acordo sobre o Aquífero Guarani ficou aquém do esperado, tratando-se de um texto posterior à Resolução AG/ONU n. 63/124, de 15 de janeiro de 2009.

A gestão, o monitoramento e o aproveitamento sustentável do aquífero são direitos soberanos dos Estados e não deveres, como estipulado nas diversas Declarações resultantes de Conferências da ONU – às quais o Acordo se refere no preâmbulo. O Acordo consagra a obrigação de se evitar prejuízos sensíveis, mas não fornece definições sobre uso equitativo, razoável, sustentável ou múltiplo – tampouco concede prioridade para as necessidades humanas vitais, tal como previsto na Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços.

A partir do Acordo sobre o Guarani e dos conhecimentos produzidos no âmbito do projeto SAG, pode-se afirmar que as bases para cooperação entre os países para um verdadeiro gerenciamento conjunto das águas do Guarani estão lançadas. Mas alguns esforços ainda são necessários no intuito de tornar a cooperação efetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro a respeito dos recursos hídricos é contraditório, no sentido de açambarcar princípios e instrumentos progressistas e dogmas contraproducentes.

A Constituição de 1988 impõe uma complexa repartição de competências, mas é clara com relação ao que pertence a quem dentro da Federação. As águas subterrâneas pertencem aos Estados, segundo a letra do art. 26, I da Constituição. Ainda assim, é possível encontrar quem pretenda fazer analogia com a situação das águas superficiais, com o propósito de transferir para o domínio da União as águas subterrâneas que se estendem pelo subsolo de dois ou mais Estados. Há também uma proposta de Emenda Constitucional (n. 43/2000) com o mesmo objetivo.

De qualquer forma, nem é preciso uma emenda constitucional ou pareceres de doutrinadores para que a União tenha o controle dos recursos hídricos dos Estados. O fato de se admitir a existência de um regime jurídico especial para as águas minerais, com base numa legislação de 1945 e na omissão dos juristas em declará-la inconstitucional, já é uma fórmula à brasileira de usurpar dos Estados o que lhes é de direito. As águas minerais no Brasil, como visto, podem receber este rótulo sem que se respeitem os parâmetros legais do já ultrapassado Código de Águas Minerais. Este estabelece critérios físicos e químicos, para que a água seja

considerada mineral, que não são respeitados; ainda oferece a possibilidade de que a água subterrânea seja considerada mineral simplesmente em função de seus efeitos "medicamentosos". Por isso, é possível encontrar água engarrafada com o rótulo de mineral que não contém qualquer mineral, tampouco grau mínimo de pureza ou qualidade. O engodo das águas fluoretadas, por exemplo, evidencia como uma decisão política – a de impor o rótulo "mineral" a determinada água – pode fragmentar a gestão da água, que deveria ser integrada e sistematizada. É imperativo reconhecer a inconstitucionalidade destas normas que tratam boa parte das águas subterrâneas como recurso mineral, subtraindo-a da necessária gestão integrada dos recursos hídricos.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro oferece dispositivos bem avançados para gestão da água e do meio ambiente. A Constituição de 1988 dedica um capítulo ao tema do meio ambiente, há uma lei da Política Nacional de Meio Ambiente e uma lei da Política Nacional de Recursos Hídricos. Esta determina que haja participação pública na gestão da água, que as decisões devem ser adotadas no âmbito mais descentralizado possível, que a gestão da água seja sistemática e integrada com a gestão do solo, da zona costeira e do meio ambiente. No entanto, há um descompasso entre o que as normas prevêem e o que ocorre na prática. Como atestaram os técnicos do PSAG, os países onde ocorre o Aquífero Guarani "incorporaram princípios e instrumentos adequados às necessidades de gestão e proteção das águas subterrâneas. Entretanto, salvo casos pontuais, não se traduziram em avanços efetivos e concretos" (OEA, 2009, p. 31).

5. DIMENSÕES PRÁTICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DA ÁGUA DOCE

O trabalho realizado até agora apresentou as normas de Direito Internacional existentes para regular as relações entre os Estados no trato dos recursos hídricos de água doce que ocorrem em seus territórios, ou nos seus subsolos. Algumas das normas apresentadas são apenas estudos, outras são simples recomendações e há um texto importante que não entrou em vigor, apesar de concebido como tratado no âmbito da ONU.

Além das normas, relatou-se o contexto das relações internacionais em que foram produzidas declarações e recomendações aos Estados, sobre como lidar com a água doce e com as questões de acesso à água potável e saneamento. Os debates sobre um direito humano à água aumentaram na mesma proporção em que a competição pelos usos da água se tornou mais acirrada.

Estas respostas dadas pelo Direito aos problemas da água deve ser confrontadas com as soluções propostas em casos paradigmáticos de conflitos pela água. Em outras palavras, deve-se investigar, além do que o Direito propõe, o que efetivamente realiza. Trata-se de analisar as respostas, contextualizadas historicamente, dadas pelo Direito nos casos em que divergências foram submetidas a um procedimento formal de solução pacífica de controvérsias. Este é o propósito do presente capítulo.

Serão apresentados os casos do rio Oder, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI, em 1929; do rio Mosa, julgado pela mesma Corte em 1936; o caso do Lago Lanoux, que contrapôs França e Espanha e foi resolvido por uma arbitragem em 1957; e as últimas decisões da Corte Internacional de Justiça – CIJ sobre água: o caso Gabcikovo-Nagymaros (1997) e o recente caso das fábricas de papel, dito das *papeleras,* no rio Uruguai (2010).

Longe de representarem decisões neutras ou animadas unicamente pelo espírito de justiça, as sentenças que serão analisadas são o resultado político-jurídico do embate entre interesses divergentes de atores das relações internacionais, em diferentes épocas. A força do Direito não se encontra simplesmente na letra da lei e dos tratados, mas na significação prática que eles produzem por meio da interpretação.

Com relação às fontes, é preciso registrar que todas as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI e da Corte Internacional de Justiça - CIJ estão disponíveis no

sítio da rede internet da própria CIJ[241]. A decisão da arbitragem do caso do Lago Lanoux está disponível no relatório de sentenças arbitrais das Nações Unidas[242].

5.1. O caso relativo à jurisdição territorial da Comissão do rio Oder (CPJI, 1929)

O caso relativo à "jurisdição territorial da Comissão Internacional do Rio Oder" envolveu o Reino Unido, a República da Tchecoslováquia, o Reino da Dinamarca, a República francesa, o Império Alemão e o Reino da Suécia, de um lado, e a República da Polônia, de outro. A questão, submetida à Corte Permanente de Justiça Internacional em outubro de 1928, referia-se aos limites territoriais da jurisdição da Comissão Internacional do Rio Oder, criada pelo Tratado de Versalhes.

5.1.1. A internacionalização do rio Oder e a criação da Comissão Internacional

O art. 331 do Tratado de Versalhes declarou a internacionalização de vários rios europeus, entre eles, o Oder[243]. O dispositivo do art. 341 do mesmo tratado, por sua vez, determinou que o rio Oder deveria ser colocado sob a administração de uma comissão internacional[244]. Esta comissão tinha competência para elaborar um projeto que definisse – entre outras coisas - as partes do rio ou seus tributários aos quais se aplicaria o regime de Direito Internacional (arts. 343 e 344). Na ausência deste projeto deveria ser aplicado o

[241] O endereço do sítio da Corte Internacional de Justiça na rede internet é http://www.icj-cij.org/. As decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional estão disponíveis em http://www.icj-cij.org/pcij/.
[242] O relatório de sentenças arbitrais das Nações Unidas (*Reports of International Arbitral Awards*) está disponível no sitio da rede internet da própria ONU: http://untreaty.un.org/cod/riaa/index.html.
[243] Conforme o texto original: *"Article 331. The following rivers are declared international: the Elbe (Labe) from its confluence with the Vltava (Moldau), and the Vltava (Moldau) from Prague; the Oder (Odra) from its confluence with the Oppa; the Niemen (Russstrom-Memel-Niemen) from Grodno; the Danube from Ulm; and all navigable parts of these river systems which naturally provide more than one State with access to the sea, with or without transshipment from one vessel to another; together with lateral canals and channels constructed either to duplicate or to improve naturally navigable sections of the specified river systems, or to connect two naturally navigable sections of the same river. The same shall apply to the Rhine-Danube navigable waterway, should such a waterway be constructed under the conditions laid down in Article 353"*.
[244] No original: *"Article 341. The Oder (Odra) shall be placed under the administration of an International Commission, which shall comprise: 1 representative of Poland; 3 representatives of Prussia; 1 representative of the Czecho-Slovak State; 1 representative of Great Britain; 1 representative of France; 1 representative of Denmark; 1 representative of Sweden. If certain of these representatives cannot be appointed at the time of the coming into force of the present Treaty, the decisions of the Commission shall nevertheless be valid"*.

regime dos artigos 332 a 337 do Tratado de Versalhes, segundo os quais, basicamente, nos cursos de água declarados internacionais os nacionais das Potências deveriam ser tratados em pé de perfeita igualdade, sem que se pudesse fazer distinção entre os nacionais de qualquer Potência e os nacionais de um Estado ribeirinho.

A primeira reunião da Comissão Internacional do rio Oder ocorreu em março de 1920, mas não se conseguiu chegar a um consenso a respeito da internacionalização de dois tributários do rio Oder, os rios Warthe e Netze que estavam situados integralmente em território polonês, uma vez que a República da Polônia opunha-se à completa internacionalização dos tributários navegáveis (CPJI, 1929, p. 13-14).

A França e o Reino Unido fizeram uma consulta ao Secretário Geral da Liga das Nações, para que fosse esclarecido se a Comissão tinha competência para fixar os limites do "rio internacional e seus tributários" acima do ponto em que delimita a fronteira entre Alemanha e Polônia, ou seja, em território polonês, onde já eram navegáveis. Foi instituído um Comitê no âmbito da Liga das Nações, cujo parecer com uma sugestão de conciliação, adotado em 27 de novembro de 1924 foi rejeitada pela Polônia. A partir disso, passou-se à negociação da submissão da questão à jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional, o que foi feito em 30 de outubro de 1928 com a assinatura de um acordo especial (CPJI, 1929, p. 15-16).

5.1.2. A decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional

Segundo o acordo especial, a Corte deveria decidir sobre duas questões. A primeira era a seguinte: a jurisdição da Comissão Internacional do Oder estendia-se às partes dos rios Warthe e Netze, tributários do Oder, situados em território polonês? Caso a resposta fosse afirmativa, a CPJI também teria que formular resposta para a pergunta: qual é a regra para a determinação dos limites de sua jurisdição? (CPJI, 1929, p. 16).

Nas audiências, o representante da Polônia argumentou que o art. 341 do Tratado de Versalhes estabelecia que somente "o Oder" fosse submetido à jurisdição da Comissão Internacional e não "o Oder e seu sistema". A Corte não aceitou o argumento, já que isso representaria uma mudança nos termos das questões que foram a ela apresentadas pelo acordo especial. Subentendeu-se que a jurisdição da Comissão do Oder não se restringia ao rio principal, mas se estendia para os seus tributários. A controvérsia estava no limite desta

jurisdição, se ela se estendia até o ponto de montante navegável dentro de território polonês (CPJI, 1929, p. 17-18).

O representante da Polônia arguiu outra questão durante as audiências, referente à aplicabilidade da Convenção de Barcelona de 1921. A CPJI respondeu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tratado de Versalhes, mas este mesmo documento estabelece no art. 338[245] que o seu texto poderia ser completado, modificado ou modernizado por uma convenção internacional geral elaborada pelos Aliados e pelas Potências associadas e aprovada pela Liga das Nações. Esta convenção era a Convenção de Barcelona de 1921, conforme recorrentemente alegado pelas seis Potências no litígio. Ocorre que a República da Polônia não ratificou a Convenção de Barcelona e, portanto, afirmou que não poderiam ser aplicadas as suas disposições. As seis Potências pediram que a Corte não levasse em consideração argumentos poloneses trazidos à lume em estágio avançado do procedimento. A Corte entendeu que a decisão sobre quais os tratados que são aplicáveis ao caso é essencial e que o argumento polonês não poderia ser desconsiderado (CPJI, 1929, p. 19).

A questão, portanto, era de se saber se a obrigação do art. 338 do Tratado de Versalhes era suficiente para tornar a Convenção de Barcelona aplicável ao caso, mesmo que a Polônia não tivesse ratificado dita convenção[246]. A Corte entendeu que a Convenção de Barcelona de fato foi estabelecida pelas Potências, conforme o art. 338 do Tratado de Versalhes, mas não se poderia admitir que a ratificação por parte da Polônia fosse ato supérfluo e dispensável para que produzisse efeitos em relação a ela (CPJI, 1929, p. 20). Portanto, o caso tinha que ser resolvido unicamente com base no Tratado de Versalhes.

A Corte entendeu que, ainda que o art. 341 não definisse os limites territoriais da administração da comissão, devia-se levar em conta o art. 331 do mesmo Tratado de Versalhes que indicava os limites dentro dos quais o sistema do rio era internacionalizado. A Polônia argumentava que a internacionalização do rio – regida pelos artigos 332 a 337 do

---

[245] No original: *"Article 338. The regime set out in Articles 332 to 337 above shall be superseded by one to be laid down in a General Convention drawn up by the Allied and Associated Powers, and approved by the League of Nations, relating to the waterways recognised in such Convention as having an international character. This Convention shall apply in particular to the whole or part of the above-mentioned river systems of the Elbe (Labe), the Oder (Odra), the Niemen (Russstrom- Memel-Niemen), and the Danube, and such other parts of these river systems as may be covered by a general definition.*
Germany undertakes, in accordance with the provisions of Article 379, to adhere to the said General Convention as well as to all projects prepared in accordance with Article 343 below for the revision of existing international agreements and regulations".

[246] A própria Convenção de Barcelona de 1921 afirmava, no art. 2º, que seus dispositivos não afetavam os do Tratado de Versalhes. O interesse de aplicar a Convenção de Barcelona ao rio Oder se deve ao fato de que esta convenção estabelece um regime de liberdade de navegação para os rios navegáveis que separam ou atravessam o território de diferentes Estados. Como já mencionado no primeiro capítulo desta tese, os cursos de água são definidos de forma bastante ampla pela Convenção de Barcelona.

Tratado de Versalhes – não significava a mesma coisa que a administração por uma comissão internacional. Mas a Corte entendeu que os limites territoriais do regime de internacionalização eram os mesmos da administração, logo a competência da Comissão se estende por toda a porção do rio e do sistema do rio que são internacionalizados (CPJI, 1929, p. 23).

Portanto, para a Corte Permanente de Justiça Internacional, o art. 331 do Tratado de Versalhes é o que determina a extensão da competência da Comissão Internacional do rio Oder. Este artigo determina que o Oder e outros rios são internacionalizados, bem como "todas as partes navegáveis destes sistemas de rios, que naturalmente proporcionam a mais de um Estado acesso ao mar; com ou sem transbordo de um navio para outro; junto com canais laterais ou construídos para aumentar ou melhorar as partes naturalmente navegáveis do sistema de rio ou para conectar duas partes naturalmente navegáveis do mesmo rio"[247]. A única controvérsia dizia respeito, segundo a Corte, ao significado de "todas as partes navegáveis".

Há apenas duas condições para que o rio seja internacionalizado, segundo a decisão da CPJI. Uma é a de que o rio seja navegável, a outra é de que proporcione o acesso ao mar para mais de um Estado. A Polônia argumentou que os trechos dos rios Warthe e Netze, tributários do Oder, situados exclusivamente dentro de seu território, proporcionavam acesso ao mar unicamente à própria Polônia. As seis Potências afirmavam que a condição para a internacionalização era o fato do rio e seus tributários poderem significar o acesso ao mar para mais de um Estado, não importando quais partes do rio ou de seus tributários pudessem ser considerados (CPJI, 1929, p. 25).

A Corte entendeu que não era possível se restringir a interpretações gramaticais do texto do Tratado de Versalhes, mas que era preciso recorrer aos princípios gerais do Direito Internacional Fluvial. A sentença admite que o desejo de "dar livre acesso ao mar aos Estados de montante" é algo significativo na formação do princípio da liberdade de navegação, como argumentou a Polônia (CPJI, 1929, p. 26).

No entanto, segundo a Corte, não se trata apenas de propiciar a passagem até o mar para os ribeirinhos de montante, o princípio da liberdade de navegação está baseado numa ideia de comunidade de interesses entre os Estados ribeirinhos. Vale citar:

> Quando se observa a maneira pela qual os Estados têm tratado as condições

[247] No original: "*and all navigable parts of these river systems which naturally provide more than one State with access to the sea, with or without transshipment from one vessel to another; together with lateral canals and channels constructed either to duplicate or to improve naturally navigable sections of the specified river systems, or to connect two naturally navigable sections of the same river*".

> concretas decorrentes do fato de que um mesmo rio atravessa ou separa o território de mais de um Estado, e a possibilidade de cumprir exigências de justiça e as considerações de utilidade que este fato põe em relevo, observa-se de imediato que a solução do problema não foi buscada na ideia de um direito de passagem em favor dos Estados de montante, mas no de uma comunidade de interesses dos Estados ribeirinhos. Esta comunidade de interesses em um rio navegável se torna a base de uma comunidade de direitos, cujos traços essenciais são a perfeita igualdade entre todos os Estados ribeirinhos no uso de todo o curso do rio e a exclusão de qualquer preferência de um ribeirinho em relação aos outros[248] (CPJI, 1929, p. 27).

Em outras palavras, segundo a CPJI, os Estados inspiraram-se numa ideia de justiça e utilidade para atingir a liberdade de navegação, por esta razão existia entre eles uma comunidade de interesses, transformada pelo Direito em comunidade jurídica. Baseando-se nesta comunidade, a Corte decidiu que os tributários do Oder situados em território polonês deveriam ser submetidos à administração da Comissão Internacional do Oder. É como se, em se tratando de liberdade de navegação, a Corte adotasse uma concepção unitária e ampla de bacia hidrográfica, algo que nem havia sido aventado na época.

Se há uma comunidade de direitos sobre um curso de água navegável que separa ou atravessa mais de um Estado, esta comunidade se estende a todas as partes navegáveis do curso de água, não parando na última fronteira. Além disso, consta na sentença da Corte que o Tratado de Versalhes – bem como os outros tratados de paz do fim da primeira Grande Guerra – adotaram uma posição de completa internacionalização do rio, ou seja, liberdade de navegação para todos os Estados, fossem eles ribeirinhos ou não. Mesmo os países não ribeirinhos poderiam ter representantes na comissão de rios internacionalizados, segundo a CPJI, pois a intenção era a de garantir a liberdade de navegação nos cursos de água, algo do interesse de todos os Estados (CPJI, 1929, p. 28).

A Corte Permanente de Justiça Internacional concluiu, portanto, que a jurisdição da

---

[248] No original, em inglês e em francês: *"But when consideration is given to the manner in which States have regarded the concrete situations arising out of the fact that a single waterway traverses or separates the territory of more than one State, and the possibility of fulfilling the requirements of justice and the considerations of utility which this fact places in relief, it is at once seen that a solution of the problem has been sought not in the Idea of a right of passage in favour of upstream States, but in that of a community of interest of riparian States. This community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any riparian State in relation to the others"*.[...]
"Mais, lorsqu'on examine de quelle manière les États ont envisagé les conditions concrètes créés par Le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un État et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait mete en relief, on voit tout de suite que ce n'est pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des États d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des États riverains que l'on a cherche la solution du problème. Cette communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont te traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres" (CPJI, 1929, p. 27).

Comissão Internacional do Oder estende-se às partes do rio Warthe e Netze situadas em território polonês (CPJI, 1929, p. 29).

Respondendo a segunda questão que foi colocada, relativa à extensão da jurisdição da Comissão Internacional do Oder sobre os rios Warthe e Netze, a Corte afirmou que o regime de internacionalização e, portanto, a jurisdição da Comissão se estende ao ponto em que os rios Warthe e Netze deixam de ser navegáveis naturalmente ou deixam de ser navegáveis por meio de canais laterais, canais que aumentem ou melhorem a navegabilidade do rio, ou canais que conectem partes naturalmente navegáveis do mesmo rio. A decisão da Corte foi proferida no dia 10 de setembro de 1929 (CPJI, 1929, p. 31-32).

A sentença deste caso do rio Oder é interessante justamente por evidenciar o quanto a força das Potências do início do século XX contra uma recém criada República polonesa pesou na solução do caso concreto. A internacionalização dos rios, tal como proclamada pelo Tratado de Versalhes tinha por objetivo garantir a liberdade de navegação em cursos de água internacionais, os que atravessam ou separam o território dos Estados. Foi necessário recorrer a ideias de justiça e princípios éticos para justificar que a Comissão Internacional pudesse exercer seus poderes sobre parte de um tributário do rio internacionalizado exclusivamente situado em território polonês.

5.2. O caso das captações de água do rio Mosa (CPJI, 1937)

O caso da tomada de águas do rio Mosa opôs Holanda e Bélgica e foi julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 28 de junho de 1937[249]. A demanda se referia à uma série de obras e captações de água do rio Mosa feitas tanto pela Bélgica quanto pela Holanda.

O governo do Reino da Holanda deu início ao procedimento perante a CPJI em 1º de agosto de 1936, questionando as obras empreendidas pela Bélgica e relativas ao Canal Albert, e as captações de água necessárias para alimentar os vários canais já existentes, frente ao Tratado de 12 de maio de 1863, que estabelecia entre os dois países o regime para captações de água do Mosa. A Bélgica propôs uma demanda reconvencional contra a Holanda, em razão da construção do Canal Juliana e de uma barragem no Mosa, em 28 de janeiro de 1937 (CPJI,

[249] No original: *"The diversion of water from the Meuse, judgement of June 28th 1937"*.

1937, p. 5).

5.2.1. O rio Mosa e o contexto da controvérsia

O Mosa é um rio que nasce na França, cruza a Bélgica, forma a fronteira entre a Bélgica e a Holanda e entra em território holandês alguns quilômetros a montante de Maastricht. Depois de Maastricht, entre Borgharen e Wessem-Maasbracht, o Mosa forma novamente a fronteira entre os dois países. Depois de Wessen-Maasbracht, o Mosa entra no território da Holanda. Segundo a CPJI, na sua maior parte o Mosa é canalizado e a sua mais importante função é a de fornecer água para outros cursos d'água (CPJI, 1937, p. 9-10).

Durante o século XVIII foi planejada a construção de um canal entre o Mosa e o Reno, algo que não foi concluído, mas o que se seguiu foi realizado como parte deste plano. Com a constituição em 1815 do Reino da Holanda, iniciou-se a construção de um canal de Maastricht até Bois-le-Duc, chamado de Zuid-Willemsvaart, concluído em 1826. A água necessária para abastecer o canal era captada do Mosa pela eclusa de n. 20. Houve um período turbulento durante o qual a eclusa 20 foi fechada e um novo ponto de captação do Mosa foi construído em Hocht (eclusa n. 19), que passou a fazer parte da Bélgica, quando Bélgica e Holanda fizeram secessão. Em 1845 um tratado concluiu pela construção de um prolongamento do canal de Zuid-Willemsvaart até Liége: o Canal Liége-Maastricht. Este novo canal era alimentado pela eclusa 20 e pela captação em Hocht.

No entanto, o governo belga deu início à construção de vários outros canais – Canal de la Campine, Canal de Turnhout, Canal de Hasselt e Canal du Camp de Beverloo – que partiam da extremidade norte da parte belga do Zuid-Willemsvaart em direção ao oeste. Muita água era necessária para irrigar a região de Campine, que a Bélgica pretendia tornar fértil, agricultável e próspera. Para que fosse possível prover a quantidade de água necessária, a Bélgica "foi obrigada a construir" um canal lateral perto da eclusa de Hocht, fazendo com que o fluxo de água que fluía para o Zuid-Willemsvaart diminuísse drasticamente, tornando-o impróprio para navegação (pela excessiva velocidade da água) e prejudicando interesses holandeses. (CPJI, 1937, p. 10-11).

Holanda e Bélgica negociaram um solução por dez anos até assinarem um tratado em 1861, que não foi ratificado pela Holanda. A questão foi resolvida em 12 de maio de 1863 com a assinatura de um tratado que foi a base jurídica para a sentença da Corte (CPJI, 1937, p.

12).

Este tratado de 1863 estipulava três providências necessárias para lidar com a questão. Primeiramente, deveria ser construído um novo ponto de captação de águas do Mosa, logo a jusante de Maastricht e ao pé das fortificações daquela cidade. Este novo ponto de captação de água deveria alimentar todos os canais a jusante de Maastricht, conforme o artigo I do tratado. A eclusa n. 19 em Hocht deveria ser desativada e substituída por uma nova eclusa no Zuid-Willemsvaart a montante do ponto de captação previsto no artigo I. O art. IV determinava a quantidade de água que poderia ser captada do Mosa: 10 m^3 por segundo quando o nível do rio está acima da estiagem; quando as águas estão no nível da estiagem ou abaixo dele, essa quantia está fixada em 7 1/2 m^3 por segundo de outubro a junho e em 6m^3 de junho a outubro. A altura da estiagem está fixada pela régua da ponte de Maastricht e corrresponde a um mínimo de 70 cm de calado entre Maastricht e Venlo.

A segunda providência consistia na elevação do nível do canal Zuid-Willemsvaart de Maastricht até Bocholt; e a terceira, no aumento das obras no próprio Mosa na parte contígua à Bélgica e à Holanda, para que se pudesse retirar mais água sem prejudicar a navegação. O novo ponto de captação da água do Mosa estava em território holandês, para desconforto do governo belga (CPJI, 1937, p. 12-13).

O tratado passou por uma revisão em 1873, mas no final do século XIX tornou-se evidente que novas e melhores obras eram necessárias para o desenvolvimento comercial dos dois países. Em 1906, o governo holandês propôs a criação de uma comissão para análise de projetos de obras para melhorar a navegação no rio. O relatório produzido por esta comissão em 1912 concluía que era necessário canalizar a parte contígua do rio. Por causa da eclosão da primeira guerra mundial, nenhuma providência foi de fato adotada. Em 1921, o governo holandês submeteu à comissão um projeto de construção de um canal lateral, na margem direita do Mosa, de Maastricht até Maasbracht, ou seja, inteiramente em território holandês. A Bélgica se opôs e as negociações diplomáticas que se seguiram resultaram na assinatura de um novo tratado, em 1925, cuja ratificação foi rejeitada por uma das câmaras do parlamento holandês (CPJI, 1937, p. 14).

Mesmo assim a Holanda deu início à construção de um canal, chamado de Canal Juliana (que permitiria que navios maiores tivessem acesso à Maastricht e que estabelecia uma ligação com o Canal Liége-Maastricht), e uma nova eclusa, a eclusa Bosscheveld, situada precisamente a jusante da captação de água criada pelo tratado de 1863. Além disso, foi concluída uma barragem, chamada de Borgharen, em 1929, a jusante de Maastricht. O Canal Juliana foi aberto para navegação em 1934 e a eclusa Bosscheveld foi inaugurada em

1931 (CPJI, 1937, p. 15).

A Bélgica, por outro lado, decidiu construir um canal de Liége a Antuérpia, conhecido como o Canal Albert. Este deveria captar água do Mosa a montante de uma barragem situada em Monsin, e conectar-se com os cursos de água de Antuérpia por meio da eclusa Wyneghem. A construção começou em 1930 (CPJI, 1937, p. 15).

Como não houve progresso nas negociações entre Holanda e Bélgica, a Holanda iniciou o procedimento perante a Corte Permanente de Justiça Internacional com uma petição, de 1º de agosto de 1936, questionando se as construções relacionadas ao Canal Albert constituiriam uma infração ao tratado de 1863. A Bélgica apresentou uma demanda reconvencional, questionando se o Canal Juliana e a barragem de Borgharen eram compatíveis com o tratado de 1863. A Corte entendeu que não são aplicáveis ao caso os princípios gerais de Direito Internacional relativos aos rios, pois a questão deveria ser resolvida unicamente com base no tratado de 1863 (CPJI, 1937, p. 16).

5.2.1. A decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional

A primeira demanda do governo da Holanda era que a CPJI declarasse que eram contrárias ao tratado de 1863 as obras que permitiriam que um canal situado a jusante de Maastricht fosse alimentado com as águas do Mosa, captadas fora de Maastricht. A Holanda entendia que detinha um privilégio especial em razão do fato de que a única captação de água permitida pelo tratado era aquela situada em Maastricht, ou seja, em território holandês; por isso o tratado lhe garantia uma posição privilegiada de controle (CPJI, 1937, p. 18-19). A Corte entendeu que não poderia aceitar uma tese que mudasse as características do tratado e ampliasse os seus termos. Não havia privilégios especiais reservados à Holanda (CPJI, 1937, p. 20).

A segunda demanda da Holanda era a declaração de que eram contrários aos dispositivos do tratado de 1863: a alimentação da parte belga do canal Zuid-Willemsvaart, do Canal Campine, do braço deste canal direcionado a Hasselt e do direcionado a Beverloo Camp, bem como o Turnout Canal, por meio da eclusa Neerhaeren (CPJI, 1937, p. 20).

A Corte admitiu que qualquer captação de água do Mosa a montante ou a jusante de Maastricht representaria uma infração ao regime estabelecido no tratado, cujo art. I determinava que a única captação de água do Mosa se daria em Maastricht. No entanto, era

preciso determinar se a passagem de água por uma eclusa constituiria uma infração do art. I do tratado. Uma eclusa por si só não representa uma captação de água. Uma eclusa é uma construção de comportas com o propósito de reter a água em um determinado patamar de forma a possibilitar que barcos passem de patamares inferiores a superiores e vice-versa. A eclusa funciona conforme as necessidades de navegação. Se o curso de água for um canal, para que ele não venha a secar ele depende de uma alimentação de água que garanta constantemente o enchimento do patamar mais alto. Não se pode negar, afirma a sentença da CPJI, que a descarga de água de uma eclusa constitui provavelmente a forma normal de alimentar os sucessivos patamares de um canal (CPJI, 1937, p. 21-22).

O governo da Bélgica argumentou que não pode ser considerada uma infração ao tratado a existência e o funcionamento de eclusas, já que o próprio tratado previa que a eclusa 19 localizada em Hocht deveria ser reconstruída em outro lugar. Em outras palavras, a água que passa pelas eclusas não poderia ser considerada como uma fonte de captação de água do Mosa proibida pelo tratado. Por outro lado, argumentou a Holanda que o volume de água que é necessário para alimentar a eclusa 19 é de poucas dimensões e não pode ser comparado com os 3900 m^3 da eclusa Neerhaeren (CPJI, 1937, p. 22).

A Corte Permanente de Justiça Internacional entendeu que nem a demanda da Holanda nem a da Bélgica poderiam receber provimento. Se adotasse a posição defendida pela Bélgica, o resultado seria que nenhuma eclusa e nenhum volume de água descarregado por uma eclusa poderia ser considerado uma ofensa ao tratado, e desta forma, estaria permitida a construção de obras e eclusas e a descarga de qualquer volume de água, mesmo frustrando os objetivos do tratado. Por outro lado, a tese da Holanda, segundo a qual qualquer descarga de água pela eclusa Neerhaeren no canal Zuid-Willemsvaart necessariamente resultaria numa ofensa ao art. I do tratado, significaria também ignorar os objetivos em razão dos quais o tratado fora firmado[250] (CPJI, 1937, p. 23).

Se havia alguma distinção a ser feita entre a eclusa de Neerhaeren e a 19, que já

[250] No original: *"The Court considers that neither the Belgian nor the Netherlands contention can be accepted in its entirety. When it is remembered that the provisions of the Treaty of 1863 were adopted in order to overcome certain actual difficulties connected with the feeding of the canals below Maestricht, it is seen to be impossible to isolate Article I, and to interpret it without reference to those difficulties. That Article has indeed to be interpreted in conjunction with the other articles, with which it forms a complete whole. To adopt the Belgian contention, according to which no lock, when used for navigation, and no volume of water discharged through a lock when being utilized for that purpose, could constitute an infraction of Article I, would open the door to the construction of works and the discharge of water in such quantities that the intentions of the Treaty would be entirely frustrated. On the other hand, to adopt the Netherlands contention and to hold that any discharge of water into the Zuid-Willemsvaart through the treaty feeder, must result in an infraction of Article I – irrespective of the consequences which such discharge of water might produce on the velocity of the current in the Zuid-Willemsvaart, or on the navigability of the joint section of the Meuse – would be to ignore the objects with which the Treaty was concluded"* (CPJI, 1937, p. 23).

existia, essa distinção não poderia ser feita com base no tamanho das eclusas, mas nos efeitos que elas produzem. Segundo a Corte, não haviam sido apresentados documentos que comprovassem que a descarga de água da eclusa Neerhaeren produziria uma corrente excessivamente rápida no canal Zuid-Willemsvaart ou uma deficiência de água no Mosa (CPJI, 1937, p. 23).

A Holanda, por outro lado, construiu a eclusa Bosscheveld antes da Neerhaeren e muito maior do que esta. A eclusa Bosscheveld fica a uma curta distância da captação de água determinada pelo tratado de 1863 e encaminha diretamente do Mosa ao Canal Zuid-Willemsvaart. Neste caso a Corte tampouco encontrou documentos que evidenciassem efeitos prejudiciais causados pela Bosscheveld ao Mosa ou ao Zuid-Willemsvaart (CPJI, 1937, p. 24). A segunda demanda da Holanda foi portanto rejeitada pela Corte.

A terceira demanda da Holanda também era relacionada à alimentação de um canal, o canal Hasselt, por meio de outro ponto de captação de água, diferentemente do que previa o tratado, que determinava um único ponto de captação de água do Mosa em Maastricht. Esta demanda tem a ver com a construção do Canal Albert, entre Liége e Antuérpia, já que o Canal Albert segue parcialmente o traçado do antigo canal Hasselt, oriundo do Canal de la Campine (CPJI, 1937, p. 25). Segundo a Holanda, quando o Canal Albert passar a funcionar, a captação de água para o antigo Canal Hasselt será feita em Liége-Mosin, ou seja, em ponto não permitido pelo tratado. Neste argumento, mais uma vez a Corte rejeitou o pedido da Holanda. Cada Estado tem a liberdade, afirmou a CPJI, de modificar, alargar ou transformar seus canais em seus próprios territórios, desde que não sejam afetados os volumes de água necessários para manter o nível normal do Zuid-Willemsvaart. Não interessa de onde vem a água para alimentar o antigo Hasselt Canal, pois a Bélgica não estava proibida de utilizá-lo como melhor lhe aprouvesse (CPJI, 1937, p. 26).

A quarta demanda da Holanda é similar às anteriores. Pede que a Corte declare que representa uma infração ao tratado o projeto belga de alimentar a secção do canal que liga o Zuid-Willemsvaart ao rio Escalda, entre Herenthals e Antuérpia, com água do Mosa captada em outro lugar que o determinado pelo tratado de 1863. A Corte entendeu que entre Herenthals e Antuérpia, o curso do Canal Albert era o mesmo do antigo Canal de la Campine e que, portanto, a Bélgica poderia adotar qualquer medida (CPJI, 1937, p. 27). Todas as demandas da Holanda foram rejeitadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Com relação às demandas do governo da Bélgica a respeito da barragem de Borgharen, no Mosa, a jusante de Maastricht; e do Canal Juliana, lateralmente ao Mosa, a jusante de Maastricht, entre Limmel e Maasbracht, a Corte Permanente de Justiça

Internacional também as rejeitou.

A barragem de Borgharen teria aumentado o nível de água a montante do Mosa, fazendo com que o volume de água captado em Maastrich, no ponto determinado pelo tratado de 1863, fosse sempre o máximo, pois a regra graduada foi submersa. Em outras palavras, a Holanda modificou unilateralmente o regime da água em Maastricht. No entanto, nada no tratado de 1863 proíbe que a Holanda modifique o nível do Mosa sem o consentimento da Bélgica, desde que não sejam afetados: a descarga de água pela captação em Maastricht, o volume desta captação e a corrente do Zuid-Wallemsvaart. O governo da Bélgica também alegou que a barragem de Borgharen afetou a navegação a jusante de Maastricht. No entanto, a Corte entendeu que a Bélgica não produziu documentos a respeito da intensidade do tráfego naquela parte do Mosa e o impacto causado pela barragem, por isso rejeitou a demanda belga (CPJI, 1937, p. 29-30).

O segundo ponto da demanda reconvencional da Bélgica se refere ao Canal Juliana. A Corte observou que a captação de água para alimentar o Canal Juliana se dava na margem direita do rio Mosa, em território holandês, e que o tratado de 1863 proibia novas captações na margem esquerda do rio para alimentar novos canais também na margem esquerda. Estava implicitamente permitida, portanto, captar água para canal na margem direita do Mosa. Por este motivo o Canal Juliana não representava uma infração ao tratado de 1863 (CPJI, 1937, p. 31).

A Corte Permanente de Justiça Internacional rejeitou os pedidos da Holanda e da Bélgica em 28 de junho de 1937.

O que estava realmente em jogo era a rivalidade comercial entre Antuérpia e Roterdam, como admitiu a própria CPJI (1937, p. 15), ao mesmo tempo em que afirmou que este aspecto comercial não fazia parte das suas preocupações. A Corte propôs-se a aplicar unicamente o Tratado de 1863 de forma a não dar destaque a nenhuma norma em particular e permitindo que tanto a Holanda quanto a Bélgica tomassem suas respectivas providências.

Antes de 1863, quando fora assinado o tratado, somente o canal Zuid-Wallemsvaart e o Canal de Maastricht a Liége haviam sido construídos. A negociação e o acordo das partes foi necessário para resolver os problemas decorrentes de novas obras, vale dizer, quando a Bélgica decidiu construir outros canais (de la Campine, Hasselt, Turnhout e Camp de Beverloo) em direção ao oeste, tirando água da parte norte do canal de Zuid-Willemsvaart. Como o fluxo de água para estes novos canais belgas estava prejudicando a navegação no Zuid-Wallemsvaart, o tratado estabeleceu três medidas para solucionar a questão naquela

época: elevação do nível de parte do canal, concentração em um único ponto de captação de água e obras na parte contígua do Mosa.

Depois disso, a situação mudou e as disputas se acirraram. Ambos os lados construíram novos canais e novas eclusas, o que demandava uma quantidade enorme de água do Mosa para alimentá-los. Neste caso, tanto a Holanda quanto a Bélgica decidiram unilateralmente retirar cada vez mais água do rio Mosa para todo tipo de obra que favorecesse seus interesses econômicos e comerciais. A Corte esquivou-se de condenar uma ou outra parte, valendo-se de artifícios, como a distinção entre captação de água *stricto sensu* e funcionamento das eclusas (como se as eclusadas não significasssem um tipo de aproveitamento consuntível da água), e da ideia de que dentro de seu território cada parte poderia realizar as obras que quisesse. É preciso ressaltar que, neste caso, a Corte arbitrava uma disputa entre duas potências comerciais com os mesmos graus de força e relevância nas relações internacionais da época.

5.3. O caso do lago Lanoux (1957)

O caso do lago Lanoux[251] envolve a execução do projeto francês de desvio de águas do lago Lanoux para o rio Ariège, com o propósito de geração de hidroeletricidade, sem formular consulta prévia à Espanha. Embora se encontre em território francês, o lago Lanoux flui para o rio Carol em direção à Espanha, o que motivou os seus protestos e a instalação de um tribunal arbitral.

5.3.1. O lago Lanoux e os tratados de Bayonne

O lago Lanoux está situado a 2.174 metros de altitude, no lado francês dos Pirineus e a 800 metros acima do rio Ariège, esta diferença de altitude é a razão do projeto francês de aproveitamento do potencial hidroelétrico. Além de se encontrar integralmente em território francês, o lago é alimentado por rios que nascem em território francês. As águas do lago

[251] No original: "*Affaire du lac Lanoux*".

Lanoux correm somente pelo riacho de Font Vive, que é uma das fontes do rio Carol. O rio Carol flui por mais 25 km em território francês até atingir o território espanhol, onde, depois de 6 km, junta-se ao rio Segre. Antes de ingressar na Espanha, o rio Carol alimenta o canal de Puigcerda, que é parte do Município espanhol de Puigcerda, embora dentro do território francês (ONU, 1957, p. 288).

A fronteira franco-espanhola foi fixada por três sucessivos tratados assinados em Bayonne, datados de 2 de dezembro de dezembro 1856, 14 de abril de 1862 e 26 de maio de 1866. Por estes tratados, a rainha da Espanha e o imperador da França estabeleceram, entre outras coisas, a fronteira nos Pirineus, os limites de Andorra e a atribuição da propriedade do canal de Puigcerda à municipalidade de Puigcerda. Os três tratados de Bayonne foram complementados por uma "Ata Adicional aos tratados de delimitação concluídos em 2 de dezembro de 1856, 14 de abril de 1862 e 28 de maio de 1866, assinada em Bayonne, em 26 de maio de 1866 (ONU, 1957, p. 288).

Sobre o controle e a fruição de águas pelos dois Estados, a Ata adicional aos tratados de Bayonne, de 26 de maio de 1866, determinava, entre outras coisas, o seguinte:

> Art.8 – Todas as águas estagnadas e correntes, quer pertençam ao domínio público ou privado, estão sujeitas à soberania do país onde estão, e portanto às suas leis, exceto as modificações acordadas pelos dois Governos. As águas correntes mudam de jurisdição no momento em que passam de um país para o outro, e quando o curso de água constitui a fronteira cada Estado exerce a sua jurisdição até a metade do rio.
> Art. 9 - Para os cursos de água que fluem de um país para o outro, ou servem de fronteira, cada governo reconhece, salvo no caso de realizar uma verificação contraditória se for útil, a legalidade das irrigações, das usinas e das fruições para usos domésticos existentes atualmente no outro Estado, em virtude de concessão, título ou prescrição, com a reserva de que só será empregado o volume de água necessário para satisfazer as necessidades reais, de que os abusos deverão ser eliminados e de que este reconhecimento não prejudicará os direitos respectivos dos governos de autorizar as obras de utilidade pública, desde que haja legítima indenização.
> Art. 10 - Se, depois de atender às necessidades reais dos usos reconhecidos como regulares em ambos os lados, ainda houver, na estiagem, água disponível na passagem da fronteira, esta água deverá ser dividida entre os dois países, na proporção dos fundos irrigáveis pertencentes aos respectivos ribeirinhos, excetuando-se as terras já irrigadas.
> Art. 11 - Quando, em um dos dois Estados, forem propostas obras ou novas concessões que possam alterar o regime ou o volume de um curso de água, cuja parte inferior ou oposta é de uso de ribeirinhos do outro país, deverá ser dada notificação prévia para a mais alta autoridade administrativa do Departamento ou da Província da qual esses ribeirinhos estiverem dependentes, pela autoridade correspondente em cuja jurisdição os projetos são propostos, de forma que, se os projetos ameaçarem os direitos dos ribeirinhos da soberania limítrofe, possa-se reclamar em tempo hábil a quem de direito e salvaguardar assim todos os interesses de ambas as partes que possam estar envolvidos. Se as obras e as concessões devem ocorrer em um

município contíguo à fronteira, os engenheiros do outro país terão a faculdade, por meio de um aviso adequado a eles dado em tempo hábil, de realizar visita junto com os que forem encarregados.

Art. 12 – Os fundos de jusante são obrigados a receber dos de montante, do país vizinho, as águas que deles fluem naturalmente com o que carregarem sem a contribuição da mão humana. Não se pode construir dique ou qualquer obstáculo capaz de prejudicar os ribeirinhos de montante, aos quais também é proibido fazer qualquer coisa que agrave a servidão dos fundos superiores [*sic*; o correto seria: inferiores].

Art. 13. Quando os cursos d'água definem fronteiras, todo ribeirinho poderá, com reserva da autorização necessária no seu país, fazer na sua margem obras de plantação, de conserto e de defesa, desde que não cause no decurso das águas nenhuma alteração prejudicial aos vizinhos, e que não se estendam ao leito, ie. à área que a água inunda durante as crescidas ordinárias.

Quanto ao rio Raour, que serve de fronteira entre os territórios de Bourg-Madame e de Puycerda, e por circunstâncias particulares não possui margens naturais bem determinadas, será demarcada a zona de proibição de realização de plantações e obras, com base no que foi convencionado entre os dois Governos em 1750 e renovado em 1820, mas com a faculdade de modificá-lo, se for possível, sem modificar o regime do rio, nem os terrenos contíguos, no intuito de, quando da execução deste ato adicional, se cause aos ribeirinhos o menor prejuízo possível, ao retirar-se do leito, que será fixado, os obstáculos que eles teriam criado.

Art. 14 - Se, em razão de desmoronamento de margens, de objetos carregados ou depositados, ou por outros motivos naturais, puder resultar alguma alteração ou embaraço nos cursos de água, com prejuízo aos ribeirinhos do outro país, os indivíduos lesados poderão recorrer à jurisdição competente para obter que os reparos e retiradas de materiais sejam executados por quem couber.

Art. 15 – Quando, fora as questões contenciosas de competência exclusiva dos tribunais ordinários, surgirem dificuldades ou reclamações relativas aos usos das águas entre ribeirinhos de nacionalidades diferentes, os interessados irão dirigir-se, de parte a parte, a suas autoridades respectivas, de modo que se entendam entre si para resolver a controvérsia, se for de sua jurisdição, e nos casos de incompetência ou de desacordo, como quando os interessados não aceitariam a solução indicada, haverá recurso à autoridade administrativa superior do departamento e da província.

Art. 16 – As administrações superiores dos departamentos e províncias concertar-se-ão no exercício de seu direito de regulamentação dos interesses gerais e de interpretação e modificação de seus regulamentos toda vez que os respectivos interesses forem engajados e, nos casos em que não poderiam entender-se, a controvérsia será submetido aos dois Governos.

Art. 17 – Os *Préfets* e os Governadores civis de ambos lados da fronteira poderão, se o julgarem conveniente, acordar a instituição, com a anuência dos Governos, de sindicatos eletivos meio-a-meio de ribeirinhos franceses e espanhóis, no intuito de velar pela execução dos regulamentos e despachar os contraventores aos tribunais competentes.

Art. 18 - Uma comissão internacional de engenheiros constatará, onde julgar útil, na fronteira do Departamento dos Pyrénées-Orientales com a Província de Girona, e em todos os pontos da fronteira onde for o caso, o uso atual das águas nos respectivos municípios fronteiriços e outros, se necessário, seja para irrigação, para fábricas ou para usos domésticos, para alocar em cada caso somente a quantidade necessária de água e suprimir abusos; ela determinará, para cada curso de água, na estiagem e no ponto em que atravessa a fronteira, o volume de água disponível e a área de fundos

> irrigáveis ainda não irrigados que pertencem aos respectivos ribeirinhos imediatos; ela realizará as operações concernentes ao Rour indicadas no art. 13; ela proporá medidas e precauções necessárias para assegurar a boa execução dos regulamentos em ambos os lados e para prevenir, tanto quanto possível, toda disputa entre os respectivos ribeirinhos; finalmente, se sindicatos mistos forem estabelecidos, ela examinará qual seria a extensão a dar a suas atribuições.[252]

---

[252] No original: *« Art.8. – Toutes les eaux stagnantes et courantes, qu'elles soient du domaine public ou privé, sont soumises à la souveraineté du Pays où elles se trouvent, et par suite à sa législation, sauf les modifications convenues entre les deux Gouvernements. Les eaux courantes changent de juridiction du moment où elles passent d'un Pays dans l'autre et, quand les cours d'eau servent de frontière, chaque Etat y exerce sa juridiction jusqu'au milieu du courant.*

Art. 9. – Pour les cours d'eau qui passent d'un Pays dans l'autre, ou qui servent de frontière, chaque Gouvernement reconnaît, sauf à en faire, quand il y aura utilité, une vérification contradictoire, la légalité des irrigations, des usines et des jouissances pour usages domestiques existantes actuellement dans l'autre Etat, en vertu de concession, de titre ou par prescription, sous la réserve qu'il n'y sera employé que l'eau nécessaire à la satisfaction des besoins réels, que les abus devront être supprimés, et que cette reconnaissance ne portera point atteinte aux droits respectifs des Gouvernements d'autoriser des travaux d'utilité publique, à condition des indemnités légitimes.

Art. 10. – Si, après avoir satisfait aux besoins réels des usages reconnus respectivement de part et d'autre comme réguliers, il reste à l'étiage des eaux disponibles, au passage de la frontière, on les partagera d'avance entre les deux Pays, en proportion de l'étendue des fonds arrosables appartenant aux riverains respectifs immédiats, défalcation faite des terres déjà irriguées.

Art. 11. – Lorsque, dans l'un des deux Etats, on se proposera de faire des travaux ou de nouvelles concessions susceptibles de changer le régime ou le volume d'un cours d'eau dont la partie inférieure ou opposée est à l'usage des riverains de l'autre Pays, il en sera donné préalablement avis à la autorité administrative supérieure du département ou de la province de qui ces riverains dépendent par l'autorité correspondante dans la juridiction de laquelle on se propose de tels projets, afin que, s'ils doivent porter atteinte aux droits des riverains de la Souveraineté limitrophe, on puisse réclamer en temps utile à qui de droit, et sauvegarder ainsi tous les intérêts qui pourraient se trouver engagés de part et d'autre. Si les travaux et concessions doivent avoir lieu dans une commune contiguë à la frontière, les ingénieurs de l'autre Pays auront la faculté, sur avertissement régulier à eux donné en temps opportun, de concourir à la visite des lieux avec ceux qui en seront chargés.

Art. 12. – Les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir des fonds plus élevés du Pays voisin les eaux qui en découlent naturellement avec ce qu'elles charrient, sans que la main de l'homme y ait contribué. On n'y peut construire ni digue, ni obstacle quelconque susceptible de porter préjudice aux riverains supérieurs, auxquels il est également défendu de rien faire qui aggrave la servitude des fonds supérieurs.

Art. 13. – Quand les cours d'eau servent de frontière, tout riverain pourra, sauf l'autorisation qui serait nécessaire d'après la législation de son Pays, faire sur sa rive des plantations, des travaux de réparation et de défense, pourvu qu'ils n'apportent au cours des eaux aucun changement préjudicable aux voisins, et qu'ils n'empiètent pas sur le lit, c'est-à-dire sur le terrain que l'eau baigne dans les crues ordinaires.

Quant à la rivière de la Raour, qui sert de frontière entre les territoires de Bourg-Madame et de Puycerda, et qui, par des circonstances particulières n'a point de bords naturels bien déterminés, on procédera à la démarcation de la zone où il sera interdit de faire des plantations et des ouvrages, en prenant pour base ce qui a été convenu entre les deux Gouvernements en 1750 et renouvelé en 1820, mais avec la faculté d'y apporter des modifications, si on le peut, sans nuire au régime de la rivière, ni aux terrains contigus, afin que, lors de l'exécution du présent acte additionnel, on cause le moins de préjudice possible aux riverains, en débarrassant le lit, qui sera fixé, des obstacles qu'ils y auraient élevés.

Art. 14. – Si par des éboulements de berges, par des objet charriés ou déposés, ou par d'autres causes naturelles, il peut résulter quelque altération ou embarras dans le cours de l'eau, au détriment des riverains de l'autre Pays, les individus lésés pourront recourir à la juridiction compétente pour obtenir que les réparations et déblaiements soient exécutés par qui il appartiendra.

Art. 15. – Quand, en dehors des questions contentieuses du ressort exclusif des tribunaux ordinaires, il s'élèvera entre riverains de nationalité différente des difficultés ou des sujets de réclamations touchant l'usage des eaux, les intéressés s'adresseront de part et d'autre à leurs autorités respectives, afin qu'elles s'entendent entre elles pour résoudre le différend, si c'est de leur juridiction, et dans le cas d'incompétence ou de désaccord, comme dans celui où les intéressés n'accepteraient pas la solution prononcée, on aura recours à l'autorité administrative supérieure du département et de la province.

Após o Tratado de Bayonne e antes da arbitragem de 1957, Espanha e França debateram e trocaram várias notas a respeito da possibilidade de desvio de águas do lago Lanoux.

5.3.2. Projetos e debates sobre o aproveitamento das águas do lago Lanoux

Em 1917, a França pretendeu desviar as águas do lago para o rio Ariège, o que fez com que a Espanha se manifestasse no sentido de que tal projeto não fosse levado a cabo sem uma consulta prévia com a Espanha e um acordo entre os países. Em 31 de janeiro de 1918, o governo da França informou que não adotaria nenhuma decisão de desvio das águas do lago Lanoux sem notificar previamente as autoridades espanholas. Em 13 de março de 1918, o governo espanhol fez saber que pretendia a manutenção do *statu quo* até o dia em que, tendo o governo francês adotado um plano para mudança do estado atual das coisas, um acordo amigável e equitativo fosse elaborado conforme as disposições já acordadas pelos dois países.

Em uma comunicação de 15 de janeiro de 1920, o governo espanhol ratificou seu desejo de ser consultado em relação aos projetos de desvio de águas do lago Lanoux e requisitou que uma comissão internacional examinasse a questão de forma a salvaguardar os interesses dos dois Estados envolvidos. O Ministério francês de Relações Exteriores comunicou ao embaixador espanhol em Paris, em 29 de fevereiro de 1920, que o governo

---

Art. 16. – Les administrations supérieures des départements et provinces limitrophes se concerteront dans l'exercice de leur droit de réglementations des intérêts généraux et d'interprétation ou de modification de leurs règlements toutes les fois que les intérêts respectifs seront engagés, et, dans le cas où elles ne pourraient pas s'entendre, le différend sera soumis aux deus Gouvernements.
Art. 17. – Les Préfets et les Gouverneurs civils des deux côtés de la frontière pourront, s'ils le jugent convenable, instituer de concert, avec l'approbation des Gouvernements, des syndicats électifs mi-partie de riverains français et de riverains espagnols, pour veiller à l'exécution des règlements et pour déférer les contrevenants aux tribunaux compétents.
Art. 18. – Une Commission internationale d'ingénieurs constatera, où elle le jugera utile, sur la frontière du département des Pyrénées-Orientales avec la province de Girone, et sur tous les points de la frontière où il y aura lieu, l'emploi actuel des eaux dans le communes frontalières respectives et autres, s'il est besoin, soit pour irrigations, soit pour usines, soit pour usages domestiques, afin de n'accorder dans chaque cas que la quantité d'eau nécessaire, et de pouvoir supprimer les abus ; elle déterminera, pour chaque cours d'eau, à l'étiage et au passage de la frontière, le volume d'eau disponible et l'étendue des fonds arrosables appartenant aux riverains respectifs immédiats qui se sont pas encore irrigués ; elle procédera aux opérations concernant la Raour indiquées à l'article 13 ; elle proposera les mesures et précautions propres à assurer de part et d'autre la bonne exécution des règlements et à prévenir, autant que possible, toute querelle entre riverains respectifs ; elle examinera enfin, pour le cas où on établirait des syndicats mixtes, quelle serait l'étendue à donner à leurs attributions » (ONU, 1957, p. 289-290).

francês estava de acordo com o governo espanhol e que a questão do desvio de águas do lago Lanoux só poderia ser definitivamente resolvida com o consentimento da Espanha. Mas os estudos que estavam sendo realizados não haviam sido concluídos, por isso o governo francês ainda não poderia definir propostas ao governo espanhol (ONU, 1957, p. 291).

Nos anos que se seguiram os dois Estados trocaram opiniões a respeito da constituição de uma comissão internacional e das tarefas que deveriam lhe ser atribuídas: a França pretendia restringir a competência da comissão e a Espanha queria ampliá-la. Em 17 de janeiro de 1930 a França informou que novos planos para a utilização das águas do lago Lanoux substituíram os antigos mas, como ainda não haviam sido examinados pelos técnicos da administração francesa, não poderiam ser fornecidas informações aos espanhóis. A segunda guerra mundial suspendeu os projetos e as negociações (ONU, 1957, p. 291-292).

Por ocasião da reunião da Comissão Internacional dos Pirineus, em Madrid, no dia 3 de Janeiro de 1949, as negociações recomeçaram. O governo francês sugeriu e a Espanha aceitou a criação de um comissão mista de engenheiros para estudar a questão do desvio de águas do lago. Acordou-se também que o *statu quo* não seria modificado sem que um acordo entre os dois países assim decidisse. A comissão de engenheiros encontrou-se em agosto de 1949, em Girona, mas não se logrou nenhum resultado (ONU, 1957, p. 292).

Em 21 de setembro de 1950, a *Electricité de France* pediu ao Ministério da Indústria a autorização para desviar águas do lago Lanoux para o rio Ariège, concordando em devolver ao rio Carol a mesma quantidade de água desviada, por meio de um túnel que captaria água do próprio Ariège e correria paralelo ao canal de Puigcerda. Mas o governo Francês entendia que precisava devolver ao rio Carol somente o volume de água que correspondesse às “reais necessidades” dos usuários espanhóis. Sem recorrer à comissão mista de engenheiros, o *Préfet* de Pyrénées Orientales intimou o governador da Província de Gerona, em 26 de maio de 1953, informando que pretendia executar o plano de desvio de águas do lago Lanoux, mas a restituição de uma certa quantidade de água correspondente às reais necessidades espanholas seria assegurada, na saída do Canal de Puigcerda. O governo espanhol requisitou, em 18 de junho de 1953, que as obras não fossem executadas até que houvesse reunião da comissão mista de engenheiros. A França respondeu em nota (de 27 de junho de 1953) que ainda não havia dado início às obras e que concordava com uma reunião da comissão mista de engenheiros (ONU, 1957, p. 292).

O governo francês revisou sua posição e concordou com a proposta da *Electricité de France* de restituir ao rio Carol a mesma quantidade de água que seria captada do lago Lanoux e não apenas o volume que correspondesse às necessidades reais da Espanha.

Consequentemente, o *Préfet* do Departamento de Pyrénées Orientales comunicou o Governador de Gerona, por carta datada de 21 de janeiro de 1954, os dados técnicos da proposta da *Electricité de France*, prevendo a restituição integral das águas desviadas do lago Lanoux para o rio Carol (ONU, 1957, p. 292).

O governo da Espanha respondeu, por meio da nota de 9 de abril de 1954, que a obra teria sérias consequências para o lado espanhol do vale da Cerdagne e requisitou uma reunião da comissão mista de engenheiros. A França enfatizou a sua pretensão de fazer uma restituição integral das águas ao rio Carol na sua resposta de 18 de julho de 1954 – diferentemente do projeto de 1949. A França entendia que, se não pretendesse restituir integralmente as águas ao rio Carol, seria aplicável o art. 11 da ata adicional do tratado de Bayonne, segundo o qual a informação ao governo espanhol sobre o projeto de obras teria a finalidade de fixar a compensação que eventualmente deveria ser paga. Mas, conforme a última versão do projeto de desvio de águas do Lago Lanoux, a Espanha não sofreria qualquer prejuízo, pois no território espanhol nem o fluxo, nem o sistema e tampouco o curso do rio Carol seriam afetados. Não seria aplicável, portanto, segundo o governo francês, o art. 11 da ata de 1866, logo a execução da obra não dependia da reunião da comissão mista de engenheiros, embora concordasse com a reunião da comissão. Esta reunião ocorreu em 4 de agosto de 1955, em Perpignan, sem que se obtivesse qualquer resultado (ONU, 1957, p. 293).

A questão veio à tona novamente na reunião da Comissão Internacional dos Pirineus, em Paris, entre 3 e 14 de 1955. Decidiu-se que seria arranjada uma comissão mista especial, encarregada de elaborar uma proposta de utilização das águas do lago Lanoux, que deveria ser submitida à apreciação do governo dos dois Estados. A delegação francesa ressaltou que se a conclusão dos trabalhos da nova comissão mista não se desse dentro do prazo de três meses, contados a parte de 14 de novembro de 1955, as autoridades francesas teriam liberdade de ação (ONU, 1957, p. 293).

A reunião da comissão mista especial ocorreu em Madri, entre 12 e 17 de dezembro de 1955. A delegação francesa apresentou um projeto não muito diferente do comunicado ao governador da Gerona em 1954 e do apresentado na reunião da Comissão dos Pirineus em 1955. As pretensões francesas eram constituídas, basicamente, das seguintes ações. O Lago Lanoux seria transformado em um grande reservatório com capacidade entre 17 e 70 milhões de metros cúbicos, por meio de uma barragem, e as águas do lago que fluíam naturalmente para um tributário do rio Carol deixariam de seguir este curso. Com o aumento do nível da água e considerando a altitude do lago em si, um desvio das águas em direção ao rio Ariège (um tributário do rio Garonne) serviria para a produção de energia elétrica. Para compensar a

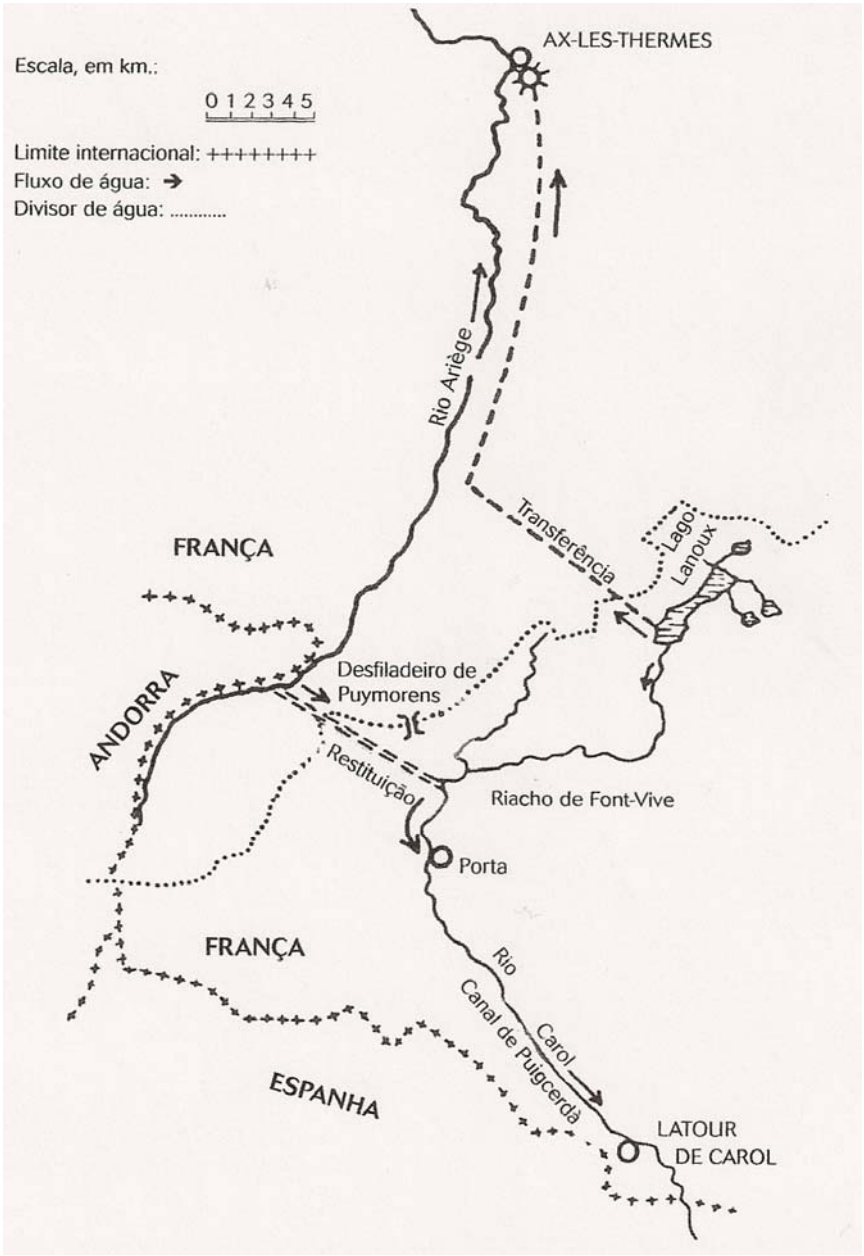
Espanha, a França pretendia construir um túnel subterrâneo que ligaria o Ariège ao rio Carol, pelo qual as águas seriam restituídas ao curso do rio Carol ainda em território francês, a montante da captação de água do canal de Puigcerda (ONU, 1957, p. 294).

O volume de água que deveria ser restituído ao rio Carol por meio de um canal seria calculado da seguinte forma: o volume de água no lago seria medido periodicamente para determinar o seu aumento. A este número deveria ser adicionado o volume de água que passasse pela turbina em direção ao Ariège, deduzindo-se o volume de água artificialmente bombeado para dentro do lago (para se usar a energia quando não houvesse outra utilidade para ela). Assim, o montante que é trazido ao lago por fontes naturais, durante determinado período, pode ser obtido. Por este método, pode-se calcular a vazão média por hora que deve ser restituída ao rio Carol por meio de um canal, e permite-se modificações no cálculo, conforme o período de tempo escolhido. O volume de água a ser restituído em determinado período depende da quantidade de água recebida pelo Lanoux por fontes naturais, em período imediatamente anterior. O período a ser analisado pode ser uma semana, um dia ou menos ainda, de forma que a diferença entre o volume de água restituído ao rio Carol e o volume de água que entrou naturalmente no lago não tenha significação prática. Ainda que dificuldades técnicas impedissem que a restituição de água ao Carol se desse por meio do túnel, um mecanismo de duplo registro deveria permitir que a restituição se desse diretamente do Lago Lanoux (ONU, 1957, p. 294).

A proposta da delegação francesa incluía também: a criação de uma comissão franco-espanhola para assegurar o controle das obras e a regularidade da restituição de água; o acesso de um membro do consulado espanhol em Toulouse às instalações; e a fixação do volume mínimo de água a ser restituída em 20 milhões de metros cúbicos por ano (ONU, 1957, p. 294).

A delegação espanhola, no entanto, mantinha sua oposição a qualquer desvio de águas do lago Lanoux, e a reunião da comissão mista especial acabou sem resultado. Ainda assim, acordaram os dois Estados em realizar uma nova reunião em Paris, o que aconteceu em 2 de março de 1956. Nesta reunião tampouco foi possível conciliar os interesses dos dois países e a comissão deu o seu trabalho por encerrado. Em nota de 21 de março de 1956, o governo francês informou que assumia liberdade de ação e as obras começaram em 6 de abril de 1956 (ONU, 1957, p. 295).

O projeto de desvio de águas do lago Lanoux pode ser ilustrado por meio do seguinte mapa (figura n. 5):



Fonte: CAUBET, 2006, p. 18.

5.3.3. A arbitragem do caso do lago Lanoux

O compromisso arbitral foi firmado em 19 de novembro de 1956. O tribunal arbitral foi constituído em Genebra. Conforme um tratado de arbitragem entre Espanha e França, de 1929, cada parte indicou dois árbitros: Plinio Bolla e Paul Reuter foram indicados pelo governo francês; Fernand de Visscher e Antonio de Luna foram indicados pelo governo espanhol. Como não foi possível fixar de comum acordo o presidente do tribunal, as partes

solicitaram ao Rei da Suécia que o fizesse, que indicou Sture Petrén. Segundo o art. 1º do compromisso arbitral, o tribunal deveria responder à seguinte questão: ao executar um projeto de utilização das águas do Lago Lanoux sem consentimento prévio do governo espanhol, a França não estaria violando as disposições do Tratado de Bayonne e sua Ata adicional, de 26 de maio de 1866 ? (ONU, 1957, p. 286-287)

Nos memoriais, o governo espanhol solicitou ao tribunal que declarasse que o governo francês não poderia executar as obras de utilização das águas do Lago Lanoux sem um acordo prévio entre as duas partes, sob pena de violação dos dispositivos do Tratado de Bayonne, de 26 de maio de 1866 e da sua ata adicional da mesma data (ONU, 1957, p. 295).

Os argumentos espanhóis eram, resumidamente, os seguintes. O projeto da *Electricité de France* afeta a totalidade do regime e da vazão das águas que provém do Lago Lanoux e que correm para o rio Carol, transformando integralmente as causas físicas naturais do curso do rio, prejudicando a fisionomia física da bacia hidrográfica do rio Carol. Isso significa que a vazão natural do rio Carol será alterada pela vontade de um só país. Esta modificação da causa física do curso do rio e a eventual restituição do volume equivalente significa a transformação das águas da bacia de comuns para de uso predominante de um único país, consagrando uma preponderância física que não existia até então. A restituição de volume de água equivalente ao volume desviado poderia atenuar as consequências da transformação, segundo o governo espanhol, mas não enfraqueceria a preponderância física que seria adquirida por uma das partes. As pretensas garantias oferecidas pelo governo francês tampouco possibilitariam restabelecer juridicamente o regime comunitário, arruinado pela realização unilateral do projeto. Este não poderia ser executado sem um acordo prévio entre os dois governos como prevêem os artigos 12, 15 e 16 do acordo de 26 de maio de 1866 (ONU, 1957, p. 296).

O governo francês pediu ao Tribunal que declarasse que, ao executar obras de utilização das águas do lago Lanoux sem um acordo prévio com a Espanha, não estava violando o Tratado de Bayonne e sua Ata adicional de 1866 (ONU, 1957, p. 295). Os argumentos da França consistiam no seguinte: o Tratado de Bayonne e sua Ata adicional não tinham por objeto perpetuar as condições naturais, mas fixar as regras para eventuais modificações. Dentro do território de cada Estado ainda valia a soberania, restrita somente pelos instrumentos internacionais em vigor, e cada Estado tinha o direito de empreender as obras de utilidade pública sem necessariamente precisar do consentimento prévio do outro Estado. O governo francês alegou ter observado as regras de procedimento em vigor e que o seu projeto salvaguardava os interesses e direitos dos espanhóis. Por outro lado, a não

execução dos projetos prejudicaria os direitos e interesses da França (ONU, 1957, p. 296-297).

Os memoriais foram apresentados em 30 de abril de 1957, contra-memoriais foram depositados em 31 de julho de 1957. Os debates orais aconteceram entre 17 e 23 de outubro de 1957. A sessão pública para prolação da sentença arbitral ocorreu em 16 de novembro de 1957 (ONU, 1957, p. 287).

A primeira consideração do tribunal é a de que as obras previstas no projeto francês seriam empreendidas exclusivamente em território francês e os seus efeitos seriam observados na sua maior parte em território francês. Logo, segundo o tribunal, aplica-se a regra da soberania territorial prevista no art. 8 da Ata adicional de 1866. Este princípio tem a reserva prevista no próprio artigo (a das "modificações convencionadas pelos dois governos") e não pode ser interpretado de forma absoluta, mas como uma presunção que cede lugar às obrigações. A questão é de se saber quais são as obrigações da França (ONU, 1957, p. 300-301).

Embora o governo da Espanha tenha lançado mão de argumentos de Direito Internacional Fluvial, o tribunal internacional entende que não pode se afastar do quadro das regras previstas nos tratados dos Pirineus e na Ata adicional de 1866[253].

A contenda se resume a duas questões, segundo o tribunal. A primeira delas é a questão de se saber se as obras de utilização das águas do lago Lanoux, nas condições previstas no projeto francês, constituem infração aos direitos reconhecidos à Espanha pelo tratado de Bayonne e a sua Ata adicional de 1866. Caso não constitua infração, a execução do projeto francês sem um acordo prévio entre os dois governos constituiria infração dos mesmos tratados?

Para responder a primeira questão, a Corte recorda os arts. 8, 9 e 10 da Ata adicional de 1866. Os artigos 9 e 10 são aplicáveis tanto a cursos de água contíguos como a cursos de água sucessivos. De acordo com o art. 9, os Estados reconhecem a regularidade dos usos da água existentes até então, mas o reconhecimento não prejudica o direito dos governos de

---

[253] Vale citar: *« La question posée par le compromis étant uniquement relative au Traité et à l'Acte addicionel de 1866, le Tribunal appliquera, à propos de chaque point particulier, les règles suivantes :*
Le dispositions claires du droit conventionnel n'appellent aucune interprétation ; le texte traduit une règle objective qui saisit la matière à laquelle elle s'applique ; quand il y a matière à interprétation, celle-ci doit être opérée selon le droit international ; celui-ci ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation ; il est donc permis de tenir compte de l'esprit qui a présidé aux traités pyrénéens, ainsi que des règles du droit international commun.
Le Tribunal ne pourrait s'écarter des règles du Traité et de l'Acte additionnel de 1866 que si ceux-ci renvoyaient expressément à d'autres règles ou avaient été, de l'intention certaine des Parties, modifiés » (ONU, 1957, p. 301).

autorizar obras de utilidade pública, desde que haja a indenização. Já o art. 10 dispõe que, após o atendimento das necessidades reais dos usos reconhecidos como regulares, se ainda houver água disponível ela deverá ser dividida entre os dois países (ONU, 1957, p. 303).

O Tribunal entendeu que se a única condição imposta pelo tratado para que o país de montante autorize obras de utilidade pública é o pagamento de indenização, o projeto francês satisfaz todas as condições previstas. Graças à restituição da água captada do lago Lanoux ao rio Carol, nenhum dos usos já reconhecidos como regulares seria prejudicado, o volume de água na fronteira não seria diferente do natural e, pelo contrário, poderia até ser maior já que a França garantiu um volume mínimo de restituição (ONU, 1957, p. 303).

A Espanha não alegou que a água restituída ao Carol poderia estar poluída ou teria uma composição físico-química diferente. Tampouco alegou que o projeto francês não poderia de fato restituir o mesmo volume de água captado do lago Lanoux ao rio Carol. A posição do governo espanhol é a de que o projeto francês modifica as condições naturais da bacia hidrográfica do lago Lanoux e faz com que o fluxo de águas no rio Carol seja fisicamente dependente da vontade humana, que envolve uma preponderância de fato de uma das partes contrária à igualdade do tratado de Bayonne. A conclusão espanhola é de que nenhuma das partes poderia realizar uma modificação das características físicas da bacia sem um acordo prévia com a outra (ONU, 1957, p. 304).

Mas o Tribunal entendeu que a posição espanhola teria consequências absolutas, inconciliáveis com o fato de que o direito só reconhece a unidade da bacia hidrográfica até o ponto em que corresponda às necessidades humanas:

> A proibição da compensação entre duas bacias, apesar da equivalência entre a água desviada e a água restituída, salvo se acordado pela outra parte, levaria a um impedimento geral de captação de água de uma bacia A em benefício de uma bacia hidrográfica B, ainda que captação seja compensada com a equivalente restituição à bacia A. O Tribunal não pode ignorar a realidade, do ponto de vista da geografia física de cada bacia hidrográfica que constitui, conforme o memorial espanhol, “uma unidade”.
>
> Mas esta constatação não pode dar ensejo às consequências absolutas que o argumento espanhol pretende extrair. A unidade de bacia é sancionada pelo Direito na medida em que corresponde às realidades humanas. A água é por natureza um bem fungível, pode ser objeto de uma restituição que não altere as suas qualidades em termos de necessidades humanas. Uma derivação com restituição, conforme previsto pelo projeto francês, não modifica um estado de coisas ordenado em função das necessidades da vida social.
>
> O estado da tecnologia moderna leva à conclusão, cada vez mais frequente, de que as águas utilizadas para a produção de energia elétrica não são restituídas para o seu curso natural. Captamos a água cada vez mais alto e a levamos para cada vez mais longe, e ao fazê-lo, às vezes a desviamos para para outra bacia hidrográfica, no mesmo Estado ou em outro país dentro da mesma Federação ou mesmo para um terceiro Estado. Nas federações, a

> jurisprudência reconheceu a validade desta prática (Wyoming v. Colorado, *United States Reports*, vol. 259, *Cases adjuged in the Supreme Court*, p. 419) e os casos citados por D. J. E. Berber, Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts, P. 180, e o Sr. Sauser Hall, *l'Utilisation industrielle des fleuves internationaux, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye,* 1953, t. 83, p. 544; pela Suíça, *Recueil des arrêts du Tribunal fédéral*, 78, t. I, p. 14 e segs.)[254] (ONU, 1957, p. 304).

O Tribunal entendeu, portanto, que o desvio de águas do lago Lanoux com a posterior restituição ao rio Carol, tal como previsto no projeto francês, não constituía uma infração ao tratado de Bayonne e à Ata adicional de 1866 (ONU, 1957, p. 305).

Sobre a preponderância de fato da França sobre a Espanha, que se concretizaria com o desvio das águas do lago Lanoux, o Tribunal manifestou-se no sentido de não haver provas de que as obras fossem empreendidas pela França com o propósito de causar prejuízo aos interesses espanhóis. Pelo contrário, se o projeto francês não tivesse previsão de reconstituir o fluxo do rio Carol, estaria prejudicando os interesses dos próprios franceses que habitam naquela região (ONU, 1957, p. 305).

Além disso, o projeto francês prevê a restituição das águas ao rio Carol e não pode ser alegado que a Espanha não tem garantia suficiente já que a má-fé não pode ser presumida. De qualquer forma, concluiu o Tribunal, os tratados que regem as relações entre França e Espanha estabeleceram tão somente uma igualdade de direito e não uma igualdade de fato, se fosse o contrário, os textos legais teriam que proibir qualquer obra ou instalação de natureza militar. Por fim, o conclusivo raciocínio dos árbitros sobre a primeira questão se baseia nos direitos de vizinhança:

---

[254] No original: *« L'interdiction, sauf dérogation, consentie par l'autre Partie, de la compensation entre deux bassins en dépit de l'équivalence de la dérivation et de la restitution, conduirait à entraver d'une manière un prélèvement dans un cours d'eau appartenant à un bassin fluvial A au profit d'un bassin fluvial B, même si ce prélèvement est compensé par une restitution strictement équivalente opérée à partir d'un cours d'eau du bassin fluvial B au profit du bassin fluvial A. Le Tribunal ne saurait méconnaître la réalité, au point de vue de la géographie physique, de chaque bassin fluvial, qui constitue, comme le soutient le Mémoire espagnol (p. 53), « une unité ». Mais cette constatation n'autorise pas les conséquences absolues que voudrait en tirer la thèse espagnole. L'unité d'un bassin n'est sanctionnée sur le plan juridique que dans la mesure où elle correspond à des réalités humaines. L'eau qui constitue par nature un bien fongible peut être l'objet d'une restitution qui n'altère pas ses qualités au regard des besoins humains. Une dérivation avec restitution, comme celle envisagée, par le projet français, ne modifie pas un état de chose ordonné en fonction des exigences de la vie sociale.*
L'état de la technique moderne conduit à admettre, de plus en plus fréquemment, que les eaux consacrées à la production d'énergie électrique ne soient pas rendues à leur cours naturel. On capte l'eau toujours plus haut et on l'amène toujours plus loin, et en ce faisant, on la détourne parfois dans un autre bassin fluvial, dans le même Etat ou dans un autre pays au sein d'une même fédération ou même dans un Etat tiers. Dans le fédérations, la jurisprudence a reconnu la validité de cette dernière pratique (Wyoming v. Colorado, United States Reports, vol. 259, Cases adjuged in the Supreme Court, p. 419) et les espèces citées par D. J. E. Berber, Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts, p. 180, et par M. Sauser Hall, l'Utilisation industrielle des fleuves internationaux, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953, t. 83, p. 544 ; pour la Suisse, Recueil des arrêts du Tribunal fédéral, 78, t. I, p. 14 et suiv.) » (ONU, 1957, p. 304).

> O domínio crescente do homem sobre as forças e os segredos da natureza colocou em suas mãos os instrumentos que podem ser utilizados tanto para violar seus compromissos como para o bem comum de todos; o risco de um mal emprego não fez até agora com que a posse de tais meios de ação fosse submetida à autorização dos Estados eventualmente ameaçados. Mesmo que nos coloquemos apenas no campo das relações de vizinhança, o risco político alegado pelo Governo espanhol não apresenta uma característica mais anormal do que o risco técnico, mencionado acima. Em qualquer caso, não se encontra no Tratado e na Ata adicional de 26 de maio de 1866, tampouco no direito internacional, regra que proíba um Estado, agindo na proteção dos seus interesses legítimos, de se colocar em uma situação que lhe permita de fato, em violação dos seus compromissos internacionais, prejudicar seriamente o Estado vizinho[255].

Portanto, o Tribunal responde negativamente à primeira questão.

Passando para a resposta à segunda questão, sobre a necessidade de um acordo prévio entre os dois governos para que a França pudesse executar o seu projeto de desvio de águas do lago Lanoux, o Tribunal faz alguns esclarecimentos sobre a soberania estatal. Admitir que um Estado não poderia exercer sua competência a não ser mediante um acordo com outro Estado significa uma restrição essencial sobre a soberania do Estado, segundo o Tribunal. A prática internacional reconhece determinadas situações em que isso acontece em relação a determinados territórios ou em organizações internacionais, mas estes casos são excepcionais.

O Tribunal entendeu que a necessidade de acordo prévio entre dois Estados deve ser analisada a partir da hipótese em que os Estados interessados não conseguem chegar a um acordo, desta forma, pode-se vislumbrar que o resultado da oposição incondicional e arbitrária de um outro Estado em fazer um acordo representaria um direito de veto que paralisa o exercício da competência territorial do outro. Por isso, a prática internacional prefere as soluções menos extremas, admitindo a necessidade de negociar um acordo, mas não subordina o exercício da competência de um Estado à conclusão deste acordo[256] (ONU, 1957,

---

[255] No original: *« L'emprise croissante de l'homme sur les forces et les secrets de la nature a remis en ses mains des instruments dont il peut se servir tant pour violer ses engagements que pour le bien commun de tous ; le risque d'un mauvais emploi n'a pas conduit, jusqu'à présent, à soumettre la détention de ces moyens d'action à l'autorisation des Etats éventuellement menacés. Même si l'on se plaçait uniquement sur le terrain des relations de voisinage, le risque politique allégué par le Gouvernement espagnol ne présenterait pas un caractère plus anormal que le risque tecnique dont il a été parlé plus haut. En tout cas, on ne trouve ni dans le Traité et l'Acte additionnel du 26 mai 1866, ni dans le droit international commun une règle qui interdise à un Etat, agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin »* (ONU, 1957, p. 305).

[256] Vale citar: *« Admettre qu'en une matière déterminée il ne peut plus être exercé de compétence qu'à la condition ou par la voie d'un accord entre deux Etats, c'est apporter une restriction essentielle à la souveraineté d'un Etat, et elle ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine. Sans doute, la pratique internationale révèle-t-elle quelques cas particuliers dans lesquels cette hypothèse se vérifie ; ainsi parfois deux Etats exercent conjointement les compétences étatiques sur certains territoires (indivision, coimperium ou condominium) ; de même, dans certaines institutions internationales, les représentants des Etats exercent conjointement certaines compétences au nom des Etats ou au nom des organisations. Mais ces cas sont*

p. 306-307).

Seguindo a linha de raciocínio destas considerações preliminares sobre soberania, o Tribunal investiga se há no Direito Internacional regra que preveja a necessidade de acordo prévio entre Estados para se empreender obras. Não existe, segundo o Tribunal, regra costumeira de Direito Internacional, tampouco princípio geral do Direito que imponha a consulta prévia. A Convenção de Genebra de 1923, por exemplo, tinha na sua redação inicial a previsão de necessidade de acordo prévio para aproveitamento energético de cursos d'água internacionais, mas a ideia foi rejeitada e o que consta no art. 1o da referida convenção é a consagração da liberdade de cada Estado de desenvolver em seu próprio território o potencial hidroelétrico que deseje (ONU, 1957, p. 307-308).

A necessidade de acordo prévio só seria uma regra obrigatória se estivesse prevista em um tratado entre França e Espanha. A Espanha alegou que as águas do rio Carol estão sujeitas a um regime de condomínio indivisível e a consequência disto seria a necessidade de acordo prévio, mas o Tribunal entendeu que este argumento contraria o que está expresso no art. 8 da Ata adicional de 1866. A Espanha alegou também que o art. 11 da Ata adicional impunha o acordo prévio, mas o Tribunal afirmou que esta argumento padecia de lógica, já que a redação do art. 11 prevê tão somente uma obrigação de notificação prévia. Esta obrigação não tem a ver com um acordo prévio, mas com possibilitar que ribeirinhos eventualmente prejudicados sejam compensados em tempo hábil. Mesmo que surja a controvérsia e que as partes tenham que recorrer à negociação ou à arbitragem, o Estado não está obrigado a suspender o exercício de sua jurisdição, apenas assume o risco de ser responsabilizado internacionalmente caso não aja dentro dos limites dos seus direitos (ONU, 1957, p. 309). "Se levada aos extremos, a tese espanhola implicaria a paralisia geral do exercício da jurisdição estatal em havendo uma

---

exceptionnels et la jurisprudence internationale n'en reconnaît pas volontiers l'existence, surtout lorsqu'ils portent atteinte à la souveraineté territoriale d'un Etat, ce qui serait le cas dans la présente affaire.
En effet, pour apprécier, dans son essence, la nécessité d'un accord préalable, il faut se placer dans l'hypothèse dans laquelle les Etats intéressés ne peuvent arriver à un accord. Dans ce cas, il faut admettre que l'Etat normalement compétent a perdu le droit d'agir seul, par suite de l'opposition inconditionnée et discrétionnaire d'une autre Etat. C'est admettre un « droit d'assentiment », un « droit de veto », qui paralyse, à la discrétion d'une Etat, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre Etat.
C'est pourquoi la pratique internationale recourt de préférence à des solutions moins extrêmes, en se bornant à obliger les Etats à rechercher, par des tractations préalables, les termes d'un accord, sans subordonner à la conclusion de cet accord l'exercice de leurs compétences. On a ainsi parlé, quoique souvent d'une manière impropre, de « l'obligation de négocier un accord ». En réalité, les engagements ainsi pris par les Etats prennent des formes très diverses et ont une portée qui varie selon la manière dont ils sont définis et selon les procédures destinées à leur mise en œuvre ; mais la réalité des obligations ainsi souscrites ne saurait être contestée et peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi (affaire de Tacna-Arica, Recueil des sentences arbitrales, t. II, p. 921 et suiv. ; affaire du trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne, Cour Permanente de Justice Internationale, A/B 42, p. 108 et suiv.) » (ONU, 1957, p. 306).

disputa, ou a submissão de todas as disputas, de qualquer natureza, à autoridade de um terceiro; a prática internacional não consagra nem uma nem outra dessas consequências"[257] (ONU, 1957, p. 310).

Outro argumento espanhol se refere aos artigos 15 e 16 da Ata adicional de 1866, que estabelecem: uma obrigação de consultas entre as autoridades administrativas e de harmonização do exercício das suas competências. Segundo o Tribunal, é impossível deduzir desta fórmula a necessidade um acordo prévio (ONU, 1957, p. 311).

Com relação às notas diplomáticas trocadas por Espanha e França, não se poderia delas tirar conclusões jurídicas, já que para que as negociações prosseguissem em clima amigável, é normal que uma parte suspenda o exercício de seus direitos por um período. No presente caso, ambas as partes tiveram firmes as suas posições sobre a consulta prévia durante todo o período de negociações, a França nunca reconheceu a tese espanhola segundo a qual a realização de obras dependeria de um acordo prévio (ONU, 1957, p. 311).

A defesa espanhola alega ainda que em 1949, no âmbito da reunião da Comissão dos Pirineus, a delegação francesa propôs a constituição de uma comissão mista de engenheiros encarregada de estudar o caso e de se reportar aos seus respectivos governos, "estando bem entendido que o estado das coisas não seria modificado até que os governos decidissem de comum acordo de forma diferente"[258]. Em outras oportunidades (acordo de 3 de outubro de 1955 e acordo de 14 de Novembro de 1955) a França assumiu a mesma obrigação, mas por tempo limitado. O Tribunal entendeu que o compromisso assumido pela França em 1949 serviu somente para facilitar as negociações e não tinha qualquer significado exceto naquele contexto. Este acordo se deu no âmbito da Comissão dos Pirineus que não tem qualquer poder além de formular estudos e fornecer informações. O acordo de 1949 teve o propósito de criar uma comissão mista de engenheiros e a manutenção do *statu quo* era somente uma consequência acessória das atividades da comissão, assim não poderia se prolongar o acordo (e a suspensão da execução do projeto) por mais tempo do que a existência da comissão, que sequer atingiu resultados (ONU, 1957, p. 312-313).

O Tribunal passa à análise do art. 11 para decidir se a França cumpriu ou não as suas obrigações internacionais. A Espanha reclamou que a França desenvolveu seus planos de desvios de águas do lago Lanoux fundada na quebra da isonomia entre os dois países, tanto na

[257] No original: *« Poussée à l'extrême, la thèse espagnole impliquerait ou bien la paralysie générale de l'exercice des compétences étatiques en présence d'un différend, ou bien la soumission de tous les différends, quels qu'ils soient, à l'autorité d'un tiers ; la pratique internationale ne consacre ni l'une ni l'autre de ces conséquences »* (ONU, 1957, p. 310).

[258] No original: *« étant bien entendu que l'état de choses actuel ne serait pas modifié jusqu'à ce que les Gouvernements en aient décidé autrement, d'un commun accord »* (ONU, 1957, p. 312).

forma quanto na substância. Na forma, porque impôs seu projeto unilateralmente sem buscar um acordo com a Espanha e substancialmente, porque não mantém um justo equilíbrio entre os interesses da Espanha e da França (ONU, 1957, p. 315).

Segundo o Tribunal, a Espanha confunde direitos e interesses. A França pode exercer seus direitos, mas não pode ignorar os interesses espanhóis. A Espanha, por sua vez, pode exigir o respeito a seus direitos e que seus interesses sejam considerados. Na forma, o Estado de montante tem um direito de iniciativa e não é obrigado a associar à elaboração de seus projetos o Estado de jusante. Se durante as negociações, o Estado de jusante apresenta seus projetos, o Estado de montante deve analisá-los, mas tem o direito de preferir a solução de seu próprio projeto, desde que leve em consideração de maneira razoável os interesses do Estado de jusante[259] (ONU, 1957, p. 316).

A França apenas exerce o seu direito: as obras de desvio de água do lago são em território francês, a responsabilidade pelo empreendimento é da França e somente a França pode julgar quais são as obras de utilidade pública necessárias em seu território. A Espanha não pode invocar um direito de que a administração do lago Lanoux se baseie nas necessidades da agricultura espanhola, pode somente exigir que as obras conforme projetadas pela França se dêem de forma a salvaguardar razoavelmente os seus interesses (ONU, 1957, p. 316). Em resumo:

> Quando se examina se a França, nas tratativas e nas propostas, levou suficientemente em consideração os interesses espanhóis, deve-se ressaltar como estão intimamente relacionadas a obrigação de levar em consideração no curso das negociações os diversos interesses e a obrigação de dar a estes interesses um lugar razoável na solução finalmente adotada. Um Estado que conduziu as negociações com compreensão e boa fé, conforme o art. 11 da Ata adicional, não está dispensado de dar aos interesses diversos um lugar razoável na solução adotada porque as negociações foram interrompidas, ainda que seja em decorrência da intransigência da outra parte. Por outro lado, quando se avalia se um projeto levou em consideração os interesses envolvidos, a forma como decorreram as negociações, a variedade de interesses que puderam ser apresentados, o preço que cada uma das partes estava disposta a pagar para salvaguardar os interesses, são os fatores essenciais para determinar, tendo em conta as obrigações do art. 11 da Ata adicional, o mérito deste projeto. Considerando todas as circunstâncias do caso, o Tribunal tem a opinião de que o projeto francês satisfaz as obrigações do art. 11 da Ata adicional.[260]

---

[259] No original: *« La France peut user de ses droits, elle ne peut ignorer les intérêts espagnols. L'Espagne peut exiger le respect de ses droits et la prise en considération de ses intérêts. En la forme, l'Etat d'amont a, en vertu de la procédure, un droit d'initiative, il n'est pas obligé d'associer à l'élaboration de ses projets l'Etat d'aval. Si, au cours des entretiens, l'Etat d'aval lui soumet des projets, l'Etat d'amont doit les examiner, mais il a le droit de préférer la solution retenue par son projet, s'il prend en considération d'une manière raisonnable les intérêts de l'Etat d'aval »* (ONU, 1957, p. 316).

[260] No original: *« Quand on examine si la France a, tant dans les tractations que dans les propositions, pris suffisamment en considération les intérêts espagnols, il faut souligner combien sont intimement liées l'obligation*

O Tribunal decidiu, portanto, que o governo francês não cometeu nenhuma infração ao tratado de Bayonne de 1866 e sua Ata adicional da mesma data ao executar o projeto de desvio de águas do lago Lanoux (ONU, 1957, p. 317).

5.4. O projeto Gabcikovo-Nagymaros (CIJ, 1997)

O projeto Gabcikovo-Nagymaros previa a construção de uma série de barragens no rio Danúbio, que permitissem explorar o potencial energético e melhorar as condições de navegação naquele rio, entre Bratislava e Budapeste. A Tchecoslováquia e a Hungria assinaram o tratado sobre o projeto em 1977, a sua vigência se iniciou em 30 de junho de 1978. Durante a execução das obras, o projeto passou a sofrer intensas críticas na Hungria, pelos impactos ao meio ambiente e pela ameaça que representava ao abastecimento de água de Budapeste. Em 13 de maio de 1989 o governo da Hungria decidiu suspender as obras em seu território.

Diante da paralização das obras de responsabilidade húngara, a Tchecoslováquia passou a estudar alternativas para a conclusão do projeto de Gabcikovo. Em 1991 a Tchecoslováquia adotou uma "solução alternativa provisória", denominada Variante C, pela qual as águas do Danúbio seriam desviadas para dentro de seu território para alimentar a usina de Gabcikovo. A Hungria protestou e em maio de 1992 enviou uma notificação de denúncia do tratado. No contexto de dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, a Eslováquia e a Hungria empreenderam negociações mal sucedidas e em 1993 a questão foi submetida à apreciação da Corte Internacional de Justiça[261].

---

de tenir compte, au cours des tractations, des intérêts adverses et l'obligation de faire à ceux-ci, dans la solution retenue, une place raisonnable. Un Etat qui a conduit des négociations, avec compréhension et bonne foi, selon l'article 11 de l'Acte additionnel, n'est pas dispensé de faire, dans la solution retenue, une place raisonnable aux intérêts adverses, parce que les conversations ont été interrompues, fût-ce par l'intransigeance de son partenaire. A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'apprécier la manière dont un projet tient compte des intérêts en présence, la façon dont les négociations se sont déroulées, l'inventaire des intérêts qui a pu y être présenté, le prix que chacune des Parties était prête à payer pour en obtenir la sauvegarde sont de facteurs essentiels pour établir, au regard des obligations de l'article 11 de l'Acte additionnel, le mérite de ce projet. Au regard de toutes les circonstances de l'affaire, ci-dessus rappelées, le Tribunal est d'avis que le projet français satisfait aux obligations de l'article 11 de l'Acte additionnel » (ONU, 1957, 317).

[261] Conforme o texto original da sentença: *"Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia), judgment of 25 september 1997"*; *"Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie – Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997"*.

5.4.1. O contexto da controvérsia

Em 16 de setembro de 1977 a República Popular da Hungria e a República Socialista Tchecoslovaca assinaram, em Budapeste, um tratado relativo à construção e operação do sistema de eclusas e barragens no rio Danúbio, chamado de Gabcikovo-Nagymaros. O objetivo do tratado era de concretizar obras que possibilitassem a exploração do potencial hidrelétrico e facilitassem a navegação no trecho do Danúbio entre Bratislava e Budapeste. O tratado entrou em vigor em 30 de junho de 1978 (CIJ, 1997, p. 14).

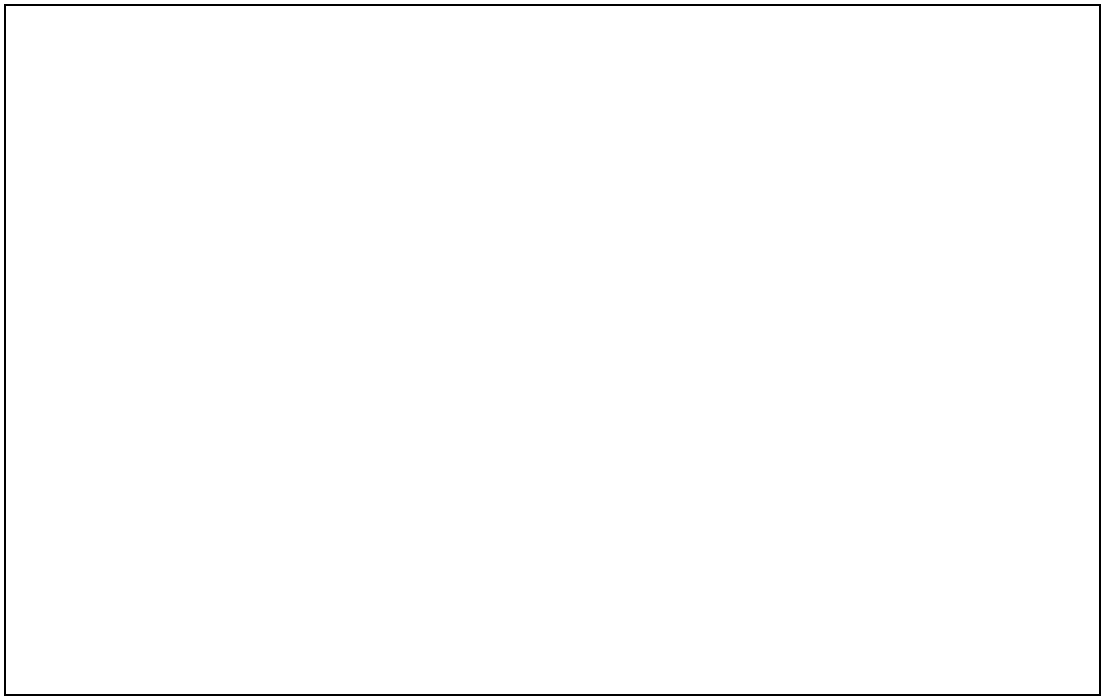
De acordo com o preâmbulo do tratado, o propósito do sistema de barragens era a "larga utilização dos recursos naturais da seção Bratislava – Budapeste do rio Danúbio para o desenvolvimento dos recursos hídricos, energia, transporte, agricultura e outros setores das economias nacionais das partes"[262]. O principal objetivo do investimento comum da Hungria e da Tchecoslováquia era a geração de eletricidade, a melhoria das condições de navegação do rio e a prevenção de inundações (CIJ, 1997, p. 14-15).

O rio Danúbio é o segundo maior rio da Europa, percorre 2860 km a partir da Floresta Negra na Alemanha até o Mar Negro. Por 142 km, o Danúbio forma a fronteira entre a Eslováquia e a Hungria. A parte do rio afetada pelo projeto é de aproximadamente 200 km, entre Bratislava (na Eslováquia) e Budapeste (na Hungria). A jusante de Bratislava a declividade do rio diminui, criando uma planície aluvial de brita e de sedimentos arenosos. Esta planície é delimitada ao nordeste (em território eslovaco) pelo Pequeno Danúbio[263] e a sudoeste (em território húngaro) pelo braço Mosoni do Danúbio[264]. A fronteira entre os dois Estados é constituída na maior parte dessa região pelo canal principal do rio. A área incluída entre o Pequeno Danúbio e este canal principal do Danúbio constitui, em território eslovaco o Zitny Ostrov; a região entre o canal principal do Danúbio e o braço Moson do Danúbio constitui (em território húngaro) o Szigetköz. Cunovo e, mais a jusante, Gabcikovo são situadas nesta parte do rio, em território eslovaco, mas Cunovo está na margem direita do rio e Gabcikovo, na margem esquerda. Mais a jusante, depois da confluência dos braços, o rio entre em território húngaro e a topografia se torna mais acidentada. Nagymaros fica num

[262] No original *"the broad utilization of the natural resources of the Bratislava- Budapest section of the Danube river for the development of water resources, energy, transport, agriculture and other sectors of the national economy of the Contracting Parties"* (CIJ, 1997, p. 14-15).
[263] *Maly Danube*, em inglês; *Petit Danube*, em francês.
[264] *Mosoni Danube*, em inglês; *Bras Moson du Danube*, em francês.

estreito vale, antes do rio fazer a curva para se dirigir ao sul, formando a grande ilha fluvial de Szentendre antes de alcançar Budapeste (CIJ, 1997, p. 15).

A área é representada no seguinte mapa (figura n. 6):



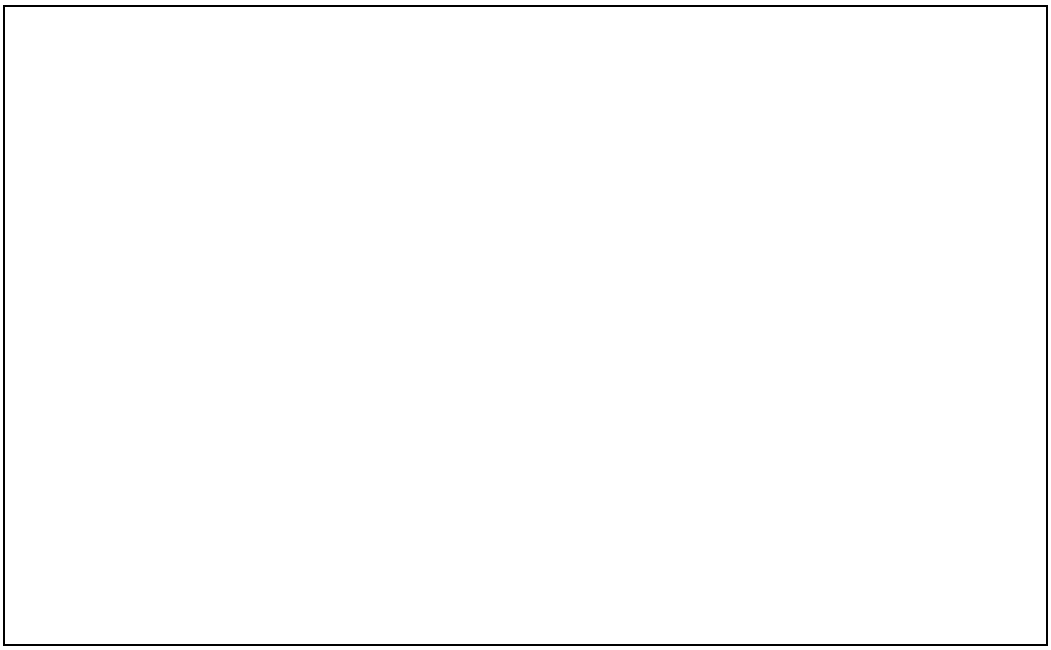
Fonte: CIJ, 1997, p. 16.

O Danúbio tem um papel fundamental na economia dos países que atravessa, já que as obras no rio e em canais fizeram com que ele se conectasse ao rio Main e, logo, ao Reno, formando uma artéria que liga o Mar do Norte ao Mar Negro (CIJ, 1997, p. 15-17).

O tratado de 1977 definia, no art. 1, parágrafo 1º, as obras que faziam parte do projeto Gabcikovo-Nagymaros. Primeiramente, deveriam ser construídas duas séries de eclusas, uma em Gabcikovo (em território tchecoslovaco) e a outra em Nagymaros (em território húngaro), com objetivo de constituir um "sistema de obras operacional único e indivisível"[265]. Esse sistema deveria ser formado por: um reservatório a montante de Dunakiliti em território húngaro e tchecoslovaco; uma baragem em Dunakiliti (em território húngaro); um canal de derivação, em território tchecoslovaco, no qual deveria ser construído o sistema de eclusas de Gabcikovo (*the Gabcikovo system of locks*) junto com uma hidrelétrica com capacidade de 720 MW; o aprofundamento do leito do Danúbio a jusante do ponto em que o canal de derivação se juntaria ao velho leito do rio; obras de controle de enchentes ao longo do Danúbio; um sistema de eclusas em Nagymaros (*the Nagymaros system of locks*), em território húngaro, com uma hidroelétrica com capacidade de 158 MW; e o aprofundamento

[265] No original *"un système d'ouvrages opérationnel, unique et indivisible"* (CIJ, 1997, p. 17).

do leito do Danúbio a jusante de Nagymaros (CIJ, 1997, p. 17). O projeto Gabcikovo-Nagymaros é ilustrado pela seguinte figura (de n. 7):



Fonte: CIJ, 1997, p. 18.

O mesmo art. 1º do tratado de 1977, no parágrafo 4, previa que as especificações tecnológicas do sistema deveriam ser incluídas num plano contratual conjunto, a ser elaborado conforme o acordo assinado pelas partes em 6 de maio de 1976 com este propósito. Este documento previa que o investimento conjunto seria realizado conforme o plano contratual conjunto. As operações relativas ao investimento conjunto seriam dirigidas e supervisionadas pelos governos das partes contratantes, por meio de delegados governamentais. Ainda, segundo o art. 4º do tratado de 1977, as usinas de geração de energia deveriam entrar em operação no período entre 1986 e 1990 (CIJ, 1997, p. 17).

Outras disposições relevantes do tratado de 1977 são relativas a: 1) custos do investimento conjunto, que seriam arcados pela Hungria e pela Tchecoslováquia em partes iguais (art. 5); 2) barragem de Dunakiliti, o canal de derivação e as duas séries de eclusas do projeto seriam de propriedade conjunta da Hungria e da Tchecoslováquia, a propriedade das outras obras seria do Estado em cujo território elas fossem construídas (art. 8); 3) participação igualitária das partes na utilização do sistema e da energia gerada (art. 9); 4) gestão das obras pelo Estado em cujo território elas se encontrassem (art. 10); 5) custos de operação, manutenção e reconstrução das obras do sistema de eclusas, cujo ônus caberia às partes em medidas iguais (art. 12) (CIJ, 1997, p. 19).

Sobre o rio Danúbio, o tratado de 1977 estipula que: a vazão de água especificada no

equilíbrio hidráulico previsto no plano contratual conjunto deve ser assegurada no leito do Danúbio (entre Dunakiliti e Sap) exceto quando condições naturais ou outras circunstâncias temporárias imponham uma vazão maior ou menor (art. 14); se a captação de água na seção contígua do rio exceder as quantidades de águas especificadas no equilíbrio hidráulico, resultando numa diminuição da produção de hidroeletricidade, a parte de energia pertencente à parte que se beneficiou da captação excessiva de água deve ser reduzida (art. 14, parágrafo 4); as partes contratantes devem assegurar que a qualidade da água no Danúbio não seja comprometida pela construção e funcionamento do sistema de eclusas (art. 15) (CIJ, 1997, p. 19).

As partes também se comprometeram, pelo tratado de 1977: a manter a navegação segura e ininterrupta do Danúbio durante a construção do sistema de eclusas e durante o seu funcionamento; a proteger a natureza e os interesses do setor pesqueiro. Em decorrência das obras, haveria modificações na fronteira entre os dois Estados, que deveria ser fixada num tratado distinto, que nunca foi assinado. Por fim, o art. 27 previa que, havendo disputas, elas deveriam ser resolvidas pelos delegados governamentais que, se não atingissem um acordo, submeteriam a questão aos governos das partes contratantes (CIJ, 1997, p. 20).

> Portanto, o projeto deveria se apresentar como um projeto conjunto integrado, no qual as duas partes contratantes estariam em pé de igualdade em relação ao financiamento, à construção e à exploração das obras. Sua natureza única e indivisível deveria se concretizar por meio do "Plano Contratual Conjunto" que complementaria o tratado. Em particular, estariam sob controle da Hungria as comportas de Dunakiliti e as obras de Nagymaros, enquanto que as obras de Gabcikovo seriam controladas pela Tchecoslováquia (CIJ, 1997, p. 21)[266].

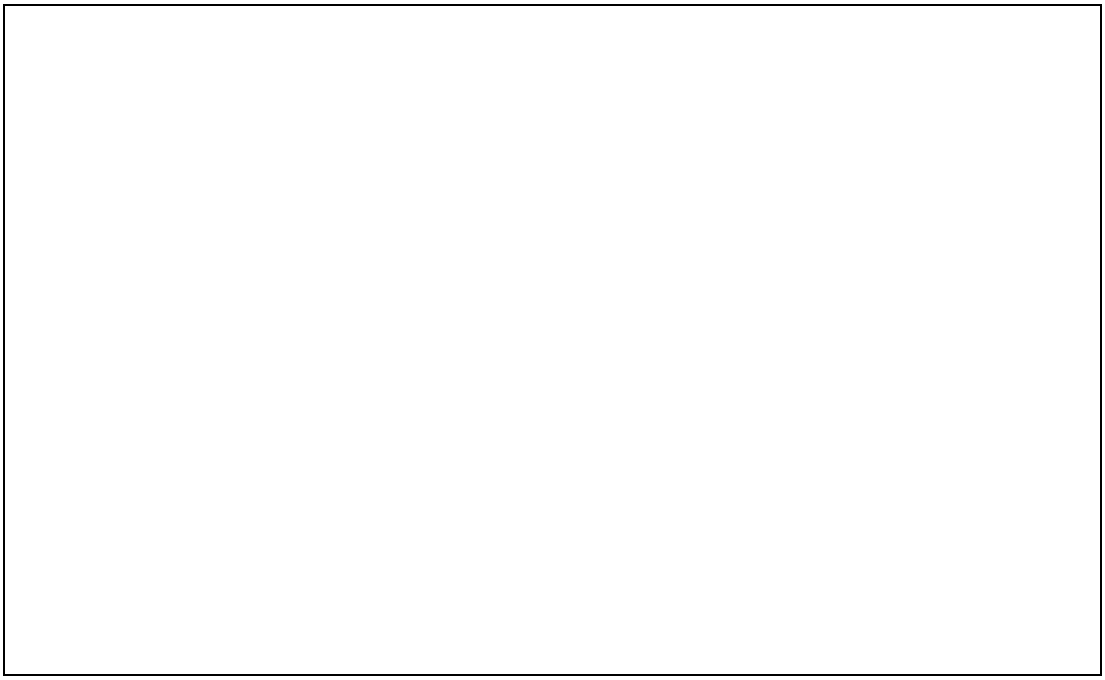
As obras começaram em 1978, mas por iniciativa da Hungria, as partes assinaram dois protocolos, o primeiro em 10 de outubro de 1983 acordando em retardar as obras e o início da operação das hidrelétricas e o segundo, em 6 de fevereiro de 1989, acordando em acelerar as obras. Mas por causa das críticas que o projeto recebeu, o governo húngaro decidiu suspender as obras em 13 de maio de 1989. Finalmente, o governo húngaro decidiu, em 27 de outubro do mesmo ano, abandonar as obras em Nagymaros e manter o *statu quo* em Dunakiliti (CIJ, 1997, p. 22).

A Tchecoslováquia passou a investigar alternativas para o projeto e resolveu adotar a "Variante C". A Variante C compreendia um desvio unilateral do Danúbio para dentro do

[266] No original: "*Thus, the Project was to have taken the form of an integrated joint project with the two contracting parties on an equal footing in respect of the financing, construction and operation of the works. Its single and indivisible nature was to have been realized through the Joint Contractual Plan which complemented the Treaty. In particular, Hungary would have had control of the sluices at Dunakiliti and the works at Nagymaros, whereas Czechoslovakia would have had control of the works at Gabcikovo"* (CIJ, 1997, p. 21).

território da Tchecoslováquia aproximadamente 10 km a montante de Dunakili. Em Cunovo deveria ser construída uma barragem-vertedouro e um dique ligando essa barragem à margem sul do canal de desvio. O reservatório deveria ter uma área de superfície menor e conter 30% menos água do que o projeto original (em Dunakiliti). As obras acessórias previstas eram: uma estrutura de captação para suprir o braço Mosoni do Danúbio; um vertedouro para, notadamente, direcionar as águas de cheia ao antigo leito do Danúbio; uma eclusa de navegação auxiliar; duas usinas hidrelétricas (uma no Mosoni e outra no antigo leito do Danúbio). O suprimento de água para os braços secundários do Danúbio na margem tchecoslovaca seria assegurado por duas estruturas de captação no canal de derivação em Dobrohost e Gabcikovo. Não havia previsão de solução para a margem húngara do Danúbio. Tampouco havia solução para a questão do aprofundamento do leito do Danúbio na confluência do canal de derivação e do antigo leito. Em julho de 1991, o governo da Tchecoslováquia decidiu pela adoção da Variante C e as obras começaram em novembro daquele ano (CIJ, 1997, p. 22).

A Variante C é ilustrada conforme a figura seguinte (figura n. 8):



Fonte: CIJ, 1997, p. 23.

As negociações entre as partes continuaram, mas em maio de 1992 o governo húngaro enviou nota ao governo da Tchecoslováquia denunciando o tratado do projeto Gabcikovo-Nagymaros, com efeitos a partir de 25 maio de 1992. Em outubro de 1992, a Tchecoslováquia começou as obras de barramento do Danúbio. A Comissão das Comunidades Européias ofereceu-se para mediar a disputa. Em 28 de outubro de 1992, em Londres, as partes

acabaram concordando com a submissão do litígio à Corte Internacional de Justiça e com a formação de comissões tripartites para investigar a Variante C e para estudar e sugerir as medidas urgentes (CIJ, 1997, p. 23).

A Eslováquia tornou-se um Estado independente em 1º de janeiro de 1993, sucedendo a Tchecoslováquia no que tange ao tratado sobre o projeto Gabcikovo-Nagymaros. Em 7 de abril de 1993, em Bruxelas, as partes assinaram um "Acordo especial para submissão à Corte Internacional de Justiça" das controvérsias entre a República da Hungria e a República da Eslováquia relativa ao projeto. Segundo o art. 4 deste acordo, as partes implantariam um regime temporário de gerenciamento das águas do Danúbio enquanto não houvesse o julgamento do caso. Este regime, no entanto, não foi estabelecido facilmente, pois o enchimento do novo lago (conforme a Variante C) reduziu bruscamente o fluxo de águas no antigo leito do Danúbio, bem como nos braços do rio. Formou-se um grupo tripartite de experts em agosto de 1993, cujas conclusões divulgadas em dezembro de 1993 não foram aceitas pelas partes (CIJ, 1997, p. 24).

Após lentas negociações, a Hungria e a Eslováquia concluíram um "Acordo sobre certas medidas técnicas temporárias e vazão do Danúbio e do braço Mosoni do Danúbio", em 19 de abril de 1995. Por este acordo, que deveria terminar 14 dias após o julgamento por parte da Corte, a vazão de água para o Mosoni Danúbio seria de 43 m3/s, proporcionando uma média de 400 m3/s no antigo leito do rio. Era permitido à Hungria construir um vertedouro parcialmente submerso perto de Dunakiliti, no intuito de melhorar o fornecimento de água para os braços secundários do Danúbio na margem húngara (CIJ, 1997, p. 25).

5.4.2. A sentença da Corte Internacional de Justiça

O compromisso para submissão da questão à Corte Internacional de Justiça foi firmado em Bruxelas em 7 de abril de 1993. O procedimento na Corte iniciou-se em 2 de julho de 1993 e a sentença foi proferida em 25 de setembro de 1997.

Em 2 de julho de 1993 as partes assinaram um acordo especial que submeteu a contenda à Corte Internacional de Justiça. A Corte foi chamada a decidir, com base no Tratado de 1977 e nas regras e princípios gerais de Direito Internacional, as seguintes questões:

a) se a República da Hungria tinha o direito de suspender e, na sequência, abandonar em

1989 as obras de sua responsabilidade no projeto Gabcikovo-Nagymaros;

b) se a República da Tchecoslováquia tinha o direito de adotar em novembro de 1991 a "solução provisória" e colocá-la em operação a partir de outubro de 1992;
c) quais os efeitos legais da notificação datada de 19 de maio de 1992, de autoria da República da Hungria, denunciando o tratado de 1977;
d) quais as consequências legais, incluindo direitos e obrigações das partes, decorrentes do julgamento das questões acima mencionadas (CIJ, 1997, p. 7-9).

Os memoriais deveriam ser apresentados até 2 de maio de 1994 e os contra-memoriais, até 5 de dezembro de 1994 (CIJ, 1997, p. 10). Entre 1 e 4 de abril de 1997, os membros da Corte visitaram a área ao longo do Danúbio e ocorreram duas rodadas de audiências, a primeira entre 3 e 7 de março e 24 e 27 de março de 1997 e a segunda, nos dias 10, 11, 14 e 15 de abril de 1997 (CIJ, 1997, p. 11).

5.4.2.1. O "estado de necessidade ecológico"

Para responder à primeira questão que lhe foi submetida, a Corte lembrou, primeiramente, que o projeto Gabcikovo-Nagymaros constituía um sistema de obras único e indivisível, segundo o tratado de 1977. A sentença da Corte descreve o conjunto de obras que constituía o projeto[267] e quais as responsabilidades de cada uma das partes no conjunto do

[267] Vale citar o trecho da sentença que descreve o conjunto das obras do projeto: *"The Court would recall that the Gabcikovo-Nagymaros System of Locks is characterized in Article 1, paragraph 1, of the 1977 Treaty as a "single and indivisible operational system of works". The principal works which were to constitute this system have been described in general terms above (see paragraph 18). Details of them are given in paragraphs 2 and 3 of Article 1 of the Treaty. For Gabcikovo, paragraph 2 lists the following works:*
a) the Dunakiliti-HruSov head-water installations in the Danube sector at r.km. (river kilometre(s)) 1860-1842, designed for a maximum flood stage of 131.10 m.B. (metres above sea-level. Baltic system), in Hungarian and Czechoslovak territory;
b) the Dunakiliti dam and auxiliary navigation lock at r.km. 1842, in Hungarian territory;
c) the by-pass canal (head-water canal and tail-water canal) at r.km. 1842-1811, in Czechoslovak territory;
d) series of locks on the by-pass canal, in Czechoslovak territory, consisting of a hydroelectric power plant with installed capacity of 720 MW, double navigation locks and appurtenances thereto;
e) improved old bed of the Danube at r.km. 1842-1811, in the joint Hungarian-Czechoslovak section;
f) deepened and regulated bed of the Danube at r.km 1811-1791, in the joint Hungarian Czechoslovak section.
For Nagymaros, paragraph 3 specifies the following works:
a) head-water installations and flood-control works in the Danube sector at r.km. 1791-1696.25 and in the sectors of tributaries affected by flood waters, designed for a maximum flood stage of 107.83 m.B., in Hungarian and Czechoslovak territory;
b) series of locks at r.km. 1696.25, in Hungarian territory, consisting of a dam, a hydroelectric power plant with installed capacity of 158 MW, double navigation locks and appurtenances thereto;

projeto[268].

A Hungria suspendeu as obras do projeto em maio de 1989, com objetivo de realizar estudos sobre os impactos ambientais, sismológicos e na qualidade da água que o abandono e a continuidade do projeto poderiam acarretar. A Academia de Ciências da Hungria chegou à conclusão que de acordo com o plano original do projeto Gabcikovo, não havia conhecimento adequado sobre as consequências dos riscos ambientais da construção da barragem de Nagymaros. Na opinião do comitê *ad hoc* instaurado pela Academia, a construção do sistema de barragens implicava um risco inaceitável (CIJ, 1997, p. 29). Durante as negociações, segundo a Corte, a Tchecoslováquia propôs que se elaborasse um acordo sobre garantias técnicas, operacionais e ecológicas e uma extensão dos prazos para conclusão das obras. Caso a Hungria continuasse violando unilateralmente o tratado de 1977, a Tchecoslováquia adotaria uma solução alternativa (CIJ, 1997, p. 30).

Em 27 de outubro de 1989, a Hungria adotou a solução de abandonar a construção da barragem de Nagymaros e de manter suspensas as obras em Dunakiliti. Várias notas foram trocadas pelos dois governos, incorporando a discussão sobre os impactos ambientais do projeto. Mas entre 1989 e 1990 a situação política mudou: o novo governo húngaro

---

c) deepened and regulated bed of the Danube, in both its branches, at r.km. 1696.25-1657, in the Hungarian section." (CIJ, 1997, p. 26).

[268] Sobre as responsabilidades da República da Tchecoslováquia e da Hungria, conforme o tratado de 1977: *"The labour and supplies required for the realization of the joint investment shall be apportioned between the Contracting Parties in the following manner:*
a) The Czechoslovak Party shall be responsible for:
1) the Dunakiliti-Hrusov head-water installations on the left bank, in Czechoslovak territory ;
2) the head-water canal of the by-pass canal, in Czechoslovak territory ;
3) the Gabcikovo series of locks, in Czechoslovak territory;
4) the flood-control works of the Nagymaros head-water installations, in Czechoslovak territory, with the exception of the lower Ipel district;
5) restoration of vegetation in Czechoslovak territory;
b) The Hungarian Party shall be responsible for
1) the Dunakiliti-Hrusov head-water installations on the right bank, in Czechoslovak territory, including the con- necting weir and the diversionary weir;
2) the Dunakiliti-Hrusov head-water installations on the right bank, in Hungarian territory ;
3) the Dunakiliti dam, in Hungarian territory;
4) the tail-water canal of the by-pass canal, in Czechoslovak territory;
5) deepening of the bed of the Danube below Palkovicovo, in Hungarian and Czechoslovak territory;
6) improvement of the old bed of the Danube, in Hungarian and Czechoslovak territory;
7) operational equipment of the Gabcikovo system of locks (transport equipment, maintenance machinery), in Czechoslovak territory;
8) the flood-control works of the Nagymaros head-water installations in the lower Ipel district, in Czechoslovak territory;
9) the flood-control works of the Nagymaros head-water installations, in Hungarian territory;
10) the Nagymaros series of locks, in Hungarian territory;
11) deepening of the tail-water bed below the Nagymaros system of locks, in Hungarian territory;
12) operational equipment of the Nagymaros system of locks (transport equipment, maintenance machinery), in Hungarian territory;
13) restoration of vegetation in Hungarian territory" (CIJ, 1997, p. 27).

considerava o projeto um erro e pretendia abrir negociações para remediar e dividir os prejuízos. Em 15 de fevereiro de 1991, o Presidente tchecoslovaco afirmou que o projeto Gabcikovo Nagymaros era um "monumento totalitarista, gigante e contrário à natureza", mas o problema era que a usina de Gabcikovo já estava construída. O Ministro de Meio Ambiente da Tchecoslováquia declarou perante o Parlamento húngaro que o projeto era obsoleto e que havia muitas razões para se modificar o tratado, mas era inaceitável cancelá-lo. Até o final de 1991, a Hungria concluiu as obras relativas ao canal vertedouro do canal de desvio (conforme o art. 5, parágrafo 5, do tratado de 1977), embora se abstivesse de terminar as obras em Dunakiliti (CIJ, 1997, p. 31).

A Corte ressaltou na sentença que nenhuma das partes questionou a validade e a vigência do tratado de 1977. A Hungria argumentou que suspendeu e abandonou as obras em razão de um "estado de necessidade ecológico":

> A Hungria sustentou que as várias instalações no Sistema de eclusas Gabcikovo Nagymaros foram projetadas para permitir que a usina de Gabcikovo operasse em modo de pico. A água só chegaria à usina duas vezes por dia, em horários de pico de demanda de energia. A operação em modo de pico requeriria uma vasta expansão do reservatório previsto em Dunakiliti, bem como da barragem de Nagymaros, que deveria atenuar os efeitos de maré e reduzir a variação do nível da água a jusante de Gabcikovo. Esse sistema, considerado economicamente mais rentável do que o uso de usinas a fio de água, acarretaria riscos ecológicos inaceitáveis.
>
> De acordo com a Hungria, os principais riscos ecológicos que seriam causados pelo sistema seriam os seguintes. Em Gabcikovo Dunakiliti, conforme o projeto original, especificado no plano contratual conjunto, a vazão residual do antigo leito do Danúbio foi limitada a 50 m^3/s, além da água fornecida ao sistema de braços. Esse volume poderia ser aumentado para 200 m^3/s durante a estação vegetativa. Vazões adicionais, em particular cheias artificiais, também poderiam ser efetuadas, em ritmo não especificado, além da água fornecida ao conjunto de braços. Nestas circunstâncias, o nível das águas subterrâneas cairia em toda a região do Szigetköz e não poderia mais ser reconstituído pelo Danúbio – que, ao contrário, agiria como um dreno - mas pelo reservatório de água estagnada em Dunakiliti e pelos braços laterais que se tornariam assoreados. A longo prazo, a qualidade da água seria prejudicada. Quanto às águas superficiais, surgiria o risco de eutrofização, em especial no reservatório; e em vez do velho Danúbio haveria somente um rio estrangulado pela areia, com pouco fluxo de água. A rede de braços do Danúbio seria cortada do leito principal. A fauna e flora fluvial seriam condenadas à extinção.
>
> Quanto à Nagymaros, a Hungria argumentou que se a barragem fosse construída o leito do Danúbio a montante seria assoreado e, consequentemente, a qualidade da água coletada na área, nos poços filtrantes das margens, seria deteriorada. Além do que, a operação da usina de Gabcikovo em regime de pico causaria significativas variações diárias no nível de água do reservatório de Nagymaros, o que constituiria uma ameaça ao habitat aquático.
>
> Além disso, a construção e operação da barragem de Nagymaros causaria a erosão do leito do rio a jusante, ao longo da ilha de Szentendre. O nível de

> água do rio cairia e a produção dos poços que fornecem dois terços da água de Budapeste diminuíria sensivelmente. A camada de filtro encolheria ou desapareceria e sedimentos seriam depositados em determinados bolsos no rio, a qualidade da água que infiltra seria prejudicada seriamente.
> Por estas previsões, em cujo suporte citou uma variedade de estudos científicos, a Hungria concluiu que existia realmente um "estado de necessidade ecológica" em 1989 (CIJ, 1997, p. 32-33)[269].

Para fundamentar a sua posição a respeito do alegado "estado de necessidade ecológica", a Corte Internacional de Justiça recorreu, primeiramente, à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratado (1969) e ao projeto da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade internacional, isto porque a Convenção de Viena enumera exaustivamente as possibilidades de denúncia ou suspensão de um tratado e, caso a denúncia ou suspensão do tratado não esteja de acordo com a Convenção, há um engajamento da responsabilidade internacional do Estado, qualquer que seja a natureza da obrigação que tenha falhado em respeitar (CIJ, 1997, p. 35).

A Hungria, ao suspender e subsequentemente abandonar as obras pelas quais era responsável em Nagymaros e Dunakiliti, violou o tratado de 1977 que havia firmado com a Tchecoslováquia. O efeito da conduta do governo da Hungria foi o de tornar impossível a

---

[269] No original: *"Hungary contended that the various installations in the Gabcikovo- Nagymaros System of Locks had been designed to enable the Gabtikovo power plant to operate in peak mode. Water would only have come through the plant twice each day, at times of peak power demand. Opera- tion in peak mode required the vast expanse (60 km) of the planned reservoir at Dunakiliti, as well as the Nagymaros dam, which was to alleviate the tidal effects and reduce the variation in the water level down- Stream of Gabtikovo. Such a system, considered to be more economically profitable than using run-of-the-river plants, carried ecological risks which it found unacceptable. According to Hungary, the principal ecological dangers which would have been caused by this system were as follows. At Gabcikovo Dunakiliti, under the original Project, as specified in the Joint Contractual Plan, the residual discharge into the old bed of the Danube was limited to 50 m3/s, in addition to the water provided to the system of side- arms. That volume could be increased to 200 m3/s during the growing season. Additional discharges, and in particular a number of artificial floods, could also be effected, at an unspecified rate. In these circumstances, the groundwater level would have fallen in most of the Szigetkoz. Furthermore, the groundwater would then no longer have been supplied by the Danube - which, on the contrary, would have acted as a drain - but by the reservoir of stagnant water at Dunakiliti and the side-arms which would have become silted up. In the long term, the quality of water would have been seriously impaired. As for the surface water, risks of eutrophication would have arisen, particularly in the reservoir; instead of the old Danube there would have been a river choked with sand, where only a relative trickle of water would have flowed. The network of arms would have been for the most part cut off from the principal bed. The fluvial fauna and flora, like those in the alluvial plains, would have been condemned to extinction. As for Nagymaros, Hungary argued that, if that dam had been built, the bed of the Danube upstream would have silted up and, consequently, the quality of the water collected in the bank-filtered wells would have deteriorated in this sector. What is more, the operation of the Gabëikovo power plant in peak mode would have occasioned significant daily varia- tions in the water level in the reservoir upstream, which would have constituted a threat to aquatic habitats in particular. Furthermore, the con- struction and operation of the Nagymaros dam would have caused the erosion of the riverbed downstream, along Szentendre Island. The water level of the river would therefore have fallen in this section and the yield of the bank-filtered wells providing two-thirds of the water supply of the city of Budapest would have appreciably diminished. The filter layer would also have shrunk or perhaps even disappeared, and fine sediments would have been deposited in certain pockets in the river. For this two fold reason, the quality of the infiltrating water would have been severely jeopardized. From all these predictions, in support of which it quoted a variety of scientific studies, Hungary concluded that a "state of ecological necessity" did indeed exist in 1989"* (CIJ, 1997, p. 32-33).

completude do conjunto de obras que o tratado de 1977 definia como único e indivisível. Ao invocar o estado de necessidade, a Hungria está tentando justificar sua conduta de forma a excluir a sua responsabilidade internacional, implicando que, na ausência desta circunstância, a sua conduta representaria uma violação ilegal. O estado de necessidade alegado pela Hungria não pode permitir a conclusão de que em 1989 agiu conforme as suas obrigações fixadas no tratado de 1977 ou de que as suas obrigações tivessem deixado de existir, mas serve tão somente como exclusão da sua responsabilidade. A própria Hungria admitiu que o estado de necessidade não excepciona o dever de compensar a outra parte (CIJ, 1997, p. 36).

A sentença passa para a análise do projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre a responsabilidade internacional dos Estados. Segundo o art. 33 deste projeto, o estado de necessidade só pode ser alegado para afastar a responsabilidade internacional do Estado que cometeu um ato ilícito se o ato representava a única maneira de salvaguardar um interesse essencial do Estado contra um perigo grave e iminente e desde que o ato não prejudique seriamente interesse essencial do outro Estado, em relação ao qual existia a obrigação violada. O estado de necessidade não pode ser alegado: a) se a obrigação violada decorre de uma norma peremptória de Direito Internacional; b) se a obrigação violada está fixada em um tratado que exclui expressamente a possibilidade de invocar um estado de necessidade; e c) se o Estado contribuiu para a ocorrência do estado de necessidade (CIJ, 1997, p. 37).

A Corte entendeu que, no caso Gabcikovo-Nagymaros, as condições para que se verificasse o estado de necessidade como excludente da responsabilidade internacional da Hungria não estavam presentes – embora tenha ressaltado que reconhece a grande importância do meio ambiente[270]. A Hungria não provou que existira, em 1989, um perigo real, grave e iminente que justificasse a sua conduta. Pode-se citar:

> A Corte considera, todavia, que por mais sérias que estas incertezas possam ter sido, não podem, por conta própria, estabelecer a existência objetiva de um "perigo" como um componente de um estado de necessidade. A palavra "perigo" certamente evoca a ideia de "risco": é precisamente isso que distingue o "perigo" do dano materializado. Mas o estado de necessidade não poderia existir sem o “perigo” plenamente provado no momento relevante: a mera apreensão de um possível "perigo" não basta a este respeito.

[270] Vale citar: *“The Court recalls that it has recently had occasion to stress, in the following terms, the great significance that it attaches to respect for the environment, not only for States but also for the whole of mankind: ‘the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment’ (Legality of the Threut or Use of Nuclear Weapons, Advisoty Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 241-242, para. 29)”* (CIJ, 1997, p. 38).

> Dificilmente poderia ser diferente, se o “perigo” que constitui o estado de necessidade tivesse ao mesmo tempo que ser “grave” e “iminente”. A "iminência" é sinônimo de "imediatismo" ou "proximidade" e vai muito além do conceito de "possibilidade". Como observado pela Comissão de Direito Internacional no seu comentário, o “extremamente grave e iminente” perigo “deve ter sido uma ameaça ao interesse naquele momento” (Yearbook of the International Law Comission, 1980, vol. II, parte II, p. 48, par. 33). Isso não significa, no entender da Corte, que um "perigo" que apareça a longo prazo não possa ser considerado iminente, assim que seja estabelecido, no momento relevante, que a realização daquele perigo, ainda que distante, seja certa e inevitável. A tese húngara sobre o estado de necessidade não poderia convencer a Corte, a não ser que fosse pelo menos provado que um real, grave e iminente perigo existia em 1989 e que as medidas adotadas pela Hungria eram as únicas possíveis respostas para este perigo (CIJ, 1997, p. 39)[271].

Especificamente sobre a barragem de Nagymaros, a Corte entendeu que ela só poderia representar um perigo se a sua operação se desse no modo de pico. Mesmo que se pudesse ter estabelecido que o reservatório constituiria um grave perigo para o meio ambiente – algo que não foi provado, segundo a apreciação da Corte – a conclusão seria de que o perigo não era iminente no momento em que a Hungria suspendeu e abandonou as obras relativas àquela barragem. Com relação à queda do nível do rio a jusante de Nagymaros, a Corte entendeu que

---

[271] No original, em inglês: *“The Court considers, however, that, serious though these uncertainties might have been they could not, alone, establish the objective existence of a ‘peril’ in the sense of a component element of a state of necessity. The word ‘Peril’ certainly evokes the idea of ‘risk’: that is precisely what distinguishes ‘peril’ from material damage. But a state of necessity could not exist without a ‘Peril’ duly established at the relevant point in time: the mere apprehension of a possible ‘peril’ could not suffice in that respect. It could moreover hardly be otherwise, when the ‘Peril’ constituting the state of necessity has at the same time to be ‘grave’ and ‘imminent’. ‘Imminence’ is synonymous with ‘immediacy’ or ‘proximity’ and goes far beyond the concept of ‘possibility’. As the International Law Comission enphasized in its commentary, the ‘extremely grave and imminent’ peril must ‘have been a threat to the interest at the actual time (Yearbook of the International Law Commission,1980, vol. I I , part 2, p. 49, para. 33). That does not exclude, in the view of the Court, that a ‘peril’ appearing in the long term might be held to be ‘imminent’ as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable. The Hungarian argument on the state of necessity could not convince the Court unless it was at least proven that a real, ‘grave’ and ‘imminent’ ‘peril’ existed in 1989 and that the measures taken by Hungary were the only possible response to it”* (CIJ, 1997, p. 39). Pode-se citar também a versão em francês da sentença: *“La Cour considère cependant que, quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un «péril» en tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité. Le mot «péril» évoque certes l'idée de «risque»; c'est précisément en cela que le «péril» se distingue du dommage matérialisé. Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un «périln dûment avéré au moment pertinent; la seule appréhension d'un «péril» possible ne saurait à cet égard suffire. Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le «péril» constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois (<grave»et «imminent». L'«imminence» est synonyme d'«immédiateté» ou de «proximité» et dépasse de loin le concept d'«éventualité». Comme l'a souligné la Comission du Droit International dans son commentaire, le péril « extrêmement grave et imminent » doit s'être «trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé » (Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 33). Cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour, qu'un «péril» qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour « imminent» dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable. La thèse hongroise sur l'état de nécessité ne pourrait emporter la conviction de la Cour s'il n'était pas au moins prouvé qu'un «péril » réel, «grave» et «imminent» existait en 1989 et que seules les mesures prises par la Hongrie pouvaient permettre d'y faire face”* (CIJ, 1997, p. 39).

em 1980 o nível do rio já havia caído (por causa da extração de materiais de construção) e que depois disso o rio atingiu a profundidade requerida pelo tratado de 1977. O perigo invocado pela Hungria já havia se realizado em larga extensão depois de vários anos, portanto, em 1989, não representava um perigo resultante inteiramente do projeto. Ainda que se supusesse que a construção e a operação de Nagymaros criaria de fato sérios riscos, a Hungria tinha outros meios de responder a situação – que não a suspensão e o abandono das obras (CIJ, 1997, p. 40).

A respeito das preocupações da Hungria com as obras de Gabcikovo (que afetaria a qualidade das águas superficiais do reservatório em Dunakiliti e em toda a região do Szigetköz, prejudicaria as águas subterrâneas e a fauna e a flora), a Corte também entendeu que não havia um perigo iminente, em 1989, que justificasse a conduta húngara. Tanto com relação a Dunakiliti quanto em relação a toda a área de Szigetkoz, o perigo só poderia ser considerado a longo prazo e era incerto. Como a própria Hungria reconhecia, segundo a Corte, o dano teria que resultar de processos naturais lentos e os seus efeitos não podiam ser facilmente avaliados. De qualquer forma, em 1989 o comitê *ad hoc* da Academia Húngara de Ciências não indicou qualquer perigo definitivo, cuja realização fosse inevitável a longo prazo (CIJ, 1997, p. 41).

A sentença conclui que os perigos invocados pela Hungria não existiam em 1989, tampouco eram iminentes. De qualquer forma, a Hungria tinha meios de agir[272] que não suspendendo e abandonando as obras de sua responsabilidade, pois as negociações em curso na época poderiam ter levado à revisão do projeto e à extensão dos prazos (CIJ, 1997, p. 42). A Corte Internacional de Justiça entendeu, portanto, que ainda que tivesse havido um estado de necessidade em 1989 não era permitido à Hungria invocá-lo para justificar a sua falha no cumprimento de suas obrigações conforme o tratado de 1977 (CIJ, 1997, p. 43).

5.4.2.2. Sobre a adoção da Variante C

[272] Com relação aos riscos que a construção da barragem de Nagymaros poderia concretizar, a Hungria deveria regularmente efetuar descargas de britas no rio, a jusante da barragem. A água de Budapeste poderia ser garantida por meio de um tratamento adequado das águas captadas no rio Danúbio, segundo a CIJ. Com relação aos riscos de Gabcikovo, a Hungria poderia, de acordo com o projeto original, controlar a distribuição de água entre o canal de derivação e o leito do rio; também poderia ter construído obras para regular o fluxo de água ao longo do antigo leito do Danúbio. Ainda, segundo a Corte, a Hungria poderia retirar um volume de água maior do que o especificado no plano contratual conjunto, desde que abrisse mão do correspondente montante em energia elétrica (CIJ, 1997, p. 40-41).

A Corte tinha que decidir, em segundo lugar, sobre a legalidade da conduta da República da Tchecoslováquia de adotar em 1991 a "solução provisória" e de colocá-la em funcionamento a partir de novembro de 1992 (CIJ, 1997, p. 43-44).

Na sentença, a Corte relembra que assim que a Hungria suspendeu as obras em Nagymaros (em 13 de maio de 1989) e estendeu a suspensão para algumas obras em Dunakiliti, a Tchecoslováquia informou que estava compelida a adotar medidas unilaterais, começando a concretização de um projeto susbtituto. A Tchecoslováquia havia estudado várias soluções alternativas, mas a única que dispensava um acordo com a Hungria era a Variante C. A Corte relembra todas as trocas de notas e as negociações fracassadas entre as partes: a Tchecoslováquia não concordava que estava violando o Direito Internacional, pelo contrário, colocar o sistema de eclusas de Gabcikovo em operação significava a implementação do tratado de 1977 (CIJ, 1997, p. 44-45).

A construção da Variante C, que compreendia uma barragem em Cunovo, inteiramente em território eslovaco, foi permitida em 30 de outubro de 1991. A Hungria demandava a suspensão das obras da Variante C, por violar o tratado do Danúbio (de 1948), as regras de Direito Internacional fluvial, os princípios da soberania, da integridade territorial e da inviolabilidade das fronteiras estatais (CIJ, 1997, p. 46). Mesmo com as intervenções da Comissão da Comunidade Européia, as negociações não progrediram e em outubro de 1992, a primeira fase das obras da Variante C[273] já estava completa e entre 80% e 90% das águas do Danúbio estavam sendo desviadas para dentro do canal de derivação que servia para alimentar a usina de Gabcikovo (CIJ, 1997, p. 47).

A Eslováquia (sucessora da Tchecoslováquia) sustentou que a decisão da Hungria de suspender e abandonar a construção das obras em Dunakiliti fez com que fosse impossível chegar à conclusão dos trabalhos como haviam sido planejados inicialmente pelo tratado de 1977, por isso foi obrigada a recorrer a uma solução alternativa, mais próxima possível do projeto original. Invocou um "princípio de aplicação por aproximação" para justificar a construção e a operação da Variante C, já que era a única possibilidade que lhe restava de "atender aos objetivos do tratado e de respeitar a obrigação contínua de implementar o tratado

[273] A Variante C compreendia complexas estruturas dentro do território tchecoslovaco, planejadas para serem concluídas em duas fases: *"The structures include [...]: 2) By-pass weir controlling the flow into the river Danube; 3) Dam closing the Danubian river bed; 4) Floodplain weir (weir in the inundation); 5) lntake structure for the Mosoni Danube; 6) lntake structure in the power canal; 7) Earth barrages/ dykes connecting structures; 8) Ship lock for smaller ships (15 m x 80 m); 9) Spillway weir; 10) Hydropower station. The construction of the structures 1-7 are included in Phase 1, while the remaining 8-10 are a part of Phase 2 scheduled for construction 1993-1995"* (CIJ, 1997, p. 48).

de boa fé"[274]. A Eslováquia alegou estar somente mitigando os danos que a Hungria havia causado ao violar o tratado de 1977 (CIJ, 1997, p. 47-48).

A Corte avaliou que mesmo que o "princípio de aplicação do tratado por aproximação" existisse, só poderia ser aplicado dentro dos limites do tratado de 1977, condição na qual a conduta da Eslováquia não se enquadrava. Se o projeto do sistema de eclusas Gabcikovo-Nagymaros devia ser único e indivisível, não poderia ser concluído por uma ação unilateral da Eslováquia. Apesar de uma certa semelhança física exterior com o projeto inicial, a Variante C é muito diferente juridicamente, pois permitia na prática que a Eslováquia se apropriasse para seu exclusivo uso e benefício de 80 a 90% das águas do Danúbio. A Hungria, ao cometer o ato ilícito de suspender e abandonar as obras que eram de sua responsabilidade, não perdeu o seu direito fundamental a uma parte equitativa e razoável do curso de água internacional. A conclusão da Corte é a de que, ao implementar a Variante C, a Eslováquia não cumpriu o tratado de 1977, mas, ao contrário, violou algumas de suas disposições e cometeu um ilícito internacional (CIJ, 1997, p. 50-51).

Entre novembro de 1981 e outubro de 1992, a Eslováquia limitou-se a executar em seu próprio território as obras necessárias para colocar em funcionamento a Variante C, mas que poderiam ter sido abandonadas se um acordo entre as partes tivesse sido alcançado. Portanto, enquanto o Danúbio não fosse barrado unilateralmente, a Variante C não teria sido de fato aplicado. Segundo a Corte Internacional de Justiça, esta não é uma situação incomum em Direito Internacional: um ato ilícito é freqüentemente precedido de atos preparatórios que não devem ser confundidos com o ato ou infração em si mesmos. É conveniente distinguir entre a realização de um ato ilícito (seja esse instantâneo ou contínuo) e o comportamento anterior a esse ato, que apresenta um caráter preparatório e "que não deve ser tratado como um ato ilícito". Com relação ao argumento eslovaco de que estava agindo de forma a atenuar os danos causados pela Hungria, a Corte observou que a parte lesada não pode justificar com o ato ilícito um outro ato ilícito (CIJ, 1997, p. 51-51).

Portanto, a Corte considerou que a conduta da Eslováquia de colocar em operação a Variante C constituiu um ato ilícito. Ainda que se considerasse que a Variante C era uma contramedida ao ato ilícito da Hungria, tratava-se de uma contramedida desproporcional, logo, ilícita também (CIJ, 1997, p. 52-53).

Por fim:

---

[274] No original: *"Slovakia invoked what it described as a 'principle of approximate application' to justify the construction and operation of Variant C. It explained that this was the only possibility remaining to it 'of fulfilling not only the purposes of the 1977 Treaty, but the continuing obligation to implement it in good faith'"* (CIJ, 1997, p. 48).

> À luz das conclusões alcançadas acima, a Corte conclui, em reposta à questão proposta no art. 2o, parágrafo I do acordo especial, que a Tchecoslováquia tinha o direito de recorrer, em novembro de 1991, à Variante C, mas dentro da medida em que seus trabalhos preparatórios não predeterminasse a decisão definitive que devesse tomar. Por outro lado, a Tchecoslováquia não tinha o direito de colocar a Variante C em operação, a partir de outubro de 1992 (CIJ, 1997, p. 54)[275]

5.4.2.3. Os efeitos da denúncia do tratado

A Corte também foi chamada a decidir sobre os efeitos jurídicos da notificação feita pela Hungria, em 19 de maio de 1992, denunciando o tratado de 1977, em razão da insistência da Eslováquia na implementação da Variante C (CIJ, 1997, p. 54).

A Hungria apresentou cinco argumentos para fundamentar a licitude e a efetividade da sua notificação de denúncia do tratado: a existência de um estado de necessidade; a impossibilidade da execução do tratado (conforme o art. 61 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados); a ocorrência de uma mudança fundamental das circunstâncias[276] (conforme art. 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados); a violação do tratado por parte da Tchecoslováquia (conforme art. 60 da Convenção de Viena); e o desenvolvimento de novas normas de Direito Internacional Ambiental (que determinava que se adotasse o princípio da prevenção e da precaução) (CIJ, 1997, p. 54).

A Corte ressalvou, primeiramente, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados só foi ratificada pelas partes envolvidas na controvérsia após a assinatura do tratado de 1977 sobre o projeto Gabcikovo-Nagymaros, portanto, somente as normas de direito internacional costumeiro contidas na Convenção de Viena poderiam ser aplicadas ao caso. A

---

[275] No original: *"In the light of the conclusions reached above, the Court, in reply to the question put to it in Article 2, paragraph 1 (h), of the Special Agreement (see paragraph 60), finds that Czechoslovakia was entitled to proceed, in November 1991, to Variant C in so far as it then confined itself to undertaking works which did not predetermine the final decision to be taken by it. On the other hand, Czechoslovakia was not entitled to put that Variant into operation from October 1992"* (CIJ, 1997, p. 54).

[276] A respeito das mudanças fundamentais de circunstâncias alegadas pela Hungria, deve-se citar a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, dentro da qual o tratado de 1977 funcionava como um instrumento de integração. No original: *"Hungary identified a number of 'substantive elements' present at the conclusion of the 1977 Treaty which it said had changed fundamentally by the date of notification of termination. These included the notion of 'socialist integration', for which the Treaty had originally been a 'vehicle', but which subsequently disappeared; the 'single and indivisible operational system', which was to be replaced by a unilateral scheme; the fact that the basis of the planned joint investment had been over- turned by the sudden emergence of both States into a market economy; the attitude of Czechoslovakia which had turned the 'framework treaty' into an 'immutable norm'; and, finally, the transformation of a treaty consistent with environmental protection into 'a prescription for environmental disaster'"*(CIJ, 1997, p. 55).

Corte observou também que o tratado de 1977 não contém nenhum dispositivo sobre denúncia, tampouco alguma indicação de que a possibilidade de denúncia ou retirada era aceita pelas partes (CIJ, 1997, p. 59).

Com relação ao primeiro argumento, da existência de um estado de necessidade, a Corte sentenciou que mesmo que houvesse um estado de necessidade, ele não poderia justificar a denúncia de um tratado, mas serviria somente para excluir a responsabilidade húngara por falhar no cumprimento do tratado. Ou seja, o tratado continua existindo, ainda que haja um estado de necessidade (CIJ, 1997, p. 60).

Sobre o argumento húngaro da impossibilidade de execução do tratado em razão da perda de seu objeto essencial, a Corte considerou que não houve desaparecimento ou destruição definitiva de um objeto indispensável à execução do tratado, mesmo que se entendesse que o objeto poderia ser o regime jurídico do tratado. Além disso, o tratado de 1977 contém previsões que ofereciam às partes os meios de realizar ajustes entre imperativos econômicos e ecológicos pela via de negociação. Além disso, a Convenção de Viena estabelece expressamente (art. 61, parágrafo 1) que a impossibilidade de execução do tratado não pode ser invocada pela parte se resulta de uma falha da própria parte no cumprimento de suas obrigações (CIJ, 1977, p. 61).

Com relação à mudança fundamental de circunstâncias, a Corte afirmou que as condições políticas (referindo-se à dissolução da URSS) não estavam ligadas ao objeto e aos propósitos do tratado. O mesmo valia para a mudança de sistema econômico – tanto a Hungria quanto a Eslováquia tornaram-se economias de mercado. Com relação ao desenvolvimento de novos conhecimentos sobre o meio ambiente, a Corte considerou que isto não importava para a solução do caso. No entendimento da CIJ, as mudanças de circunstâncias alegadas pela Hungria não têm o condão de transformar radicalmente as obrigações do tratado de 1977 (CIJ, 1977, p. 62).

Sobre a violação substancial do tratado com a construção por parte da Eslováquia da Variante C, a sentença dispõe:

> O principal argumento da Hungria para invocar a violação do tratado foi a construção e a colocada em operação da Variante C. Como a Corte conclui no parágrafo 79 acima, a Tchecoslováquia violou o tratado somente quando desviou as águas do Danúbio para o canal de derivação em outubro de 1992. Na construção das obras que levariam à operação da Variante C a Tchecoslováquia não agiu ilicitamente. Na opinião da Corte, portanto, a notificação de denúncia feita pela Hungria em 19 de maio de 1992 foi prematura. Não havia se realizado ainda qualquer violação ao tratado e,

> consequentemente, a Hungria não tinha o direito de invocar uma violação como base para denúnciá-lo (CIJ, 1997, p. 63).[277]

A Corte ainda precisava se pronunciar sobre o desenvolvimento de novas normas sobre Direito Internacional no campo do meio ambiente como uma circunstância fundamental que havia se modificado e que, segundo a Hungria, justificava a sua denúncia do tratado.

Inicialmente, a Corte observou que nenhuma das partes alegou que normas peremptórias de Direito Internacional ambiental surgiram após a conclusão do tratado de 1977 e por esta razão não abordaria o art. 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados a respeito da nulidade ou término de um tratado com a superveniência de norma de *jus cogens*. A CIJ ressaltou também que as normas desenvolvidas sobre meio ambiente eram relevantes para a implementação do tratado e que as partes poderiam, por meio de um acordo, incorporá-las ao tratado, de acordo com os arts. 15, 19 e 20, que reconhecem as obrigações de zelar pela proteção da natureza e da qualidade das águas do Danúbio. Assim, era obrigação das partes de adaptar o tratado às novas normas de Direito Internacional, inserindo-as no plano contratual conjunto (CIJ, 1997, p. 64). "A Corte reconhece que ambas as partes acordaram na necessidade de levar em consideração seriamente as preocupações ambientais e de adotar as medidas de precaução, mas elas discordaram fundamentalmente nas consequências que isso tinha para o projeto conjunto"[278] (CIJ, 1997, p. 65).

A sentença concluiu que tanto a Hungria como a Tchecoslováquia faltaram com as suas obrigações estipuladas no tratado de 1977, mas estas condutas ilícitas recíprocas não colocaram fim ao tratado, tampouco justificaram o seu término. A Corte decidiu, por fim, que a notificação realizada pela Hungria em 19 de maio de 1992 não teve por efeito jurídico o fim do tratado e de seus instrumentos conexos (CIJ, 1997, p. 66).

5.4.2.4. Sobre a secessão da Tchecoslováquia

---

[277] No original: *"Hungary's main argument for invoking a material breach of the Treaty was the construction and putting into operation of Variant C. As the Court has found in paragraph 79 above, Czechoslovakia violated the Treaty only when it diverted the waters of the Danube into the bypass canal in October 1992. In constructing the works which would lead to the putting into operation of Variant C, Czechoslovakia did not act unlawfully. In the Court's view, therefore, the notification of termination by Hungary on 19 May 1992 was premature. No breach of the Treaty by Czechoslovakia had yet taken place and consequently Hungary was not entitled to invoke any such breach of the Treaty as a ground for terminating it when it did"* (CIJ, 1997, p. 63).

[278] No original: *"The Court recognizes that both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project. In such a case, third-party involvement may be help- ful and instrumental in finding a solution, provided each of the Parties is flexible in its position"* (CIJ, 1997, p. 65).

Um dos argumentos húngaros era o de que, ainda que se admitisse que o tratado permanecesse em vigor após a sua notificação de denúncia, teria perdido a sua vigência em 31 de dezembro de 1992 em razão do "desaparecimento de uma das partes", pois naquela data a Tchecoslováquia deixara de existir, passando a existir a partir de 1º de janeiro de 1993 as repúblicas Tcheca e Eslovaca como entidades diferentes. A Hungria alegava que, sem o seu consentimento, a Eslováquia não poderia suceder a Tchecoslováquia em relação aos direitos e obrigações do projeto Gabcikovo Nagymaros (CIJ, 1997, p. 66).

A Corte observou que um exame do tratado de 1977 confirmava que além de um simples investimento conjunto, o seu objeto é a construção e operação de um grande, integrado e indivisível complexo de estruturas e instações ao longo do Danúbio. O tratado também estabelece um regime de navegação do Danúbio de importância regional, pois é de interesse de outros usuários do Danúbio. Os interesses de terceiros são expressamente reconhecido no art. 18 do tratado de 1977, cujo texto dispõe que as partes assegurarão a segura e ininterrupta navegação ao longo do curso d'água internacional, conforme as suas obrigações contidos na Convenção de 1948 sobre o regime de navegação do Danúbio. Considerando isto tudo, a Corte entendeu que o conteúdo do tratado de 1977 estabelece um regime territorial, de acordo com a provisão do art. 12 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por isso o tratado não pode ser afetado pela sucessão de Estados. O tratado de 1977, portanto, comprometeu a República da Eslováquia a partir de 1º de janeiro de 1993 (CIJ, 1997, p. 68-69).

5.4.2.5. Os efeitos jurídicos do julgamento

Ambas as partes alegavam que sofreram prejuízos e que deveriam receber uma compensação. Também esperavam que a decisão da Corte Internacional de Justiça estipulasse as condições para que cada uma das partes tivesse suas pretensões satisfeitas. A Corte deveria decidir sobre as condutas futuras que as partes deveriam adotar, fazendo um julgamento prescritivo, ao invés de declaratório (CIJ, 1997, p. 73).

A sentença lembra que a Corte considerou que o tratado de 1977 ainda estava em vigor e, consequentemente, governava o relacionamento das partes. Também reconheceu que o tratado deixou de ser implementado por anos e vários atos omissivos e comissivos

contribuíram para criar uma situação de fato que não podia ser ignorada: a usina de Gabcikovo já estava em operação há 5 anos, o canal de derivação que alimenta Gabcikovo era alimentado por um reservatório formado por uma barragem em Cunovo e não em Dunakiliti, e a usina estava operando a fio d'água, e não em regime de pico como estava originalmente previsto. Nagymaros não foi construída e, como as partes descartaram a operação de usinas em modo de pico, ela nem era mais necessária. Isto não significa que os fatos – decorrentes de condutas ilícitas – determinem o direito, o tratado deve ser preservado e não pode ter perdido vigência por causa de condutas ilícitas. Mas a situação de fato que se desenvolveu a partir de 1989 deve ser contextualizada conforme os objetivos do tratado, como forma de remediar as faltas de ambas as partes no cumprimento de suas obrigações (CIJ, 1997, p. 73).

Como as partes ainda estão comprometidas com o tratado, devem negociar para que os seus objetivos sejam alcançados e para que os riscos ambientais sejam levados em consideração, especificamente em relação à qualidade de águas do Danúbio e à proteção da natureza, conforme os arts. 15 a 19 do tratado de 1977. A Corte afirmou-se consciente de que, no campo da proteção ambiental, a vigilância e a prevenção são necessários diante do caráter frequentemente irreversível dos danos e das limitações dos mecanismos para repará-los (CIJ, 1997, p. 75). Segundo a sentença:

> Ao longo dos séculos, a humanidade tem, por razões econômicas e outras, constantemente interferido na natureza. No passado, isso foi feito muitas vezes sem considerações sobre os efeitos sobre o meio ambiente. Graças às novas perspectivas oferecidas pela cieência e a crescente conscientização que estas intervenções a um ritmo desconsiderado e inabalável representam para a humanidade - para as gerações presentes e futuras - novas normas e exigências têm sido desenvolvidas, enunciadas em um grande número de instrumentos durante as últimas duas décadas. Essas novas normas têm de ser tomadas em consideração e as novas exigências têm de ser convenientemente apreciadas, não somente quando os Estados contemplam novas atividades, mas também ao perseverar com as atividades nas quais se engajaram no passado. Esta necessidade de conciliar desenvolvimento econômico com a proteção do meio-ambiente é adequadamente expressa no conceito de desenvolvimento sustentável. Para efeitos do presente caso, isso significa que ambas as partes devem avaliar novamente os efeitos sobre o ambiente causados pela operação da usina Gabcikovo. Em particular, eles devem encontrar uma solução satisfatória para o volume de água a ser liberada no antigo leito do Danúbio e nos braços do rio em ambas as margens (CIJ, 1997, p. 75).[279]

[279] No original: *"Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.*

Mas a Corte afirmou que não lhe cabia decidir o resultado das negociações que as partes deveriam empreender para encontrar uma solução levando em consideração os objetivos do tratado, bem como as normas de Direito Internacional do Meio Ambiente e os princípios do Direitos dos cursos de água internacionais. Mas as partes poderiam contar com a ajuda de um terceiro, como a Comissão da Comunidade Européia, para conduzir as negociações que vão dar o efeito jurídico à sua sentença (CIJ, 1997, p. 75-76).

Como a Corte entendeu que o tratado ainda estava em vigor, o regime jurídico de integração que ele estabelece deveria ser restaurado: as obras em Cunovo deveriam ser operadas conjuntamente pelas partes, a Variante C deveria ser submetida ao regime do tratado de 1977, associando a Hungria na sua operação, gerenciamento e benefícios (CIJ, 1997, p. 76). O restabelecimento do regime de integração também significaria a concordância com a Convenção sobre o Direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação, que estabelece que os Estados devem participar de forma equitativa e razoável da utilização dos recursos hídricos (CIJ, 1997, p. 77).

Sobre a compensação, a Corte entendeu que ela deve, na medida do possível, apagar as consequências do ato ilícito. No caso Gabcikovo-Nagymaros, as consequências dos atos ilegais seriam apagadas se a operação e a utilização da água do Danúbio se desse na base da cooperação e se o projeto fosse implementado de forma equitativa e razoável. As partes deveriam restabelecer a administração cooperativa do que restou do projeto: mantendo as obras em Cunovo, com mudanças no modo de operação e alocação da água e da eletricidade e a não construção das obras em Nagymaros (CIJ, 1997, p. 77).

Contudo, a respeito das bases para determinação do *quantum* que seria devido por uma parte à outra em razão dos atos ilícitos praticados[280], a Corte observou que uma solução satisfatória deveria ser alcançada por meio de um acordo geral, no qual cada uma das partes

---

For the purposes of the present case, this means that the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the Gabcikovo power plant. In particular they must find a satisfactory solution for the volume of water to be released into the old bed of the Danube and into the side-arms on both sides of the river" (CIJ, 1997, p. 75).

[280] Ressalte-se que ambas as partes cometeram atos ilícitos e têm direito de receber uma compensação: "*the Court has concluded that both Parties committed internationally wrongful acts, and it has noted that those acts gave rise to the damage sustained by the Parties; consequently, Hungary and Slovakia are both under an obligation to pay compensation and are both entitled to obtain compensation. Slovakia is accordingly entitled to compensation for the damage suffered by Czechoslovakia as well as by itself as a result of Hungary's decision to suspend and subsequently abandon the works at Nagymaros and Dunakiliti, as those actions caused the postponement of the putting into operation of the Gabcikovo power plant, and changes in its mode of operation once in service. Hungary is entitled to compensation for the damage sustained as a result of the diversion of the Danube, since Czechoslovakia, by putting into operation Variant C, and Slovakia, in maintaining it in service, deprived Hungary of its rightful part in the shared water resources, and exploited those resources essentially for their own benefit"* (CIJ, 1997, p. 78).

renunciasse a pagamentos financeiros. Mas, de qualquer forma, a compensação pelos prejuízos é diferente do acerto de contas pelas obras do projeto, que deve ser resolvida conforme o tratado, isso significa que se a Hungria quer se beneficiar da operação do complexo de Cunovo, deve pagar pelos custos de sua construção e operação (CIJ, 1997, p. 78).

Em resumo, o julgamento da Corte Internacional de Justiça concluiu que:

a) a Hungria não tinha o direito de suspender e, subsequentemente, abandonar, em 1989, a sua parte de obras no projeto de Gabcikovo-Nagymaros, conforme o tratado de 1977 e seus instrumentos conexos, assinado pela Hungria e pela Tchecoslováquia;
b) a Tchecoslováquia tinha o direito de começar, em novembro de 1991, a preparação de uma solução alternativa provisória, a Variante C, mas não tinha o direito de colocá-la em operação em outubro de 1992, como uma medida unilateral;
c) a notificação da Hungria, datada de 19 de maio de 1992 para denunciar o tratado de 1977 não pôs fim à vigência do tratado, portanto, ele continua vigente e governando o relacionamento entre as partes;
d) a Eslováquia, como sucessora da Tchecoslováquia a partir de 1993, é parte ao tratado de 1977.

Com relação à futura conduta das partes a CIJ decidiu que a Hungria e a Eslováquia devem negociar de boa-fé, à luz da situação que prevaleceu, e deve tomar todas as medidas necessárias para assegurar a concretização dos objetivos do tratado de 1977. A não ser que as partes acordem diferentemente, um regime operacional conjunto para a barragem de Cunovo na Eslováquia deve ser estabelecido de acordo com o tratado de 1977. Cada parte deve compensar a outra pelos danos causados pela sua conduta e o acerto de contas pela construção e operação das obras deve ser resolvido de acordo com as disposições do tratado de 1977 (CIJ, 1997, p. 79-80).

A Corte Internacional de Justiça, no caso Gabcikovo-Nagymaros, deu a sua chancela aos fatos consumados e ao resultado do exercício da decisão unilateral prejudicial por parte do Estado de montante. O projeto foi incentivado pela URSS e, posteriormente, pela Comunidade Econômica Européia justamente porque previa o melhoramento da navegação no Danúbio de forma a conectar o Mar do Norte ao Mar Negro, algo importante comercial e economicamente. A partir do momento em que a Hungria passou a questionar a viabilidade das obras e negou-se a dar continuidade à construção da barragem de Nagymaros, a Tchecoslováquia pôs em prática a Variante C, uma “solução alternativa e provisória”. A Variante C representa a imposição de uma medida unilateral radical, a construção de uma

barragem em Cunovo – e não mais em território húngaro – que lhe permitiu desviar 90% das águas do Danúbio para dentro de seu próprio território, com o objetivo de alimentar a usina de Gabcikovo. Se a Hungria quisesse retomar a cooperação e participar da operação da barragem de Cunovo, deveria arcar com os custos de sua construção e operação.

Em outras palavras, a Corte afirmou que ambas as partes cometeram atos ilícitos e que a partir do julgamento elas deveriam negociar para resolver como as coisas iriam se ajeitar – desde que o Estado de jusante pagasse pelas obras que o Estado de montante foi obrigado a realizar. Não muito diferente do caso da captação de águas do rio Mosa, a CIJ decidiu por deixar que "as partes se acertassem".

Não houve qualquer consideração pelas implicações ecológicas do projeto e do estado das coisas a partir da adoção da Variante C, a não ser para afirmar que os impactos devem ser avaliados. Os prejuízos imensos que sofreu a Hungria com 90% a menos de água fluindo pelo Danúbio, o fato de que sua soberania foi afetada e a fronteira redesenhada foi completamente ignorado pela Corte. Tampouco houve consideração pelo princípio da prevenção, da precaução e da utilização equitativa e razoável dos cursos de água internacional, princípios que a Corte declarou conhecer, mas decidiu por não aplicar. As novas normas de Direito Internacional do Meio Ambiente, segundo a CIJ, eram de grande valia, mas as partes é que deveriam estudar uma maneira de incorporá-las ao seu relacionamento.

5.5. O caso das fábricas de celulose no rio Uruguai (CIJ, 2010)

O caso das fábricas de celulose, conhecidas como *papeleras,* no rio Uruguai, é uma controvérsia entre Argentina e Uruguai por conta da construção de fábricas de celulose à beira do rio Uruguai, em território uruguaio[281]. A questão foi submetida à Corte Internacional de Justiça em maio de 2006, ambas as partes fizeram pedidos, para que a Corte aplicasse medidas provisórias, que foram negados. O caso foi julgado definitivamente em abril de 2010.

5.5.1. O contexto da controvérsia

[281] Trata-se do *"Case concerning pulp mills on the river Uruguay"* ou *"Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay"*, julgado em 20 de abril de 2010 (CIJ, 2010).

A fronteira entre a Argentina e o Uruguai é definida por um tratado bilateral assinado em Montevidéu, em 7 de abril de 1961. Os artigos 1 a 4 do tratado delimitam a fronteira no rio Uruguai; os artigos 5 e 6 são relativos ao regime de navegação do rio; e o art. 7 determina que as partes estabeleçam um "regime para o uso do rio Uruguai", abrangendo vários aspectos, inclusive a conservação de recursos vivos e a prevenção da poluição das águas do rio. Este "regime para o uso do rio" foi criado por tratado chamado de Estatuto do rio Uruguai, assinado em 26 de fevereiro de 1975. O propósito do Estatuto é de estabelecer um mecanismo conjunto para a ótima e racional utilização do rio Uruguai, com estrita observância dos direitos e obrigações decorrentes dos tratados e outros acordos internacionais vigentes para cada uma das partes. Há previsão de obrigações relativas à prevenção da poluição e responsabilidade decorrente de dano causado pela poluição[282] e foi criada a Comissão Administrativa do Rio Uruguai –CARU (do espanhol: *Comisión Administradora del Río Uruguay*), com funções de regulação e coordenação (CIJ, 2010, p. 17-19).

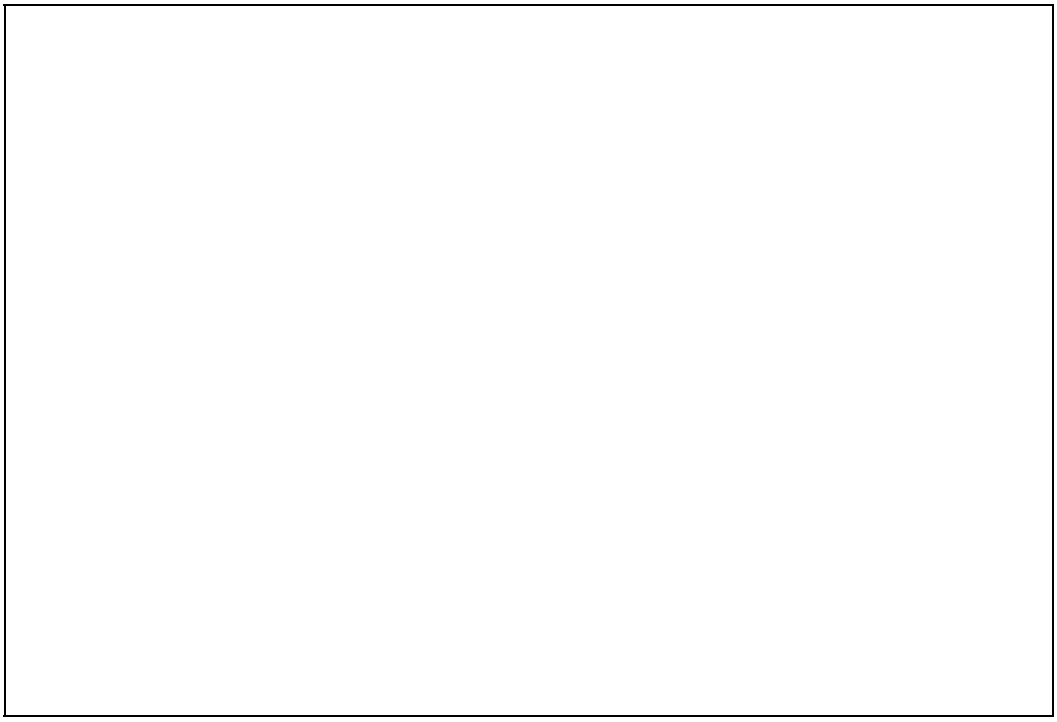
Em 9 outubro de 2003, o governo do Uruguai autorizou a companhia espanhola ENCE (*Empresa Nacional de Celulosas de España*) a construir uma fábrica, projeto conhecido por *Celulosa de M'Bopicuá* – CMB, na margem esquerda do rio Uruguai, no departamento uruguaio de Rio Negro, oposto à região de Gualeguaychú na Argentina e próximo à ponte internacional *General San Martín.* Em 28 de novembro de 2005, foi autorizado o início das obras preparatórias para começar a construção da fábrica, mas em 21 de setembro de 2006, a ENCE anunciou que não mais pretendia construir a fábrica no local planejado (CIJ, 2010, p. 21-22).

Em fevereiro de 2005, o governo uruguaio autorizou a companhia finlandesa *Oy Metsä-Botnia* AB – Botnia, a construir outra fábrica de celulose, conhecida como Orion, a jusante do local onde deveria ser construída a fábrica CMB, também próximo à cidade de

[282] O Estatuto do rio Uruguai de 1975 é um tratado relativamente abrangente: *"After having thus defined its purpose (Article 1) and having also made clear the meaning of certain terms used therein (Article 2), the 1975 Statute lays down rules governing navigation and works on the river (Chapter II, Articles 3 to 13), pilotage (Chapter III, Articles 14 to 16), port facilities, unloading and additional loading (Chapter IV, Articles 17 to 18), the safeguarding of human life (Chapter V, Articles 19 to 23) and the salvaging of property (Chapter VI, Articles 24 to 26), use of the waters of the river (ChapterVII, Articles27 to 29), resources of the bed and subsoil (ChapterVIII, Articles 30 to 34), the conservation, utilization and development of other natural resources (ChapterIX, Articles35 to 39), pollution (ChapterX, Articles40 to 43), scientific research (Chapter XI, Articles 44 to 45), and various powers of the parties over the river and vessels sailing on it (Chapter XII, Articles 46 to 48). The 1975 Statute sets up the Administrative Commission of the River Uruguay (hereinafter ""CARU"", from the Spanish acronym for ""Comisión Administradora del Río Uruguay"") (ChapterXIII, Articles49 to 57), and then establishes procedures for conciliation (Chap. XIV, Articles 58 to 59) and judicial settlement of disputes (Chapter XV, Article 60). Lastly, the 1975 Statute contains transitional (Chapter XVI, Articles 61 to 62) and final (Chapter XVII, Article 63) provisions"* (CIJ, 2010, p. 18-19).

Fray Bentos. Além disso, o governo uruguaio autorizou a construção de um porto de uso exclusivo da fábrica Orion, em julho de 2005. Esta fábrica entrou em operação em 9 de novembro de 2007 (CIJ, 2010, p. 22-23).

Os projetos podem ser ilustrados conforme o mapa a seguir (figura n. 9):



Fonte: CIJ, 2010, p. 20.

Em 4 de maio de 2006 a Argentina deu início a um procedimento na Corte Internacional de Justiça contra a República Oriental do Uruguai, em razão da violação das obrigações estabelecidas no Estatuto do rio Uruguai. A Argentina alegou que a autorização, construção e a concessão de atividades para duas fábricas de celulose na margem oriental do rio Uruguai representava uma violação por parte do governo uruguaio de obrigações substanciais e de procedimento contidas no Estatuto do rio Uruguai de 1975. O pedido de aplicação de medida provisória feito pela Argentina foi decidido em 13 de julho de 2006; o pedido do Uruguai, feito em 29 de novembro de 2006, foi decidido em 23 de janeiro de 2007. As partes tiveram até 15 de janeiro de 2007 e 20 de julho de 2007 para entregar memoriais e contra-memoriais, respectivamente. Em razão das circumstâncias particulares do caso, a Corte permitiu que as partes apresentassem novas respostas e réplicas, nos prazos de 29 de janeiro de 2008 e 29 de julho de 2008, respectivamente. As partes firmaram um acordo em junho de 2009 para produzir novos documentos, o que foi autorizado pela Corte. Entre 14 de setembro de 2009 e 2 de outubro de 2009 aconteceram as audiências públicas (CIJ, p. 9-12).

5.5.2. As medidas provisórias

A Argentina requereu que a Corte ordenasse medidas provisórias para suspender a autorização de construção das fábricas CMB e Orion, suspender a construção da planta Orion e assegurar que a planta CMB continue com a construção em suspenso. Pedia também que o Uruguai cooperasse de boa-fé com a Argentina com o propósito de assegurar a utilização ótima e racional do rio Uruguai, de forma a proteger o preservar o ambiente aquático e evitar a sua poluição; e que até o julgamento final pela Corte o Uruguai se abstivesse de adotar qualquer medida unilateral relativa à construção das fábricas ou que agravasse a disputa.

Em 13 de julho de 2006, a Corte julgou o pedido argentino de medidas provisórias. Afirmou a CIJ não estar convencida de que a autorização da construção das fábricas de celulose representasse um risco de danos iminentes ao meio ambiente ou danos sociais e econômicos irreparáveis. A Argentina não apresentou evidências de que a poluição resultante do funcionamento das fábricas de celulose teriam o condão de causar danos irreparáveis ao rio Uruguai, tampouco que os direitos alegados pela Argentina não poderia ser protegidos se as medidas provisórias não fossem concedidas. Portanto, a Corte entendeu que não era necessário ordenar a suspensão da autorização para construção ou a suspensão da construção em si[283]. Com relação aos outros pedidos da Argentina, a Corte decidiu que não havia fundamento para ordenar medidas provisórias (CIJ, 2010, p. 10).

O Uruguai também submeteu à Corte um pedido de aplicação de medidas provisórias, em 29 de novembro de 2006. O governo uruguaio alegou que desde 20 de novembro de 2006 grupos organizados de argentinos bloquearam a ponte *General San Martin* no rio Uruguai, impedindo todo o fluxo de comércio e de turistas entre Argentina e Uruguai, o que por sua vez provocou sérios prejuízos econômicos ao Uruguai. Este pediu que a Corte Internacional de Justiça ordenasse as seguintes medidas, enquanto não houvesse um pronunciamento final: que a Argentina acabasse com as interrupções de trânsito entre Uruguai e Argentina, que se abstivesse de adotar conduta que estendesse ou dificultasse a solução da disputa já existente,

[283] Vale citar: *"The Court finds, in view of the foregoing, that the circumstances of the case are not such as to require the indication of a provisional measure ordering the suspension by Uruguay of the authorization to construct the pulp mills or de suspension of the actual construction worls. The Court makes it clear, however, that, in proceeding with the authorization and construction of the mills, Uruguay necessarily bears all risks relating to any finding on the merits that the Court might later make. It points out that their construction at the current size cannot be deemed to create a* fait accompli *because, as the Court has had occasion to emphasize, 'if it is established that the construction of works involves an infringement of a legal right, the possibility cannot and should not be excluded a priori of a judicial finding that such works must not be continue or must be modified or dismantled'".*

que se abstivesse de qualquer medida que pudesse prejudicar os direitos do Uruguai.

Embora reconhecesse que os fatos que o Uruguai alegava e os direitos que invocava tinham relação com o mérito da causa, a Corte não se convenceu de que havia uma urgente necessidade de prevenir danos irreparáveis aos direitos do Uruguai. A construção da fábrica Orion já estava bem avançada quando os bloqueios começaram, por isso não havia prova de que os bloqueios prejudicavam irreparavelmente direitos uruguaios ou de que o risco de prejuízo seria iminente. Por estas mesmas razões, a Corte negou as outras medidas requeridas pelo Uruguai, conforme a ordem de 23 de janeiro de 2007 (CIJ, 2010, p. 10-12).

5.5.3. A sentença da Corte Internacional de Justiça

Na audiência de 29 de setembro de 2009, o governo da Argentina requereu que a Corte Internacional de Justiça declarasse que o Uruguai violara as suas obrigações contidas no Estatuto do rio Uruguai e engajara sua responsabilidade internacional ao autorizar a construção da fábrica da ENCE e ao autorizar a construção da fábrica da Botnia e as instalações a elas relacionadas na margem esquerda do rio Uruguai. Além disso, a Argentina requereu que a Corte julgasse e declarasse que o Uruguai teria que: restabelecer a observância do Estatuto do rio Uruguai; cessar imediatamente os atos ilícitos; restabelecer a situação anterior à prática dos atos ilícitos; pagar compensação pelos danos causados pelos atos ilícitos; fornecer garantias de que no futuro o Estatuto do rio Uruguai seria aplicado, em especial a parte sobre as consultas contidas no capítulo II daquele tratado (CIJ, 2010, p. 13-16).

O Uruguai requereu, na audiência de 2 de outubro de 2009, que a Corte rejeitasse os pedidos da Argentina e declarasse o direito do Uruguai de permitir a operação das fábricas de celulose (CIJ, 2010, p. 17).

5.5.3.1. A jurisdição da Corte

A jurisdição da Corte baseia-se no art. 60 do Estatuto do rio Uruguai, segundo o qual qualquer disputa relativa à interpretação ou aplicação do tratado que não possa ser resolvida

por negociações diretas pode ser submetida por qualquer uma das partes à Corte Internacional de Justiça. Mas somente os pedidos baseados nos dispositivos do Estatuto do rio Uruguai de 1975 podem ser julgados pela CIJ, portanto, as reclamações da Argentina sobre a poluição visual e sonora e sobre os maus odores provocados pelas fábricas de celulose estão fora da jurisdição da Corte (CIJ, 2010, p. 25).

Além disso, a Corte entendeu que pode julgar somente os pedidos relativos ao Estatuto de 1975, excluindo outras normas de Direito Internacional cuja violação pelo Uruguai foi aduzida pela Argentina[284], com base nos arts. 1 e 41 do referido Estatuto[285]. Para concluir isto, a Corte afirmou que o Estatuto de 1975, ao fazer referência a "direitos e obrigações decorrentes de outros acordos internacionais vigentes", não significa que obriga a Argentina e o Uruguai a obedecer outros compromissos além daqueles contidos no Estatuto.

O propósito do art. 41 do Estatuto de 1975 é o de proteger e preservar o ambiente aquático, determinando que cada parte adote as regras e as medidas necessárias. Este artigo faz uma distinção entre acordos internacionais e recomendações e metas de órgãos internacionais: os primeiros são juridicamente vinculantes, o que faz com que as normas e regulamentos domésticos tenham que obedecer-lhes; mas as recomendações e metas elaboradas por órgãos técnicos internacionais não são obrigatórios. De qualquer forma, o art. 41 não incorpora os acordos internacionais ao Estatuto, apenas determina que as partes, ao exercerem sua competência regulatória em matéria de proteção e preservação do meio ambiente aquático, façam-no em conformidade com os acordos internacionais.

---

[284] A Argentina entendia que o Estatuto de 1975 deveria ser interpretado conforme os princípios do Direito dos usos dos cursos de água para fins diversos da navegação e os princípios do Direito Internacional que asseguram a proteção do meio ambiente, vale dizer, os princípios de utilização equitativa e razoável dos cursos de água internacionais, a proibição de causar danos, o princípio do desenvolvimento sustentável, da prevenção, da precaução e a necessidade de se realizar um estudo de impacto ambiental. A Argentina também fez referência à Convenção CITES de 1973 (Convenção sobre o comércio internacional de espécies de fauna e flora em risco de extinção), à Convenção de Ramsar de 1971 (Convenção sobre zonas úmidas de importância internacional), à Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica de 1992, e à Convenção de Estocolmo sobre os poluentes orgânicos persistentes, de 2001(CIJ, 2010, p. 26-27).

[285] No art. 1 do Estatuto do rio Uruguai consta o propósito do tratado: *"Las partes acuerdan el presente Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 7 del Tratado de Límites en el Río Uruguay, de 7 de Abril de 1961 con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del RíoUruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes"* (CIJ, 2010, p. 28). O art. 41 do Estatuto, por sua vez, dispõe: *"Without prejudice to the functions assigned to the Commission in this respect, the parties undertake: (a) to protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution, by prescribing appropriate rules and [adopting appropriate] measures in accordance with applicable international agreements and in keeping, where relevant, with the guidelines and recommendations of international technical bodies; (b) not to reduce in their respective legal systems: 1 - the technical requirements in force for preventing water pollution, and 2 -the severity of the penalties established for violations; (c) to inform one another of any rules which they plan to prescribe with regard to water pollution in order to establish equivalent rules in their respective legal systems"*(CIJ, 2010, p. 28-29).

Portanto, como as diversas convenções multilaterais nas quais se baseia a Argentina não foram incorporadas ao Estatuto de 1975, não estão incluídas no escopo da cláusula compromissória do art. 60 e, portanto, não podem ser julgadas pela Corte. Ainda que as regras de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes possam servir para a interpretação das regras do Estatuto do rio Uruguai, conforme a norma de interpretação do art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, isso não tem qualquer relevância para a determinação do escopo da jurisdição da CIJ (CIJ, 2010, p. 25-30).

5.5.3.2. A violação de obrigações de procedimento

O Estatuto do rio Uruguai estabelece obrigações substanciais e de procedimento. As obrigações de procedimento compreendem um processo de contínuas consultas entre as partes, por meio da CARU (CIJ, 2010, p. 31-32). De acordo com o art. 50 do Estatuto do rio Uruguai, a CARU é dotada de personalidade jurídica, de forma a exercer suas funções, ou seja, não se trata apenas de um mecanismo de troca de informações entre as partes. A criação da CARU, segundo a Corte, significa que as partes procuravam estabelecer as melhores garantias possíveis de estabilidade, continuidade e efetividade para a sua cooperação com intuito de garantir a ótima e racional utilização do rio Uruguai.

Cada Estado que planeja uma atividade em seu território tem o dever de informar a CARU, como primeiro passo no mecanismo de cooperação instituído pelo Estatuto de 1975. Segundo o art. 7 deste tratado[286], a partir da informação, a CARU determina preliminarmente e no prazo máximo de 30 dias se a atividade planejada pode causar um dano significativo para a outra parte. Caso a comissão entenda que a atividade tem o condão de produzir um dano ou não tenha concluído seu parecer no prazo indicado, as partes têm o dever de entrar em consultas para eliminar ou minimizar o risco (CIJ, 2010, p. 35-37).

---

[286] Conforme a redação original do Estatuto, o art. 7 determina o seguinte: *"La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.*
Si así se resolviere o no se llegare a una decisión al respecto, la parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra parte a través de la misma Comisión.
En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas"(CIJ, 2010, p. 34).

A Corte lembrou que as partes concordam que tanto as fábricas de celulose como o terminal portuário planejado para servir a uma das fábricas eram obras que se enquadram no escopo do art. 7 do Estatuto. No entanto, há divergência a respeito do conteúdo da informação que deveria ser fornecida à CARU. Neste aspecto, a Corte fez considerações a respeito do princípio da prevenção, no sentido de que o Estado é obrigado a utilizar todos os meios possíveis para evitar um dano significativo no meio ambiente de outro Estado. De acordo com a CIJ, a notificação da CARU permite o início da cooperação entre as partes. À CARU devem ser fornecidas todas as informações disponíveis, pois é este o órgão encarregado de fazer uma avaliação preliminar a respeito da possibilidade ou não de se causar dano a outra parte (CIJ, 2010, p. 38).

No caso em comento, o Uruguai não transmitiu à CARU as informações – conforme o art. 7 do Estatuto – relativas às fábricas CMB e Orion, apesar de todos as solicitações que a Comissão fez em 17 de outubro de 2002 e 21 de abril de 2003, em relação à CMB; e em 16 de novembro de 2004 com relação à Orion. O governo uruguaio somente transmitiu em 14 de maio de 2003 um resumo para informe público a respeito da fábrica CMB. A CARU considerou que as informações eram inadequadas e solicitou mais esclarecimentos em 15 de agosto de 2003 e 12 de setembro de 2003. Em relação à fábrica Orion, o Uruguai não apresentou qualquer documento. Consequentemente, entendeu a Corte que o Uruguai forneceu as autorizações iniciais para a fábrica CMB (em 9 de outubro de 2003), para a Orion (em 14 de fevereiro de 2005) e a autorização para a construção para a fábrica Orion (em 12 de abril de 2005) e para construção do terminal portuário (em 5 de julho de 2005) sem obedecer ao procedimento criado pelo Estatuto do rio Uruguai de 1975 (CIJ, 2010, p. 39).

A Corte concluiu que o Uruguai, ao emitir autorizações para as obras das fábricas e para o terminal portuário adjacente a uma delas sem informar a CARU previamente – violou as obrigações previstas no art. 7 do Estatuto do rio Uruguai (CIJ, 2010, p. 40).

Ainda, de acordo com o art. 7 do referido tratado, se a CARU decide que a atividade planejada por uma parte tem o condão de causar um dano significativo a outra parte, ou se não consegue atingir uma decisão a este respeito, a parte que planeja a atividade deve notificar diretamente a outra parte, fornecendo as informações técnicas necessárias para que a parte notificada avalie os impactos que podem ocorrer sobre a navegação, o regime do rio e a qualidade de suas águas. O art. 8 do Estatuto estipula o prazo de 180 dias para que a parte notificada responda: se não houver nenhuma objeção, a parte notificante pode autorizar as obras, se a parte levantar questões sobre aspectos do projeto ou sugerir mudanças, abre-se um novo prazo de 180 dias para negociações. O Uruguai também desrespeitou esta obrigação de

notificar a Argentina sobre as avaliações de impactos ambientais das fábricas CMB e Orion.

Além disso, o Uruguai não poderia ter autorizado o início das obras para construção das fábricas e do terminal portuário, enquanto o procedimento de cooperação – previsto nos arts. 7 a 12 - estivesse em andamento e ainda não tivesse produzido uma conclusão. Consequentemente, o Uruguai falhou no cumprimento das suas obrigações conforme o mecanismo de cooperação instituído pelo Estatuto do rio Uruguai (CIJ, 2010, p. 40-42).

No entanto, uma vez esgotado o referido procedimento, não havia mais obrigação de não construir ou não autorizar a construção das fábricas. Esta obrigação subsiste somente enquanto se cumpre o procedimento dos arts. 7 a 12 do Estatuto do rio Uruguai (CIJ, 2010, p. 48-50).

5.5.3.3. Sobre as obrigações substanciais do Estatuto do rio Uruguai

Para se pronunciar a respeito das obrigações substaciais que o Uruguai teria violado, segundo a Argentina, a Corte Internacional de Justiça analisa duas questões preliminares: uma sobre o ônus da prova e outra sobre as provas técnicas. Com relação ao ônus da prova, a Corte decidiu que o ônus da prova era da Argentina, nada existindo que justificasse a distribuição do ônus da prova igualmente entre as partes. Com relação às provas técnicas, aos relatórios e estudos científicos e aos assistentes das partes, a Corte considerou que deveria fazer o seu próprio juízo sobre os fatos relevantes, sobre os seus valores probatórios e a partir disso tirar suas conclusões (CIJ, 2010, p. 50-52).

A primeira obrigação substancial que o Uruguai teria violado, segundo a Argentina, é a de contribuir para a ótima e racional utilização do rio Uruguai, conforme o art. 1 do Estatuto de 1975. A CIJ entendeu que o art. 1 estabelece os propósitos do tratado, mas não dispõe sobre direitos e obrigações específicos para as partes: a utilização ótima e racional do rio deve ser vista como a pedra fundamental do sistema de cooperação, mas requer um equilíbrio entre os direitos e as necessidades de usar o rio para atividades econômicas e comerciais e, por outro lado, a obrigação de protegê-lo de qualquer dano decorrente destas atividades, conforme consta nos arts. 27, 36 e 41 do tratado (CIJ, 2010, p. 52-54).

A Argentina alegou que o Uruguai falhou no cumprimento da obrigação de assegurar que o gerenciamento do solo e de florestas não prejudicasse o regime do rio ou a qualidade de suas águas, em razão das plantações de eucalipto necessárias para alimentar com matéria

prima as fábricas de celulose. A Corte entendeu que a Argentina não provou a sua alegação (CIJ, 2010, p. 54).

O Uruguai também teria violado a obrigação de coordenar medidas para evitar mudanças no equilíbrio ecológico, estipulada no art. 36 do Estatuto do rio Uruguai[287]. Segundo a sentença, esta obrigação só pode ser cumprida mediante uma coordenação das partes com a Comissão e não mediante uma ação individual de uma parte. O art. 36 reflete o interesse comum das partes na cooperação, no estabelecimento de um mecanismo de coordenação de ações e medidas para o desenvolvimento sustentável e para a proteção ambiental do rio. Mas a Argentina não demonstrou convincentemente que o Uruguai tivesse violado esta obrigação. Vale citar:

> Na opinião da Corte, o propósito do artigo 36 do Estatuto de 1975 é de evitar qualquer tipo de poluição transfronteiriça susceptível de alterar o equilíbrio ecológico do rio através da coordenação, por meio da CARU, da adoção das medidas necessárias. Assim, impõe uma obrigação para ambos os Estados de adotarem ações para evitar alterações no equilíbrio ecológico. Estas ações não se resumem à adoção de um marco regulatório, como tem sido feito através de CARU, mas abrangem a observância e implementação das medidas adotadas, por ambas as partes [...].
> A Corte considera que a obrigação imposta pelo art. 36 é dirigida a ambas as partes e determina a conduta específica de coordenar as medidas necessárias, por meio da Comissão, para evitar alterações no equilíbrio ecológico. Uma obrigação de adotar regulação ou medidas administrativas, individualmente ou em conjunto, e de implementá-las é uma obrigação de meio, de conduta. Portanto, ambas as partes são convocadas, nos termos do artigo 36, a exercer o devido cuidado (*due diligence)* na ação, por meio da Comissão, em prol das necessárias medidas para preservar o equilíbrio ecológico do rio.
> Esta vigilância e prevenção é ainda mais importante na preservação do equilíbrio ecológico, uma vez que o impacto negativo das atividades humanas sobre as águas do rio pode afetar outros componentes do ecossistema do curso de água, tais como a sua flora, fauna e solo. A obrigação de coordenar, por meio da Comissão, a adoção das medidas necessárias, bem como a sua implementação e observância assume, neste contexto, um papel central no sistema global de proteção do rio Uruguai, estabelecido pelo Estatuto de 1975 . É, portanto, de importância crucial que as partes respeitem esta obrigação. O Tribunal conclui que a Argentina não demonstrou de forma convincente que o Uruguai tem se recusado a participar na tal coordenação, prevista pelo art. 36, em violação desta disposição[288] (CIJ, 2010, p. 55-56).

---

[287] Determina o art. 36 do Estatuto do rio Uruguai: *"the parties shall cooperate, through the Comission, the necessary measures to avoid any change in the ecological balance and to control pests and other harmful factors in the river and the áreas affected by it"* (CIJ, 2010, p. 55).

[288] No original: *"In the view of the Court, the purpose of Article 36 of the 1975 Statute is to prevent any transboundary pollution liable to change the ecological balance of the river by co-ordinating, through CARU, the adoption of the necessary measures. It thus imposes an obligation on both States to take positive steps to avoid changes in the ecological balance. These steps consist not only in the adoption of a regulatory framework, as has been done by the Parties through CARU, but also in the observance as well as enforcement by both Parties of the measures adopted […]. The Court considers that the obligation laid down in Article 36 is addressed to both Parties and prescribes the specific conduct of co-ordinating the necessary measures through*

A autorização da construção e operação de fábricas de celulose pelo governo uruguaio também representa uma violação da obrigação de prevenir a poluição e preservar o meio ambiente aquático, contida no art. 41 do Estatuto do rio Uruguai. Segundo a Argentina, o art. 41 estabelece que as partes devem: proteger e preservar o meio ambiente aquático e, em particular, prevenir a sua poluição, por meio da adoção das regras e medidas apropriadas de acordo com acordos internacionais relevantes e obedecendo as metas e recomendações de órgãos técnicos internacionais (a); não reduzir nos seus respectivos sistemas legais os requisitos técnicos para prevenir a poluição da água e a severidade das punições para a violação dos requisitos em vigor (b); informar uma à outra de qualquer norma que pretendam adotar a respeito da poluição aquática, para que a outra possa estabelecer norma equivalente (c) (CIJ, 2010, p. 56).

A Corte entendeu que o art. 41 do Estatuto contém uma distinção entre as funções regulatórias da CARU e as obrigações que impõe às partes de adoção de regulamentos e medidas. Portanto, as partes têm a obrigação de adotar as regras e medidas dentro dos seus respectivos sistemas legais domésticos para proteger e preservar o ambiente aquático e prevenir a poluição. Estas regras e medidas de direito interno devem estar de acordo com os acordos internacionais e com as metas e recomendações de órgãos técnicos internacionais. Assim, a obrigação de preservar o ambiente aquático e de prevenir a poluição são obrigações de conduta, de atuar com *due diligence* a respeito das atividades que se realizem em seus territórios. A responsabilidade internacional de uma das partes do Estatuto do rio Uruguai só pode ser engajada se ficar provado que a parte falhou no agir diligente e, portanto, na adoção de todas as medidas apropriadas para implementar as suas normas em seu território (CIJ, 2010, p. 57-58).

A sentença ressaltou que o escopo da obrigação de prevenir a poluição (conforme o art. 41 do Estatuto) deve ser verificado conforme a definição de poluição dada pelo próprio Estatuto, no art. 40, segundo o qual a poluição significa a introdução direta ou indireta no

---

the Commission to avoid changes to the ecological balance. An obligation to adopt regulatory or administrative measures either individually or jointly and to enforce them is an obligation of conduct. Both Parties are therefore called upon, under Article 36, to exercise due diligence in acting through the Commission for the necessary measures to preserve the ecological balance of the river. This vigilance and prevention is all the more important in the preservation of the ecological balance, since the negative impact of human activities on the waters of the river may affect other components of the ecosystem of the watercourse such as its flora, fauna, and soil. The obligation to co-ordinate, through the Commission, the adoption of the necessary measures, as well as their enforcement and observance, assumes, in this context, a central role in the overall system of protection of the River Uruguay established by the 1975 Statute. It is therefore of crucial importance that the Parties respect this obligation. The Court concludes that Argentina has not convincingly demonstrated that Uruguay has refused to engage in such co-ordination as envisaged by Article 36, in breach of that provision" (CIJ, 2010, p. 55-56).

meio ambiente aquático de substâncias ou energia que tenha efeitos danosos. Os efeitos danosos são definidos pela CARU como uma alteração da qualidade da água que prejudica um uso legítimo da água, causando efeitos deletérios ou danos aos recursos vivos, à saúde humana ou uma ameaça à atividades como pesca ou recreacionais. Portanto, para determinar se houve efeitos danosos e violação das obrigações das partes, a Corte afirmou adotar as normas do Estatuto de 1975 e as normas produzidas pela CARU, no exercício de suas funções de coordenação (CIJ, 2010, p. 58-59).

Para analisar se as partes cumpriram o art. 41 do Estatuto do rio Uruguai, deve-se verificar, segundo a CIJ, se foi realizado um estudo de impacto ambiental, um requerimento de Direito Internacional geral[289]. Mas nem o Estatuto nem o Direito Internacional geral estabelecem o escopo e o conteúdo de um estudo de impacto ambiental; o documento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (*UNEP Goals and Principles*) não é vinculante, a despeito do que alegou a Argentina.

> Consequentemente, o ponto de vista da Corte é o de que cabe a cada Estado determinar na sua legislação interna ou no processo de autorização para o projeto, o conteúdo específico do estudo de impacto ambiental exigido em cada caso, considerando a natureza e a magnitude do desenvolvimento proposto e seu provável impacto negativo sobre o ambiente, bem como a necessidade de exercer *due diligence* na condução de tal avaliação. A Corte também considera que o estudo de impacto ambiental deve ser realizado antes da implementação de um projeto. Além disso, uma vez que as operações foram iniciadas e, quando necessário, ao longo da vida do projeto, o acompanhamento contínuo dos seus efeitos sobre o meio ambiente deve ser realizada[290] (CIJ, 2010, p. 61).

A partir destas considerações sobre o estudo de impacto ambiental, a CIJ passa a lidar com dois aspectos da disputa: se o estudo de impacto ambiental deveria necessariamente ter considerado lugares alternativos para a construção das fábricas; e se as populações suscetíveis

---

[289] No original: *"In this sense, the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works"* (CIJ, 2010, p. 60-61).

[290] No original: *"Consequently, it is the view of the Court that it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment. The Court also considers that an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project. Moreover, once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken"* (CIJ, 2010, p. 61).

aos impactos das fábricas, no caso tanto as populações ribeirinhas do Uruguai como da Argentina, deveriam ter sido consultadas no âmbito do estudo.

A respeito da localização das fábricas, a defesa do Uruguai provou que Botnia estudou quatro lugares que poderiam receber a fábrica Orion, decidindo-se ao final do processo de avaliação, por Fray Bentos. Logo, segundo a CIJ, a Argentina não tinha razão no seu argumento de que a avaliação de lugares possíveis para a instalação das fábricas não foi realizada. Com relação à consulta das populações afetadas no âmbito do estudo de impacto ambiental, a Corte entendeu que não há instrumento legal que vincule as partes a tal obrigação (CIJ, 2010, p. 62-64).

O cumprimento das obrigações contidas no art. 41 do Estatuto do rio Uruguai também envolve a consideração cuidadosa da tecnologia adotada pela planta industrial, observou a Corte Internacional de Justiça, particularmente no setor de celulose. Mas a Corte discordou das observações da Argentina a respeito das descargas de efluentes da fábrica Orion e da necessidade de um terceiro tratamento de efluentes. Não há provas de que a Orion tenha descumprido o Estatuto de 1975, a regulação da CARU ou das partes com relação à concentração de efluentes por litro de águas residuais de esgotos despejados pela fábrica. Considerando os dados coletados a partir do começo da operação da planta Orion, somente uma vez a fábrica despejou no rio Uruguai águas residuais com concentração de substâncias acima do permitido pela autorização concedida em 14 de fevereiro de 2005 pelo órgão ambiental uruguaio. Este fato ocorreu somente uma vez em 9 de janeiro de 2008, quando a concentração de halógenos orgânicos absorvíveis (*Adsorbable Organic Halogens* – AOX) atingiu o nível de 13 mg/L, enquanto que o limite máximo permitido pelo órgão ambiental uruguaio era de 6 mg/L. No entanto, na ausência de prova convincente de que este não é um episódio isolado, mas sim um problema mais duradouro, a Corte não se sentiu em condições de concluir que o Uruguai violou o disposto no Estatuto de 1975 (CIJ, 2010, p. 64-65).

A respeito do impacto das descargas de efluentes da Orion na qualidade das águas do rio Uruguai, a Corte afirmou que a Argentina não provou suas alegações sobre as descargas de efluentes em concentrações proibidas. O nível de oxigênio dissolvido após o inicio da operação da planta Orion era de 3,8 mg/L, segundo a Argentina, e o limite mínimo estabelecido no regulamento da CARU é de 5,6 mg/L, mas não há provas de que o nível de oxigênio dissolvido no rio Uruguai realmente esteve tão baixo (CIJ, 2010, p. 68-69). Com relação à substância fósforo, o rio Uruguai já registrava altas concentrações provenientes de outras fontes, antes do início das operações da fábrica de celulose da Botnia (CIJ, 2010, p. 69). O episódio de floração de algas em 4 de fevereiro de 2009, causando a eutrofização do

rio, tampouco podem ser imputados às descargas de efluentes da Orion, pois ambas as partes concordaram que a concentração de nutrientes no rio antes do episódio em comento já era alta e que já havia uma interdependência entre o crescimento de algas, as temperaturas altas, a maré vazante do rio e a presença de altos níveis de nutrientes como nitrogênio e fósforo (CIJ, 2010, p. 70-72). A Corte entendeu que não havia provas suficientes de que o aumento dos níveis de concentração de substâncias fenólicas, de nonilfenóis (estes sequer eram utilizados pela fábrica), de furanos e de dioxina fora causado pela operação da planta Orion (CIJ, 2010, p. 72-73).

No tocante à preservação da biodiversidade do rio Uruguai – como parte das obrigações contidas no art. 41 do Estatuto – a Corte entendeu que não houve violação da obrigação de preservação do ambiente aquático, inclusive fauna e flora, por parte do Uruguai, uma vez que não restou compravada qualquer conexão entre a descarga de efluentes da planta Orion e alguns fatos alegados pela Argentina (como a presença de dionina em peixes) (CIJ, 2010, p. 74-75).

A Argentina argumentou ainda que as emissões de gazes pela fábrica depositariam substâncias com efeitos danosos no meio ambiente aquático, provocando uma poluição indireta. A Corte decidiu que não havia prova de que substâncias danosas foram introduzidas no meio ambiente aquático por meio de emissões da Orion no ar (CIJ, 2010, p. 75).

Por fim, sobre o art. 41 do Estatuto do rio Uruguai, a Corte concluiu que:

> Resulta do exposto que não há provas conclusivas nos autos para demonstrar que o Uruguai não agiu com o necessário grau de diligência ou que as descargas de efluentes da fábrica de Orion (Botnia) tiveram efeito deletério ou causaram danos aos recursos vivos, à qualidade da água ou ao equilíbrio ecológico do rio, desde que iniciou suas operações em novembro de 2007. Consequentemente, com base nas provas que lhe foram submetidas, a Corte conclui que o Uruguai não violou as suas obrigações estabelecidas no art. 41 (CIJ, 2010, p. 75).[291]

Mas restava à ambas as partes o dever de possibilitar que a CARU exercesse continuamente suas funções conforme o Estatuto de 1975, inclusive o monitoramento da qualidade das águas do rio e a avaliação dos impatos da operação da planta Orion no meio ambiente aquático. Portanto, as partes permanecem vinculadas ao Estatuto de 1975 e obrigadas a cooperar por meio da CARU (CIJ, 2010, p. 75).

---

[291] No original: *"It follows from the above that there is no conclusive evidence in the record to show that Uruguay has not acted with the requisite degree of due diligence or that the discharges of effluent from the Orion (Botnia) mill have had deleterious effects or caused harm to living resources or to the quality of the water or the ecological balance of the river since it started its operations in November 2007. Consequently, on the basis of the evidence submitted to it, the Court concludes that Uruguay has not breached its obligations under Article 41"* (CIJ, 2010, p. 75).

A sentença da Corte Internacional de Justiça concluiu que o Uruguai de fato cometeu violação das obrigações de procedimento previstas no Estatuto do rio Uruguai de 1975, no entanto, este ilícito não tem qualquer consequência prática. A Corte entendeu que a declaração de que o Uruguai havia cometido um ilícito relativo aos procedimentos impostos pelo Estatuto do rio Uruguai por si só constituía uma "medida de satisfação para a Argentina" (CIJ, 2010, p. 76).

A declaração da ilicitude da conduta do Uruguai ao desobedecer as regras procedimentais do Estatuto do rio Uruguai não produz efeitos em relação à análise e julgamento da conduta do Uruguai no tocante às regras substanciais, segundo a Corte Internacional de Justiça (CIJ, 2010, p. 77). O Uruguai não violou nenhuma das suas obrigações substanciais, estabelecidas no Estatuto de 1975. Por esta razão, a Corte não acolheu nenhum dos pedidos da Argentina de restabelecimento do *statu quo ante* ou de pagamento de compensação (CIJ, 2010, p. 78).

A Corte considerou improcedentes: o pedido argentino de que o Uruguai oferecesse garantias de que iria comprir o Estatuto do rio Uruguai e o pedido uruguaio de que a Corte declarasse o seu direito de permitir o funcionamento das fábricas de celulose (CIJ, 2010, p. 78-79).

Na sua opinião em separado, o membro brasileiro da CIJ, Antonio Augusto Cançado Trindade, lamentou que o julgamento da Corte não tivesse dado mais atenção aos princípios gerais de Direito como a lei aplicável ao caso, juntamente com o Estatuto do rio Uruguai de 1975. Embora tenha votado junto com a maioria dos juízes, Cançado Trindade relembrou que os princípios gerais de Direito não se resumem àqueles que constam em tratados ou nos costumes, pois eles constituem uma fonte autônoma de Direito Internacional. Cançado Trindade menciona os princípios da precaução, da prevenção e do desenvolvimento sustentável, que deveriam ter recebido mais atenção no julgamento do caso (CIJ, 2010, p. 28-30).

5.6. Algumas conclusões possíveis

O caso do rio Oder, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 1929 ilustra bem como o ato de interpretação é criativo e pode atribuir à norma um significado completamente novo. O texto da lei ou dos tratados têm uma força simbólica, cuja

significação prática depende dos interesses divergentes em disputa. No caso do rio Oder, a CPJI recorreu a um princípio de Direito Internacional segundo o qual existe uma "comunidade de interesses" sobre um rio internacionalizado e com base nesta comunidade não pode haver limites para o regime imposto pelo Tratado de Versalhes, nem mesmo a fronteira política. Este tratado proclamou a internacionalização dos rios e determinou a criação de comissões para administrá-los. A CPJI entendeu que o regime de internacionalização e a competência da comissão internacional são, na prática, a mesma coisa e que se estendem sobre as partes unicamente polonesas de rios tributários do rio Oder. A decisão foi proferida em prejuízo do Estado mais fraco, a recém criada República da Polônia e a favor dos interesses comerciais dos Estados vencedores da guerra.

O complexo retalho de obras e canais realizados pela Bélgica e pela Holanda, em torno das águas do rio Mosa, provocou, entre os dois países, divergências não resolvidas pela Corte Permanente de Justiça Internacional. Tanto do lado holandês quanto do lado belga, as águas do Mosa serviam de reservatório para alimentar canais para irrigação e navegação. A Corte Permanente de Justiça Internacional, questionada a respeito da legalidade das obras e projetos de ambas as partes, furtou-se de dar uma resposta e consagrou o *laissez faire* para as práticas que Holanda e Bélgica estavam a concretizar, cada uma de seu lado, para garantir mais águas para seus canais.

O caso do lago Lanoux ilustra a preponderância das necessidades do capitalismo sobre qualquer outro tipo de consideração. O lago Lanoux localiza-se em território francês, mas o seu único efluente é o rio Carol que corre por aproximadamente 20 km pela França até atingir o território espanhol. As relações entre França e Espanha no tocante a diversos aspectos relevantes da região dos Pirineus, não somente as águas, são relativamente detalhadas nos três tratados de Bayonne e na Ata adicional de 1866. Evidentemente, este tratado de 1866 não previa a geração de eletricidade como um dos usos da água. Mas os dispositivos da Ata adicional são claros no estabelecimento de critérios para o aproveitamento de águas, na necessidade de se manter informados os outros ribeirinhos interessados e na solução de divergências por meio das autoridades administrativas da região, mantendo os dois países em posição de equilíbrio.

Pretendendo aproveitar a altitude do lago Lanoux, a França resolveu barrar o único fluxo de saída do lago, justamente aquele que atravessaria a fronteira com a Espanha, criando um imenso reservatório para a satisfação de seus interesses. As águas deste reservatório seriam desviadas para o rio Ariège – que flui para o norte e para o Atlântico - onde passariam por uma turbina para gerar energia hidroelétrica. O projeto da *Electricité de France* previa

que a França restituiria ao rio Carol o mesmo volume de água que fosse desviado, garantindo inclusive um volume mínimo de 20 milhões de metros cúbicos por ano. No entanto, a Espanha não estava confortável com tão profunda alteração no regime do rio. O seu abastecimento passaria a depender unicamente de um ato de vontade do governo francês e não mais das causas físicas do rio. Isso desequilibraria completamente as relações entre França e Espanha, dando àquela uma preponderância de fato não permitida pelos tratados que regem as relações entre esses dois Estados.

A Espanha alegou, principalmente, que o governo francês não poderia empreender obras deste porte sem um acordo prévio com o governo espanhol. O projeto de aproveitamento das águas do lago Lanoux tal como desenhado pela França prejudicaria a Espanha por colocá-la numa posição de subordinação a um ato voluntário francês que garantisse a continuidade do fluxo de águas no rio Carol, quebrando a isonomia entre os dois países e violando os tratados dos Pirineus e a Ata adicional de 1866.

O Tribunal não aceitou nenhum dos argumentos espanhóis, dando toda razão à França, que tinha o direito de aproveitar as águas dentro de seu território como bem entendesse. A Espanha tinha somente interesses a defender, dentro dos moldes propostos pela França. O governo espanhol, além de intransigente, não sabia a diferença entre direitos e interesses, segundo o Tribunal. A soberania da França não poderia ser restringida, como desejava a Espanha ao clamar a necessidade de um acordo prévio à execução do projeto, e a sentença terminou por consagrar uma concepção de soberania absoluta.

A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Gabcikovo-Nagymaros é diferente em relação às considerações sobre a soberania estatal, mas é parecida com as decisões proferidas nos casos anteriores no sentido da inevitabilidade dos projetos. O projeto Gabcikovo-Nagymaros, como explicado, compreendia duas séries de grandes obras de barragens e eclusas que afetariam aproximadamente 200 km do rio Danúbio, em território húngaro e tchecoslovaco. O propósito do conjunto de engenharia era o de gerar energia hidrelétrica e melhorar as condições de navegação do Danúbio.

Tratava-se de um “projeto totalitarista, gigante e contrário à natureza”, como afirmou o presidente da Tchecoslováquia, mas tinha que ser realizado a qualquer custo em razão da pressão de todos os outros interessados no Danúbio. A Hungria suspendeu as obras em maio de 1989 com objetivo de estudar os impactos ambientais, sismológicos e na qualidade da água que as obras acarretariam em seu território. A conclusão da Academia de Ciências da Hungria foi de que não havia conhecimento suficiente sobre as consequências da construção de Nagymaros e que o risco representado pelo conjunto das obras era inaceitável. De acordo com

o princípio da precaução, esta é a exata situação que deveria ser evitada pelos Estados: um projeto, uma atividade ou um empreendimento, cujas consequências para o meio ambiente são desconhecidas, não poderia ter continuidade.

A Hungria logo abandonou as obras e a Tchecoslováquia resolveu adotar a Variante C: o barramento do rio Danúbio em território tchecoslovaco, em Cunovo, a montante do território húngaro, e o desvio da maior parte das águas do Danúbio para um canal dentro de território tchecoslovaco que alimentava a usina de Gabcikovo. A Variante C não difere do primeiro projeto para construção da hidrelétrica de Itaipu: previa-se o desvio completo da água do rio Paraná para um canal que correria dentro do território brasileiro, até o ponto em que alimentaria as turbinas de Itaipu. O governo do Paraguai logo prostestara, afirmando que o projeto representava uma medida governamental brasileira lesiva aos direitos do Paraguai. O governo brasileiro abandonou seu projeto inicial, em prol de uma solução de exploração conjunta do potencial hidrelétrico do rio Paraná[292].

A Corte Internacional de Justiça considerou que a Hungria não tinha motivos para denunciar o tratado de 1977 a respeito do projeto Gabcikovo Nagymaros. A Hungria alegou primeiramente um estado de necessidade ecológica. Mas a Corte decidiu que não havia em 1989 um estado de necessidade ecológica que pudesse motivar a exclusão da responsabilidade internacional da Hungria. Os juízes admitiram que as normas de Direito Internacional Ambiental têm grande relevância, mas decidiram por não aplicá-las ao caso. Os riscos de que o Danúbio assoreasse, de que os braços do rio fossem cortados do seu leito principal, de que o abastecimento de água de Budapeste fosse prejudicado, de que o nível das águas subterrâneas e a qualidade de águas subterrâneas e superficias fossem prejudicados, nada disso representava um "perigo grave e iminente", segundo a CIJ. De qualquer forma, o rio Danúbio já tinha sofrido com tantas obras que o perigo que a Hungria alegava já estava concretizado há tempos e, por isso, tampouco era grave e iminente o perigo decorrente do projeto Gabcikovo-Nagymaros.

Ao analisar a conduta da Tchecoslováquia a Corte Internacional de Justiça não foi menos incoerente. A Tchecoslováquia tinha o direito de adotar as providências para colocar em operação a Variante C, mas praticou um ilícito ao efetivamente colocá-la em operação. Com isso, a CIJ concluiu que ambas as partes cometeram ilícito, mas nem por isso o tratado de 1977 poderia ser denunciado ou teria perdido o seu objeto.

[292] Ver: CAUBET, 1990, p. 41-45.

Com a violação do tratado por ambas as partes, havia de fato uma barragem na Tchecoslováquia, a montante do território húngaro, que tomava entre 80% a 90% da água que deveria correr, mas ao sul e em função do *statu quo ante*, pelo leito do Danúbio para a Hungria. A água desviada servia para alimentar a usina de Gabcikovo e depois era devolvida ao antigo leito do Danúbio sem as obras necessárias para aprofundá-lo e receber as águas do canal de derivação. A situação de fato concretizada era completamente diferente do projeto original, mas nem por isso as partes estavam desobrigadas de negociar e adaptar as circunstâncias aos objetivos do tratado segundo a CIJ. A secessão da Tchecoslováquia em dois novos Estados, República Tcheca e Eslováquia, não era impecilho para a contuidade do tratado, pois este tinha efeitos "territoriais", o que motivou a sucessão automática da Eslováquia às obrigações anteriormente assumidas pela Tchecoslováquia em relação às obras no Danúbio, prescindindo do consentimento da Hungria.

Com relação aos efeitos jurídicos da denúncia feita pela Hungria e do próprio julgamento, a Corte afirmou que o tratado do projeto Gabcikovo-Nagymaros continuava plenamente válido e as partes tinham que negociar de boa fé para adaptar a situação real aos propósitos contidos no documento de 1977. Como o objeto do tratado compreendia um investimento conjunto, único e indivisível, a solução ideal seria que a Hungria pudesse participar da operação de Gabcikovo, desde que, evidentemente, pagasse proporcionalmente pelos seus custos.

O importante, segundo a Corte Internacional de Justiça era a integridade do projeto de investimento conjunto e a validade do tratado. Apesar de ter-se concretizado na realidade uma versão completamente desfigurada do projeto original, com prejuízos para a Hungria e controle total do trecho do Danúbio pela Eslováquia, as partes deveriam negociar para adaptar a realidade aos propósitos do tratado de 1977. Em um parágrafo da página 75 da decisão (citado anteriormente), a Corte argumentou que reconhece os estragos que a humanidade produziu na natureza e que estes estragos devem ser contidos e minimizados, mediante a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável. No caso de Gabcikovo, se houve impactos ao meio ambiente, eles não poderiam ter sido percebidos em 1989. E os impactos que se realizaram depois de 1989 são só da conta da Hungria e de seus cidadãos – com benefício da Eslováquia e de todas as potenciais comerciais interessadas na navegação do Danúbio. Neste contexto, ninguém pensou no *direito humano à água de qualidade* dos habitantes de Budapeste.

No recente caso das fábricas de celulose na margem esquerda do rio Uruguai, entre Argentina e Uruguai, a Corte Internacional de Justiça teve oportunidade de aplicar regras e

princípios de Direito Internacional Ambiental ou aqueles propostos na Convenção de Nova York de 1997, sobre o direito dos usos dos cursos d'água internacionais para fins diversos na navegação.

O centro da controvérsia era a instalação de duas fábricas de celulose na margem esquerda do rio Uruguai, uma delas era um projeto de uma empresa espanhola, a outra, da finlandesa Botnia. Tratava-se do maior investimento direto da história do Uruguai, defendido pelos dois governos que se sucederam enquanto durou a controvérsia. Houve grande movimentação das sociedades civis argentina e uruguaia e até mesmo a mediação do rei espanhol. A Argentina pediu que a Corte Internacional de Justiça determinasse a suspensão da construção e da operação das fábricas e o Uruguai, por outro lado, pediu que fosse determinado à Argentina impedir os bloqueios de pontes e do trânsito entre os dois países. A Corte negou ambos os pedidos de medidas provisórias.

No mérito, a decisão da Corte é ambígua. Concordou com a Argentina no que se refere ao descumprimento, por parte do Uruguai, da obrigação de notificar a CARU sobre projetos planejados, antes de conceder autorização para que eles fossem executados, violando o disposto no art. 7 e seguintes do Estatuto do rio Uruguai. A CIJ entendeu tratar-se de uma obrigação de procedimento, diversa das obrigações substanciais do Estatuto.

As obrigações substanciais do Estatuto são, essencialmente, a de contribuir para a ótima e racional utilização do rio Uruguai, a obrigação de assegurar que o gerenciamento do solo e de florestas não prejudique o regime do rio, a obrigação de coordenar medidas para evitar mudanças no equilíbrio ecológico e a controvertida obrigação de prevenir a poluição e preservar o meio ambiente aquático, contida no art. 41 do Estatuto do rio Uruguai. Em geral, a Corte Internacional de Justiça considerou que a Argentina, que tinha o ônus probatório, não juntou aos autos provas de que determinados fatos – que a Corte elegeu como relevantes – tinham ligação com a construção e a operação da planta de celulose Orion. Como a obrigação contida no art. 41 do Estatuto de 1975 era de conduta, ou de meio, a responsabilidade internacional do Uruguai só poderia ser engajada se ficasse cabalmente comprovado que falhou no dever de diligência sobre as atividades realizadas em seu território.

É emblemático que na apreciação do argumento argentino de que o Uruguai teria violado a obrigação de coordenar medidas para evitar mudanças no equilíbrio ecológico – que consta no art. 36 do Estatuto do rio Uruguai – a Corte Internacional de Justiça tenha feito considerações sobre o meio ambiente: "Esta vigilância e prevenção é ainda mais importante na preservação do equilíbrio ecológico, uma vez que o impacto negativo das atividades

humanas sobre as águas do rio pode afetar outros componentes do ecossistema do curso de água, tais como a sua flora, fauna e solo" (CIJ, 2010, p. 55-56).

No entanto, embora faça um discurso em prol do meio ambiente – inclusive citando trechos da decisão no caso Gabcikovo-Nagymaros – a CIJ julga de forma a tornar irrelevantes as suas próprias considerações. A tônica da sentença é a de tornar lícitos os fatos consumados (a construção e operação da fábrica), porque "faltam provas" de que o Uruguai tenha de fato desrespeitado suas obrigações, que são somente de conduta ou meio, mas nunca de resultado.

Deve-se procurar um padrão de solução para os litígios resolvidos por um meio pacífico de solução de controvérsias, pois isto é, na verdade, o direito. Segundo Pierre Bourdieu (2005, p. 213-218), é na confrontação de interesses específicos divergentes que se determina a significação prática da lei, pois a interpretação do texto jurídico é uma forma de se apropriar da sua força simbólica.

Não se pode simplesmente argumentar que a Corte Permanente de Justiça Internacional, o Tribunal arbitral do lago Lanoux e a Corte Internacional de Justiça solucionaram os casos sempre em prol da parte com maior poder econômico, político ou militar. Embora isso se verifique em parte, não explica a complexidade das situações analisadas.

A análise dos casos apresentados revela o casuísmo das soluções. No caso do rio Oder, a CPJI decidiu em prol de todas as potências européias e em prejuízo da Polônia, determinando que um rio situado exclusivamente em seu território fosse considerado internacionalizado. No caso da captação de águas do rio Mosa, tanto a Holanda quanto a Bélgica trataram de captar o máximo de água possível do rio Mosa com o fim de alimentar seus canais e eclusas; a Corte Permanente de Justiça Internacional limitou-se a reconhecer que ambas as partes estavam erradas. O Tribunal arbitral para o caso do lago Lanoux favoreceu o projeto de desvio de águas para alimentação de uma usina empreendido pela França, o país favorecido pela sua posição de montante. A Espanha teve que aceitar que o fluxo de águas para dentro do seu território dependendesse de um ato voluntário da França. E o caso Gabcikovo-Nagymaros é o melhor exemplo da imposição de uma medida unilateral do país de montante a despeito dos protestos do país de jusante, sem qualquer oposição de efeito prático por parte do Direito tal como expresso na decisão da Corte Internacional de Justiça. Em nenhum destes casos as preocupações com o meio ambiente mereceram atenção dos órgãos julgadores. Mesmo no caso Gabcikovo-Nagymaros, julgado cinco anos após a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Corte Internacional de Justiça não fez qualquer apreciação crítica sobre a "monstruosidade" do projeto, pelo

contrário, as partes deveriam encontrar por si mesmas uma forma de adaptar os fatos consumados e o projeto original ao conceito de desenvolvimento sustentável.

Tampouco se pode identificar, no Direito produzido pelos órgãos julgadores, uma tendência de se acolher argumentos em prol da soberania absoluta ou, o contrário, pela relativização deste princípio. A soberania da Polônia e da Hungria foram profundamente aviltadas. Por outro lado, a soberania absoluta da França sobre os recursos hídricos em seu território foi acolhida.

O único padrão de solução de conflitos que se pode identificar a partir dos litígios expostos neste capítulo é o da continuidade dos empreendimentos. No caso do rio Oder, a solução foi em prol do comércio, em detrimento da soberania do recém criado Estado da Polônia. Nos casos posteriores, não se questionou a viabilidade ecológica das obras ou das atividades, pois sempre esteve fora de cogitação que uma obra ou uma atividade fosse obstada por um tribunal. O Direito proferido pelas sentenças internacionais, nos casos analisados, está sempre a favor da obra, da atividade, do empreendimento e do comércio.

Isso permite concluir que o Direito, na prática, nada tem a ver com os princípios da utilização equitativa e razoável, com a concepção sistêmica e unitária de bacia hidrográfica, com a cooperação, com a necessidade de consultar previamente os ribeirinhos antes de permitir qualquer projeto ou com o proibição de se causar danos transfronteiriços. Os princípios do Direito Internacional Ambiental, como o da precaução e o da prevenção, também parecem ter pouca relevância nos casos analisados.

6. ELEMENTOS TEÓRICOS RELEVANTES PARA COMPREENSÃO DOS PROBLEMAS DA ÁGUA DOCE NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Todos os documentos analisados – entre eles, os estudos da doutrina de Direito Internacional, os textos que efetivamente se qualificam como fontes de Direito e as numerosas Declarações com conteúdos diversos a respeito da água doce – contém variações das mesmas questões centrais: qual deve ser o estatuto jurídico da água doce? Como ela deve ser repartida entre os Estados? Como a água deve ser gerida? Quais os valores que se lhe deve atribuir enquanto recurso? Qual deve ser o conteúdo de um direito humano? Entre todas as análises expostas ao longo deste trabalho há um liame fundamental: o dever ser.

Os vários *dever ser* agregados no estudo da água doce engendram fundadas dúvidas sobre a efetividade do direito. O tema da água doce parece por vezes estar à margem do direito, já que o que consta nos textos jurídicos não costuma se verificar nas práticas estatais, ou seja, não parece produzir efeitos. Esse descompasso entre o dever ser e as práticas das relações internacionais costuma encontrar na soberania estatal o seu *bode expiatório*.

São recorrentes neste trabalho as menções à soberania estatal, às vezes como qualificação do poder exercido pelos Estados sobre seus recursos naturais, outras, como impedimento para se alcançar um determinado acordo, ainda que de forma implícita. Há sempre uma "gestão compartilhada", uma "comunidade de interesses", uma qualificação de água como "recurso comum" que desagrada o detentor da soberania ou que agrada aquele que pretende se apropriar da água alheia, ou que, simplesmente, foi trazido à tona com a melhor das intenções ecológicas.

Entre as primeiras concepções doutrinárias acerca da utilização da água de rios que percorrem o território de dois ou mais Estados está justamente uma doutrina chamada de soberania territorial absoluta, a Doutrina Harmon de 1895. Segundo a concepção esboçada pelo procurador geral dos EUA, Judson Harmon, a respeito do Rio Grande, não há qualquer obrigação ou responsabilidade por parte do EUA pelo uso das águas em seu território, sobre o qual exercem plena e irrestritível soberania.

Quando se comentou a ideia de que os Estados deveriam se consultar entre si antes de empreender qualquer atividade ou obra em cursos de água internacionais, ressaltou-se que essa simples noção – embora citada pela doutrina – não pode se tornar um costume (como determinou o tribunal arbitral no caso do Lago Lanoux), pois um costume não pode derrogar

um princípio fundamental de Direito Internacional que é o da soberania estatal sobre seu território[293].

Durante as negociações para redação do texto da Convenção de Nova York de 1997 a questão da soberania estatal foi levantada, com o propósito de obstar a adoção de uma concepção unitária de bacia hidrográfica. Viu-se que Stephen Schwebel, um dos Relatores Especiais do trabalho da Comissão de Direito Internacional, tentou fazer prevalecer a noção de "recurso natural compartilhado", mas o simples uso da expressão parecia implicar a derrocada da soberania estatal sobre os recursos naturais e foi por isso afastada. No final, prevaleceu a concepção mais tradicional possível de "curso de água internacional", aquela que aceita a fragmentação da unidade natural - que é a bacia hidrográfica – como decorrência da existência de fronteiras políticas.

O mesmo dilema pode ser encontrado na redação das Regras de Berlim, de 2004, por parte da Associação de Direito Internacional. Os Estados soberanos têm o direito de participar do gerenciamento conjunto das águas de uma bacia internacional, entendendo-se por gerenciamento o desenvolvimento, o uso, a proteção, a distribuição, a regulação e o controle de águas. Há limitações ao exercício da soberania por parte dos Estados, ainda que essas limitações não possam ser expressas explicitamente em recursos discursivos como os de "gestão compartilhada", "participação equitativa e razoável" e "dever de cooperação".

Quando a Comissão de Direito Internacional da ONU elaborou um esboço de tratado a respeito de aquíferos transfronteiriços, um dos princípios arrolados foi justamente o da soberania estatal. Diz o art. 3º da resolução da Assembléia Geral n. 63/124, adotada em 15 de janeiro de 2009, que cada Estado tem soberania sobre a porção do aquífero transfronteiriço localizado dentro de seu território e deve exercer a sua soberania de acordo com o Direito Internacional e com os artigos que se esboçam no documento. Como dito, em 2006, quando aprovava-se a primeira leitura do esboço, seis países, inclusive o Brasil, apresentaram comentários de apoio à redação do princípio sobre a soberania estatal.

A par das críticas a respeito da impossibilidade de se analisar o ciclo hidrológico de águas de superfície e os fluxos de água subterrânea a partir do prisma do exercício da

[293] Pode-se citar a explicação de Christian Caubet (1990, p. 156): "A razão pela qual um costume não pode criar-se nesse campo, é que ele seria atentatório a um princípio fundamental, diríamos constitucional, do Direito Internacional geral: aquele que consagra a soberania absoluta do Estado em seu território. As limitações ao exercício dos direitos de soberania territorial não podem ser presumidas. Essas limitações, e *a fortiori* as renúncias que um Estado sempre pode subscrever ao exercício de certos direitos sobre seu território, só existirão se vierem claramente estabelecidas por uma convenção específica. A multiplicação dos acordos prevendo uma consulta ou um acordo prévios ao aproveitamento de um curso de água não pode constituir um costume. Ela apenas confirma que uma derrogação ao princípio geral deve ser estipulada para estabelecer a consulta, em cada caso particular".

soberania, há que se fazer alguns apontamentos a respeito deste conceito filosófico-jurídico-político de soberania estatal, sem a pretensão de esgotar a discussão sobre um tema de fato infindável; porém com a preocupação de evidenciar o obsoletismo desse conceito em relação aos comportamentos hoje em dia indispensáveis para lidar com um assunto de um recurso cujas funções são incompatíveis com o exercício de decisões de confisco, de espoliação e de irresponsabilidade, particularmente em âmbito jurídico.

O capítulo está dividido de forma a apresentar as ideias centrais sobre soberania sob uma perspectiva quase cronológica: os primórdios, a formação do Estado moderno e a limitação da soberania pelo Estado de Direito. É preciso, também, buscar explicação para a afirmação corriqueira de que a soberania estatal está em crise, com a sua mitigação e limitação pelo fenômeno da globalização.

Para explicitar as contradições do conceito de soberania serão apresentadas explicações recolhidas de clássicos do Direito Internacional e, na sequência, a consagração jurídica do conceito por meio da Organização das Nações Unidas e da produção normativa da Assembleia Geral. Para melhor compreender a miscelânea ideológica que envolve a soberania, sob o prisma da sociologia, serão citados pensamentos de Michel Foucault e de Pierre Bourdieu. A contraposição de teorias, afirmações e mesmo a abordagem cronológica do tema da soberania pode ajudar na compreensão das questões relativas à água doce nas relações internacionais. Apesar do título deste capítulo, não é a água doce que tem problemas nas relações internacionais, pois a água doce não tem problemas, ela simplesmente é. Os homens, os Estados, as empresas e os cartéis têm problemas, pois competem, de forma cada vez mais acirrada, pelo monopólio dos suprimentos de água, pela prioridade dos usos e pela definição das condições jurídicas e políticas de apropriação dos recursos naturais. Enquanto isso, os juristas teorizam os conceitos com os quais se tenta compreender os ditos problemas.

6.1. Ideias fundamentais sobre a soberania enquanto conceito político-jurídico

Genericamente, pode-se afirmar que a soberania é um conceito político-jurídico significando o poder de mando em última instância, exclusivo, supremo e não derivado, em uma determinada sociedade, diferenciando-a de outras formas de associações humanas. Trata-se da racionalização jurídica do poder, transformando a força em poder legítimo, o poder de fato em poder de direito (BOBBIO, 2009, p. 1179).

O estudo da soberania representa o estudo dos acontecimentos da formação particular do Estado nacional moderno, nascido na Europa há pouco mais de 4 séculos e exportado no século XX a todo o planeta. O conceito de soberania como *supra potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) surgiu no final do século XVI[294] juntamente com o Estado moderno e justamente por causa dele, para representar a plenitude do poder estatal, único e exclusivo sujeito da política. Dessa forma, o Estado impôs-se à organização medieval de poder, num momento em que havia necessidade de concentrar em uma única instância todo o monopólio da força sobre um território e uma população determinados, pondo um fim nas lutas de poder entre reis e imperadores, de um lado, e a igreja católica, do outro (BOBBIO, 2009, p. 1179; CHATELÊT, 2000, p. 47; FERRAJOLI, 2002, p. 1-2).

A soberania pode ser interna ou externa. Segundo Henry Bonfils (1901, p. 84-85), a soberania interna consiste no poder de uma associação humana de estabelecer as suas condições de vida e seu governo de acordo com seus próprios princípios e ideias. Trata-se de uma autonomia, que confere ao Estado a sua personalidade jurídica. A soberania externa significa independência, consiste no poder "supremo e absoluto" de uma sociedade de homens para se conduzirem sem interferência estrangeira. A soberania externa depende da soberania interna: uma sociedade de homens que não exerça o seu poder soberano internamente não tem a individualidade necessária para posse e exercício da soberania externa.

René Foignet (1923, p. 168; 175) tem uma concepção parecida:

> A soberania é o direito que pertence ao Estado para agir livremente, internamente e externamente. A independência é um direito do Estado de manter-se à parte da ingerência de outro Estado em seus assuntos internos e nas suas relações exteriores. A independência exprime a mesma ideia da soberania sob um diferente aspecto. A soberania é interna ou externa: interna, ao considerar a ação do Estado em seu próprio território; externa, quando se considera a ação do Estado nas suas relações com outros Estados[295]. [...] A soberania externa de um Estado novo só existe a partir do momento em que este Estado é reconhecido pelos demais[296].

---

[294] O conceito não foi inventado no século XVI. Na Antiguidade e na Idade Média utilizavam-se termos como *summa potestas*, *summum imperium*, *maiestas* e *plenitudo potestatis* para qualificar a última instância de poder. A palavra soberano, durante a idade média, representava tão somente uma situação de proeminência, ou seja, a posição superior num dado sistema hierárquico (BOBBIO, 2009, p. 1181). Luigi Ferrajoli também identifica em Francisco de Vitoria uma teoria sobre soberania, precursora em relação aos modernos.

[295] No original: *« La souveraineté est le droit qui appartient à l'Etat d'agir librement, à l'intérieur et à l'extérieur. L'indépendance est le droit qui appartient à tout Etat d'écarter l'immixtion d'un autre Etat dans ses affaires intérieures et dans ses relations extérieures. L'indépendance exprime la même idée que la souveraineté sous un aspect différent. La souveraineté est intérieure ou extérieure: intérieure, lorsqu'on envisage l'action de l'État dans les limites de son territoire; extérieure, lorsqu'on envisage l'action de l'État dans ses relations avec les autres Etats »* (FOIGNET, 1923, p. 168).

[296] No original: *« La souveraineté extérieure d'un Etat nouveau n'existe que lorsque cet Etat a été reconnu par les autres Etats »* (FOIGNET, 1923, p. 175)

Charles Calvo (1892, p. 92) também defende a ideia de que a soberania externa de um Estado depende da sanção dos outros Estados, sob pena do Estado novo não poder fazer parte da “grande sociedade legal de nações”.

Outras formulações explicam de forma diferente as duas faces do conceito de soberania. Externamente, a soberania significa que cabe somente ao soberano decidir sobre a guerra ou a paz, o que indica a representação de um sistema de Estados em que os soberanos encontram nos outros soberanos seus iguais, não havendo autoridade que lhes seja superior, nem mesmo o Papa ou o Imperador. Estes Estados equilibram suas relações mediante a guerra, ainda que haja uma racionalização e disciplina da guerra por meio do direito. Por outro lado, internamente, o soberano encontra-se numa posição de supremacia absoluta, tendo abaixo de si somente os súditos que lhe devem obediência (BOBBIO, 2009, p. 1179; CHATELÊT, 2000, p. 47).

Segundo Michael Akehurst (1985, p. 19-20), a ideia de soberania interna é anterior à externa. Quando o termo – com suas ressonâncias fortemente emotivas como um poder acima do direito - foi transportado para a relação do Estado com os outros Estados, produziu “uma representação totalmente errônea das relações internacionais”, pois um Estado não poder fazer “o que queira” com relação aos outros Estados, não somente por razões jurídicas, mas de política de poder:

> Quando os internacionalistas afirmam que um Estado é soberano, tudo o que com isso querem realmente significar é que ele é independente, quer dizer, que não depende de qualquer outro Estado. Não pensam que ele esteja, de algum modo, colocado acima do direito. A este respeito, seria preferível que a palavra “soberania” fosse substituída pelo termo “independência”. Na medida em que “soberania” signifique algo mais do que “independência” não estaremos perante um termo jurídico com um significado concreto, mas perante uma expressão fortemente emotiva. Todos sabemos quanto os Estados são poderosos, mas o acento na soberania exagera o seu poder e incita-os a dele abusar; sobretudo, mantém viva a superstição de que há algo na cooperação internacional que se aproxima de uma violação da natureza intrínseca de um Estado soberano (AKEHURST, 1985, p. 19-20).

Como afirma o autor, seria preferível usar o termo “independência” no lugar de “soberania”, no entanto, ninguém o faz. O autor não consegue explicar porque as referências à soberania continua dominante.

6.1.1. Os primórdios da soberania e as suas aporias

Luigi Ferrajoli identifica três aporias no conceito de soberania. A primeira aporia diz respeito à origem do conceito e ao seu propósito. Como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista que serviu como base para a construção juspositivista do Estado e ao paradigma do Direito Internacional moderno. Em outras palavras, há um resquício pré-moderno na origem da modernidade jurídica.

A segunda aporia da ideia de soberania concerne a sua história teórico-prática, de dois eventos paralelos: o primeiro, relativo à soberania interna, é a história da construção da progressiva limitação da soberania e da formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito. Por outro lado, o evento contraditório é relativo à soberania no seu aspecto externo, que seguiu a lógica de uma progressiva absolutização, com ápice no século XX.

A terceira aporia apontada por Luigi Ferrajoli diz respeito à consistência e à legitimidade da ideia de soberania do ponto de vista da teoria do direito. Há uma antinomia irredutível entre soberania e direito: não apenas no plano interno (no qual a soberania está em contraste com o paradigma do Estado de direito), mas também no plano internacional, no qual documentos como a Carta da ONU e os imperativos de proteção dos direitos humanos com a soberania contrastam (FERRAJOLI, 2002, p. 2-4).

É preciso comentar aquilo que Luigi Ferrajoli considera a primeira aporia do conceito de soberania, relativa à sua origem jusnaturalista, porque desta forma o autor identifica e explica o pensamento dos precursores da ideia de soberania. Ferrajoli considera que as primeiras formulações sobre uma sociedade de Estados soberanos (*communitas orbis*) são de teólogos espanhóis do século XVI. Ele cita, especificamente, Francisco de Vitória que contestou os títulos aduzidos pelos espanhóis para legitimar a conquista do novo mundo (são os argumentos de que os índios eram infiéis e pecadores, que se submeteram voluntariamente, que os espanhóis eram detentores do direito de descobrimento, argumento de que o novo mundo constituía uma concessão especial de Deus aos espanhóis etc). Para se contrapor a esses títulos ilegítimos, Vitoria propôs uma construção que lançou, antes de Grócio, os alicerces do Direito Internacional moderno e do conceito moderno do Estado como sujeito soberano[297]. São três os fundamentos dessa construção vitoriana: a ordem mundial como

[297] Segundo Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier e Alain Pellet (2003, 56), Vitoria reconhece a soberania do Estado, porém limitada por um direito natural que lhe é superior; assim como os indivíduos precisam viver em sociedade, também os Estados convivem necessariamente numa comunidade internacional, para reger esta comunidade é igualmente necessário um Direito Internacional. "Na época de formação do direito internacional, a afirmação de sua necessidade é de importância primordial para a continuação do processo". Contudo, ainda que aparentemente Vitoria defenda os índios, ele não era um "liberal" e atuava de fato em nome da Espanha e mesmo da Inquisição. O Direito Internacional era fundado, para Vitoria, na lei universal da natureza e os não

sociedade natural de Estados soberanos; a teorização de direitos naturais dos povos e dos Estados; a reformulação da doutrina cristã da guerra justa redefinida como sanção às ofensas sofridas (FERRAJOLI, 2002, p. 6-7).

O primeiro fundamento, o da representação da ordem mundial como *communitas orbis*, é a mais importante. Vitoria afirmou que existia uma comunidade de Estados soberanos igualmente livres e independentes, sujeitos externamente ao direito das gentes e internamente às leis que eles mesmos se deram[298]. Além disso, Vitoria pensa na humanidade como um sujeito de direito: *totus orbis*, uma pessoa moral representando todo o gênero humano (FERRAJOLI, 2002, p. 9).

Outra ideia basilar é a da soberania externa como um conjunto de direitos naturais dos povos[299], legitimando dessa forma a conquista e fornecendo o alicerce ideológico do caráter eurocêntrico do Direito Internacional, dos seus valores colonialistas e da sua vocação belicista. Diz Ferrajoli (2002, p. 10) que "revelam-se aqui, bem antes das grandes teorizações jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, as origens não luminosas dos direitos naturais e o seu papel de legitimação ideológica não só dos valores, mas também dos interesses políticos e econômicos do mundo ocidental".

A concepção de Vitoria de uma comunidade internacional como sociedade natural de Estados soberanos permite o advento de uma terceira ideia basilar de seu pensamento: uma doutrina de guerra justa (e de conquista), definida como uma reparação das injúrias e, portanto, como instrumento de atuação do direito (FERRAJOLI, 2002, p. 12).

Em suma, para Vitoria, a guerra é uma sanção com o objetivo de garantir a efetividade do Direito Internacional. Isso faz dela algo lícito e necessário, justamente porque os Estados

---

europeus deveriam ser incluídos no seu âmbito. Mas isso não significa que Vitoria defendia a igualdade entre Estados cristão europeus e as nações índias, pois para ele a simples oposição ao trabalho dos missionários católicos era uma boa razão para a guerra, considerando a visão extensiva que tinha sobre os direitos dos espanhóis sobre a América (SHAW, 2008, p. 23).

[298] É nisto que, segundo Ferrajoli, Francisco de Vitoria é moderno, pois ele antecipa a futura doutrina do Estado de direito, enunciando o fundamento democrático da autoridade do soberano; e porque vincula os Estados ao direito das gentes, não somente como *ius dispositivum* (direito dispositivo), com a força própria dos pactos, mas também como *ius cogens* (direito coercitivo), com força de lei (FERRAJOLI, 2002, p. 9).

[299] O primeiro direito natural teorizado por Vitoria é o *ius communicationis* (direito de se comunicar), existente numa comunhão natural entre os povos, onde cada um tem o direito de se relacionar com os outros. Disso decorre uma série de outros direitos, cuja aparente universalidade é desmentida pelo seu caráter assimétrico": direito de viajar, direito de permanecer (e portanto o direito de trânsito e liberdade dos mares), direito de comércio, de ocupação sobre terras e apropriação sobre coisas que os índios não coletavam como ouro e prata, e o direito de migrar. Esses direitos pretensamente universais são evidentemente desiguais, considerando que os espanhóis eram os únicos em condições de exercê-los, enquanto os índios são as partes passivas e vítimas. A esses, Vitoria acrescenta outros direitos ainda mais falsamente simétricos: o da censura fraternal dos bárbaros, direito de proteger os convertidos de seus caciques, de substitur ditos caciques por cristãos em caso de conversão do povo regido pelo cacique, direito dos espanhóis de defenderem seus direitos e sua segurança até mesmo com a medida extrema da guerra (FERRAJOLI, 2002, p. 11-12). A este respeito, ver: MACEDO, Paulo Emílio, 2008, p. 209-227.

estão submetidos ao Direito das Gentes e, na falta de um tribunal superior, os argumentos do Direito das Gentes não podem ser impostos senão pela guerra. Há três consequências da licitude da guerra: o fato de que ela pode ser feita licitamente pelos Estados significa que ela não pode ser feita pelos particulares, nisso revela-se o traço mais significativo da nascente soberania estatal externa. As outras duas consequências são as seguintes: o príncipe que faz uma guerra justa é como um juiz competente para conhecer as pretensões reivindicadas por esta guerra; surge uma série de limites para a guerra, seja quanto às justificativas prévias (*jus ad bellum*), seja quanto às suas modalidades (*ius in bello*) (FERRAJOLI, 2002, p. 13-14)[300].

Assim é que essas três ideias de Francisco de Vitoria – a de uma sociedade de Estados igualmente soberanos, mas sujeitos ao direito das gentes; a afirmação de direitos naturais desses Estados; e guerra justa como sanção - estão na base da doutrina da soberania estatal externa, segundo Luigi Ferrajoli. Este "paradigma vitoriano" manteve viva duas convicções: uma utopia de convivência mundial baseada no direito e uma doutrina de "legitimação da colonização e da exploração do resto do mundo pelos Estados europeus em nome de valores diferentes sempre proclamados universais[301]: evangelização, civilização, comunidade de valores ocidentais" (2002, p. 15-16).

Este paradigma vitoriano perdeu sua força no século XVII, com a ascensão do moderno Estado de Direito.

6.1.2. A formação do Estado moderno e os teóricos da soberania

Com a formação do Estado moderno, ocorre a secularização e a absolutização da soberania. No Estado moderno o rei é soberano na medida em que faz a lei, mas não é por ela limitado por se encontrar *supra legem*. Os costumes, que antes serviam de base para a administração da justiça não limitam o soberano, já que o costume não pode ab-rogar uma lei. O Direito está reduzido à lei do soberano. Se antes ele era dado, agora é fabricado com base na racionalidade técnica da adequação aos objetivos (BOBBIO, 2009, p. 1182).

---

[300] Antonio Celso Alves Pereira (2008, p. 3-4) explica que o Direito Internacional clássico (aquele em vigor entre 1648 e a primeira guerra mundial) sempre rejeitou a distinção entre guerra justa e injusta, pois vigorava o princípio maquiavélico de que, se necessária, a guerra era justa. De fato, o Direito Internacional clássico nasceu como um direito da guerra.

[301] A este respeito, ver: WALLERSTEIN, 2007.

Há várias teorias para explicar a soberania, elas variam ao longo da história e refletem as variações das concepções de gênese e finalidade do Direito Internacional. Jean Bodin na obra *Os seis livros da República*, de 1576, pretendia encontrar um suporte jurídico para consolidar a ação do rei. Escreveu sobre a ideia de que o poder político é a forma necessária de existência social, sendo que a maior característica desse poder é a soberania de sua potência. A soberania é um poder de fazer e de anular leis, com as seguintes características: é absoluta (sem limitações), indivisível (por não permitir delegação), perpétua (por não sofrer com as vicissitudes do tempo) e imprescritível. O titular da soberania é o Estado, detentor (único) do poder de ditar as leis, que regulam as necessidades da existência social[302] (BRIERLY, 1963, p. 9; CHÂTELET, 2000, p. 47; DIHN, 2003, p. 52-53; SOARES, 2002, p. 145-146).

Hugo Grócio[303] torna o Direito das Gentes autônomo não apenas em relação à moral e à teologia, mas também em relação ao direito natural. Grócio reconhece o Estado soberano,

---

[302] Segundo Brierly, Bodin concebeu o seu soberano como um "monarca constitucional", subordinado à lei fundamental do Estado, ou seja, como um princípio fundamental da ordem política interna, sendo possível lhe impingir a ideia de uma soberania como um princípio de desordem internacional. O autor explica que: "Bodin, que via a França dividida pelas facções e pela guerra civil, estava convencido de que a causa das suas desgraças era a falta de um poder suficientemente forte para conter as influências subversivas das rivalidades feudais e da intolerância religiosa, e de que o melhor meio de combater estes males seria o fortalecimento da monarquia. Bodin viu também que um processo deste tipo estava efetivamente em curso na Europa ocidental de seu tempo; aos frouxamente aglutinados Estados medievais sucediam Estados unificados, e por toda a parte a autoridade central ia revestindo a forma de uma monarquia pessoal forte, superior a todos os rivais na luta pelo poder, seculares ou eclesiásticos. Bodin concluiu assim que a essência do Estado, a qualidade que nele transforma uma associação de seres humanos, é a unidade do poder. Um Estado sem uma *summa potestas*, diz ele, seria como um barco sem quilha. O Estado definiu-o como 'uma multidão de famílias juntamente com os bens que têm em comum, governadas por um poder supremo e pela razão' (*respublica est familiarum rerumque inter ipsas communium summa postestate ac ratione moderata multitudo*). Analisou largamente a natureza dessa *summa potestas*, desta *majestas* ou soberania como nós lhe chamamos. A ideia básica é simples. Bodin acreditava que uma confusão de autoridades não coordenadas e independentes tem de ser fatal para um Estado, e que deve haver uma fonte última, e não mais do que uma, donde nasçam as leis. Para ele, a manifestação essencial da soberania (*primmum ac praecipuum caput majestatis*) era o poder de fazer leis (*legem universis ac singulis civibus dare posse*), leis essas que não podiam, evidentemente, limitar o soberano que as fazia (*majestas est summa in cives ac súbditos legisbuque soluta potestas*). Poderia supor-se a partir desta frase que Bodin concebia o soberano como um poder irresponsável e supralegal, e algumas expressões da República aparentemente apóiam essa interpretação. Não era esta a sua verdadeira intenção, pois logo a seguir afirma que o soberano não é uma *potestas legibus omnibus soluta*. Há leis que o vinculam: a lei divina, a lei da natureza ou da razão, a lei comum a todas as nações, e ainda algumas leis a que chama *leges imperii* ou leis do governo. Estas *leges imperii*, que não são feitas pelo soberano e que ele não pode revogar, são as leis fundamentais do Estado. Incluem em especial as normas que determinam em quem deve ser investido o poder soberano e os limites dentro dos quais deve ser exercido. Chamar-lhes-íamos hoje leis constitucionais. Só se pode compreender o significado real da doutrina de Bodin se tivermos sempre presente que o Estado que descreve é aquele cujo governo constitui, como ele diz, uma *recta* ou uma legítima *gubernatio* – uma *gubernatio* em que o poder supremo, se bem que forte e unificado, não é nem arbitrário nem irresponsável, mas derivado de uma lei que lhe é superior e por ela definido. Neste ponto Bodin seguia a tradição medieval sobre a natureza do direito, pois na Idade Média os homens não o viam como uma construção inteiramente humana. Acreditavam que por trás das normas positivas de qualquer sociedade existia uma lei fundamental mais vinculativa, que continha em si toda a sabedoria do passado, com a qual o direito positivo se devia conformar para ter validade" (BRIERLY, 1963, p. 7-9).

[303] Hugo Grócio escreveu duas obras sobre Direito Internacional: *De Jure Praedae*, de 1604, e *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625 (BRIERLY, 1963, p. 26).

definindo a soberania como o poder cujos atos são independentes de qualquer outro poder superior, não podendo ser anulado por nenhuma outra vontade humana. Contudo, há necessidade de limitação da soberania, na falta de órgãos superiores aos Estados, pela simples força do direito. Este direito é o direito natural, contudo, um direito laicizado a partir da moral, pois o direito natural deixa de ser decorrência da fé cristã e passa a ser derivado da razão. Segundo Grócio, o direito das gentes existiria mesmo que não existisse Deus. O autor é, portanto, o responsável pela laicização do direito natural, encontrando fundamento para a lei natural na razão, que é autônoma. Em outras palavras:

> A característica principal da soberania, em Grócio, reside no fato de que o seu portador – e o autor não distingue entre soberania do Estado e soberania da pessoa do rei ou de uma assembléia legislativa – não se encontra vinculado por lei a nenhuma autoridade superior. Em especial, os súditos não podem se defender contra o soberano. Todavia, o soberano não exerce um poder ilimitado: ele deve observar as prescrições do Direito Natural, do direito civil e do direito das gentes (MACEDO, 2006, p. 83).

Grócio também estabelece a distinção entre direito natural e direito das nações, voluntário: o direito natural contém princípios, o direito voluntário reúne as regras construtivas efetivamente aplicáveis às relações internacionais[304]. O autor também reconhece a legitimidade da guerra, sob a condição de ser empreendida sob a autoridade do detentor do supremo poder do Estado[305] (AKEHURST, 1985, p. 17; BRIERLY, 1963, p. 26-30; DIHN, 2003, p. 57; FERRAJOLI, 2002, p. 19; SHAW, 2008, p. 23-24; SOARES, 2002, p. 28-30).

---

[304] O direito voluntário de Grócio consiste na criação de um mecanismo de elaboração dessas regras e também um reconhecimento do princípio *pact sunt servanda*. Contudo, o direito voluntário só é válido se estiver de acordo com o direito natural, o que significa que mesmo a vontade das nações se subordina ao direito natural (DIHN, 2003, p. 58).

[305] "Grócio acabou por cair na conclusão nada satisfatória de que a legitimidade de uma guerra deveria ser problema deixado inteiramente à consciência dos beligerantes, em que terceiros Estados se absteriam de intervir. Tempos, pois, de admitir que a tentativa de distinção entre guerra legítima e ilegítima, mantida pela maior parte dos sucessores de Grócio essencialmente como um ornamento do tema, era extremamente irreal. Veio mais tarde a desaparecer da própria teoria, reconhecimento franco de que, para o Direito Internacional, todas as guerras eram igualmente legítimas" (BRIERLY, 1963, p. 33). Para Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo, ao contrário, o direito natural segundo Grócio tem fundamento na razão: "O jurista de Delft formula uma definição de Direito Natural que se aplica a todas as pessoas e os povos graças ao apelo que faz a uma característica universal do gênero humano: a razão. 'O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme a natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena'. Perceba-se que cabe à razão não apenas revelar a lei natural, mas também criá-la. Não resta dúvida de que Deus consistiria na explicação primordial, mas, ciente do sincretismo entre voluntarismo e intelectualismo produzido por Suarez, Grócio funda a lei natural em outro ato da criação, o *appetitus societatis*, que, por sua vez, procede da razão. Esta, portanto, representa para o homem a origem e a revelação do Direito da Natureza. Não é por outro motivo que, consoante Grócio, não existe a lei natural para os animais. Apenas o homem possui a ciência do bem e do mal" (MACEDO, 2006, p. 54-55).

Thomas Hobbes qualifica a soberania como um princípio essencial da ordem. O Estado era o detentor do poder de conservar os homens em respeito e de dirigir suas ações para um bem coletivo. James Brierly explica o Leviatã (publicado em 1651):

> O soberano era a pessoa ou entidade detentora deste poder, qualquer que fosse a sua origem. O direito nem faz o soberano nem limita a sua autoridade. O poder é que faz o soberano, e o direito é tão-só aquilo que este ordena. E, como um poder que é supremo e não pode ser limitado por algo que lhe seja exterior, a soberania tem de ser absoluta e ilimitável: "é evidente que o poder soberano... é tão grande quando humanamente concebível". A isto chamaríamos nós hoje totalitarismo puro e simples (BRIERLY, 1965, p. 11-12).

O Estado tem, portanto, o monopólio da força e da coerção física. Se o Estado é soberano internamente, também o é externamente. Só que no plano externo, há uma liberdade absoluta dos Estados para fazerem aquilo que julgarem mais oportuno aos seus próprios interesses. Os Estados vivem como se estivessem em perpétua guerra, prontos para batalha, com fronteiras armadas e canhões apontados para os vizinhos. Dessa forma, configura-se a sociedade internacional como o paradigma moderno do estado de natureza, com a diferença de que não é composta de homens de carne e osso, mas de homens artificiais construídos por aqueles de carne e osso (FERRAJOLI, 2002, p. 20-22).

É a partir dos estudos de Hobbes que o direito de comunicação vitoriano passa a ser um imperativo de transição do estado de natureza ao civil, logo, um dever de não apenas converter, mas de civilizar:

> A superação do estado de natureza, internamente, e a sua conservação (ou melhor, instauração), externamente, tornam-se, assim, as duas coordenadas ao longo das quais se desenrola a história teórica e prática dos Estados soberanos modernos, ambas inscritas no código genético de tais Estados pela filosofia política jusnaturalista. Disso resulta um Estado moderno como sujeito soberano, que é fundado, laica e racionalmente, sobre duas oposições – por negação e por afirmação – ao estado de natureza: sobre a negação, enquanto "estado civil", do "estado de natureza" originário das sociedades primitivas e selvagens dos homens de carne e osso e, portanto, sobre a oposição entre "civilidade" e "incivilidade", como fonte de legitimação de novas formas de desigualdade e de domínio; e, como corolário, sobre a afirmação de um novo estado de natureza paradoxalmente artificial porque produzido pelo mesmo artifício do qual nasce o Estado: a sociedade selvagem, mas artificial, dos Estados soberanos, virtualmente em estado de guerra entre si, mas também coligados, como mundo civil", pelo direito dever de civilizar o resto do mundo ainda não civilizado" (FERRAJOLI, 2002, p. 25).

Nas palavras de James Brierly (1963, p. 13), quando os cultores da ciência política perceberam que o monarca não poderia mais desempenhar o papel que lhe fora atribuído, procuraram localizá-la em outro ponto. Como se a soberania, ao invés de ser apenas o reflexo

teórico dos fatos políticos de determinada época, "fosse antes uma substância que se pudesse encontrar nos Estados, se se tivesse o cuidado de procurar bem". Com o surgimento do governo constitucional, Locke e Rousseau lançaram a teoria de que o soberano era o povo em seu conjunto.

Locke, a favor de uma soberania limitada, recorria à noção de um "supremo poder" entregue ao parlamento, limitado por um lado pelo contrato (ou pela constituição) e por outro, pelo controle do povo, representado pelo parlamento (BOBBIO, p. 1182). Rousseau identificava a soberania com o poder de fazer única e exclusivamente leis gerais e abstratas. Ela exprime uma racionalidade substancial ou uma moralidade, por pertencer à vontade geral dos cidadãos que se opõe à vontade particular e utilitarista (BOBBIO, 2009, p. 1180-1183).

Foi assim que no século XVIII as concepções mudaram, porque a soberania mudou de dono. Havia necessidade de limitar o poder soberano pelo Direito e de fundamentá-lo em uma vontade popular. Surge, portanto, uma nova concepção de Estado, cuja soberania encontra seu fundamento na nação, ou melhor, na soma das vontades dos indivíduos que juntos constituem o poder nacional. (CHÂTELET, 2000, p. 85-90). A partir da revolução francesa, as soberanias interna e externa passaram a percorrer caminhos opostos, constituindo o que Luigi Ferrajoli chamou de segunda aporia do conceito de soberania. No plano interno, a soberania passou a sofrer uma progressiva limitação – em razão da doutrina liberal do Estado de Direito, da divisão de poderes, do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais. Por outro lado, no seu aspecto externo, no plano internacional, a soberania tornou-se ainda mais absoluta. A "comunidade selvagem" dos Estados soberanos atinge seu auge concomitantemente com a construção do Estado de direito e da democracia liberal (FERRAJOLI, 2002, p. 27-28).

No plano doutrinário a soberania interna é cindida (não abandonada, como teria pretendido a lógica do Estado de direito) nas figuras da soberania nacional e soberania popular, o que lhe fornecia uma legitimação política ainda mais forte[306] (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

---

[306] Brierly é bastante crítico com relação a estas concepções de soberania. Afirma que esta concepção constitui uma confusão de pensamento, por tentar conciliar duas ideias contraditórias: "a de que existe no Estado, em qualquer parte, um poder absoluto, e a da responsabilidade do detentor efetivo do poder pelo uso que dele faz. É possível enquadrar num Estado constitucional um soberano entendido à maneira de Bodin, se bem que Bodin tenha ido longe demais ao afirmar que o poder legislativo supremo tem de estar sempre concentrado numa só pessoa. Não previu, com efeito, que a federação viesse a permitir a sua partilha sem que se produzisse o caos no Estado. Mas já não é possível enquadrar num Estado constitucional um soberano entendido à maneira de Hobbes. Os filósofos políticos não tiveram consciência de que o advento da democracia impunha uma nova teoria do poder público. Em qualquer dos casos, será inexacto falar-se em soberania popular. O povo não governa, porque a função governativa é uma actividade técnica de caráter exclusivo que a lei tem de entregar a pessoas ou organismos determinados. Por outro lado, visto que não pode actuar como organismo, o seu poder não será até necessariamente o mais forte: uma minoria politicamente consciente, uma clique militar, um partido

No século XIX, portanto, a doutrina da soberania do *Estado-príncipe* foi revista: "a soberania não é um poder supremo ou absoluto. Na prática, é evidente que a existência de uma pluralidade de Estados soberanos torna impossível o estabelecimento de um poder supremo com vantagens para cada um deles" (TOUSCOZ, 1993, p.66).

O pensamento jurídico do século XIX chega a atribuir um caráter científico à imagem antropomórfica do Estado soberano, construindo a figura jurídica do Estado-pessoa como sujeito originário que funda mas não é fundado, titular de soberania em lugar do príncipe ou do povo. O titular da soberania passa a ser o próprio Estado personificado, por meio de uma complexa operação de remoção e ocultação do momento constituinte do Estado, objetivando: neutralizar e naturalizar o Estado (dando caráter científico-objetivo às disciplinas juspublicistas) e confiar à imagem do Estado assim redefinida uma função de unificação nacional e de reforço de frágeis identidades nacionais. É como se o Leviatã e a metáfora antropomórfica deixassem de ser ficção, reconhecendo o Estado como única fonte de direito (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Enquadrando-se nesta corrente de pensamento, Bluntschli (1881, p. 436-437) elencou os cinco elementos que compõem a soberania: primeiramente, a independência de qualquer outro Estado, uma independência sempre relativa; em segundo lugar, a "dignidade pública suprema", ou, utilizando o termo romano, *la majesté*; a plenitude do poder público, em oposição aos poderes particulares; a mais elevada potência dentro do Estado; e a unidade como condição necessária de uma boa organização. Este autor afirma, ainda, que não é lógico que a soberania seja considerada a fonte do Estado e da ordem jurídica e que o soberano esteja acima do Estado; a soberania é um conceito de direito público que supõe o Estado, não é nem exterior nem superior[307].

---

comunista que domine a polícia ou um grupo de pressão de qualquer espécie podem ser bem mais fortes do que o conjunto do povo e mais capazes de fazer prevalecer a sua vontade. Quando começamos a examinar de perto as suas implicações, a soberania popular não constitui sequer um ideal democrático genuíno. O povo só pode actuar através de uma maioria, e uma maioria só raras vezes é, e aliás nunca deveria ser, toda poderosa. Nenhum democrata fiel aos seus princípios pode acreditar que deva haver no Estado um repositório de poder absoluto. Afirmar que tal poder existe no povo será negar que as minorias ou os indivíduos tenham outros direitos que não os concedidos pela maioria. Isto é totalitarismo, pois autocracia é sempre autocracia, seja quem for o autocrata" (BRIERLY, 1963, p. 13-15).

[307] Pode-se conferir o original: « *La souveraineté implique:*

1 - l'Indépendance (Unabhängigkeit) de tout autre État. Celle-ci n'est d'ailleurs jamais que relative. Le droit des gens et l'ordre juridique commun qu'il impose aux États, sont aussi peu en contradiction avec leur souveraineté que la constitution qui règle à l'intérieure l'exercice des pouvoirs publics. Aussi les États particuliers d'un État composé peuvent-ils être réputés souverains, quoiqu'ils soient dépendants de celui-ci sous certains rapports essentiels, la politique étrangère et la guerre par exemple.

2 - La dignité publique suprême ou, pour nous servir de l'antique expression romaine, la majesté.

3 - La plénitude de la puissance publique (Statsmacht), par opposition aux pouvoirs particuliers. La souveraineté n'est pas simplement la somme de droits isolés, mais un droit général, notion concentrée comme celle de la propriété dans le droit privé.

Esta versão da teoria da soberania colocando o próprio Estado como pessoa jurídica, deixando de situar o poder absoluto numa pessoa ou num determinado órgão dentro do Estado, representa a alteração das realidades políticas do século XIX[308]. Isso fez o Direito Internacional confrontar-se com uma dificuldade insolúvel: se a soberania é um poder absoluto e se os Estados são soberanos neste sentido, não é possível a sujeição dos Estados ao direito (BRIERLY, 1963, p. 15).

6.1.3. A soberania limitada pelo Direito

O desenvolvimento histórico do Estado de Direito como ordenamento em que todos os poderes estão submetidos à lei equivale ao fim da soberania como *potestas legibus soluta* (poder livre da obediência às leis) e *superiorem non recognoscens*, segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 32-33). Já no século XX, aperfeiçoou-se o modelo de Estado de Direito com o Estado Constitucional de Direito – com a subordinação do legislativo à constituição e aos direitos fundamentais nela estabelecidos – e deixou de existir qualquer poder que não esteja subordinado ao direito. Em outras palavras, houve uma abstração, formalização e despersonalização do Estado, na medida em que a soberania ficou "prisioneira" do ordenamento jurídico.

---

4 - et la puissance la plus élevée dans l'État. Ainsi, elle ne connaît pas de pouvoir qui lui soit surordonné dans l'organisme politique. Les grands seigneurs français cessèrent d'être souverains lorsqu'ils furent contraints de se soumettre, sous les rapports essentiels, au roi, leur suzerain. Depuis le XIVe siècle, les princes électeurs d'Allemagne purent se dire souverains, car ils exerçaient, dans leurs domaines, le pouvoir suprême comme un droit propre.

5 - L 'unité, condition nécessaire de tout bon organisme. La division de la souveraineté paralyse et dissout; elle est incompatible avec la santé de l'État. [...] Il est illogique de dire que la souveraineté est la source de 'État et de l'odre juridique, et qu'ainsi le souverain est au-dessus de l'État. La souveraineté, notion de droit public, suppose l'État; elle n'est donc ni en dehors ni supérieure » (BLUNTSCHLI, 1881, p. 436-437).

[308] Mas no final do século XIX havia também crítica à atribuição da soberania ao povo e defesa da monarquia constitucional, como se observa no prefácio do clássico *Théorie générale de l'État*, de M. Bluntschli: *« La puissance publique, considérée dans sa majesté et sa force suprêmes, s'appelle la souveraineté. A qui appartient-elle? A la nation organisée, à l'ensemble avec sa tête et ses membres, à la personne même de l'État. C'est l'État, comme personne morale, qui a l'indépendance, la pleine puissance, la suprême autorité, l'unité; de là l'expression de souveraineté de l'État. Il faut donc rejeter les théories qui attribuent la souveraineté 'au peuple', ou à la foule non organisée; ou encore, à la majorité des citoyens distingués des gouvernants, en dehors des organes constitutionnels. La nation est souveraine, c'est vrai; mais c'est comme organisme parfait, non comme foule désordonnée, comme majorité arbitraire et de rencontre. Même dans le droit public démocratique, les majorités n'ont nullement le droit de renverser, comme il leur plaît, le gouvernement et la constitution. [...] L'aristocratique Angleterre gouverne avec calme et grandeur 200 millions de sujets épars sur le monde entier, le sixième de l'humanité! On peut affirmer qu'une démocratie ne garderait pas cet empire pendant vingt ans »* (BLUNTSCHLI, 1881, p. XXI, XXV).

Assim, revelou-se a terceira aporia do conceito de soberania, segundo Ferrajoli (2002, p. 36-40), enquanto a soberania interna foi progressivamente limitada, ao longo da história, pelo Estado de direito e pela democracia liberal; a soberania externa fez o percurso oposto tornando-se mais absoluta, desenfreada e ilimitada. Em termos hobbesianos, quanto mais o Estado de natureza é superado internamente, mais é reproduzido e desenvolvido externamente. Para o autor, contudo, o século XX também assistiu o "fim da soberania" no plano normativo, já que externamente a soberania subordinou-se a duas normas fundamentais: a imposição e a tutela dos direitos humanos. A Carta da ONU seria responsável pelo fim do velho paradigma de Westfália e equivaleria a um verdadeiro contrato da sociedade internacional. A soberania, com suas facetas (interna e externa), estaria em crise:

> No plano da teoria do direito, a soberania revelou-se um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise começa tanto na dimensão interna quanto na externa no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania – logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si (FERRAJOLI, 2002, p. 44).

Para Norberto Bobbio (2009, p. 1184), a contraposição inicial entre os que definiam o direito em termos de Estado soberano, criador da lei, e os que definiam a soberania (o "supremo poder") em termos de direito, foi sendo resolvida mediante a integração de direito e Estado no ordenamento jurídico. Seria até possível evocar uma soberania do direito se não se tratasse de uma contradição entre termos (ou seja, de uma aporia):

> Este processo de formalização e abstração, objetivando a despersonalização do poder, acaba por esconder quem, de fato, manda, em ultima instância, na sociedade política: este fato explica a reação do pensamento político dos séculos XIX e XX contra tais abstrações, na tentativa de encontrar onde verdadeiramente se situa o poder, aquele poder ultimo de decisão que, no momento em que tomou consciência de si, se definiu soberano. A construção do Estado de Direito parece ter amarrado e neutralizado este poder, como tentativa de exorcizar seu próprio pecado original. A soberania, porém, não desapareceu: em épocas normais e tranqüilas não é percebida, porque adormecida; em situações excepcionais, em casos limites, ela volta com toda a sua força (BOBBIO, 2009, p. 1184).

Portanto, parece que a referência à soberania perde o sentido diante da jurisdicização do Estado ou da progressiva limitação dos seus poderes, já que a soberania é justamente o poder constituinte, criador do ordenamento. No entanto, mesmo adormecido, esse poder soberano ressurge quando é quebrada a unidade e a coesão social, quando há ruptura do ordenamento jurídico e quando se dá o começo de uma nova organização civil, pois a

soberania se manifesta hoje justamente como o verdadeiro poder último, supremo e originário (BOBBIO, 2009, p. 1185).

Norberto Bobbio afirma que o século XX é o século do eclipse da soberania, tanto teórica quanto praticamente. Teoricamente, o conceito de soberania encontra óbice com a prevalência das teorias constitucionalistas e, na prática, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder e único protagonista no cenário internacional. Isso se deve ao caráter mais pluralista das sociedades democráticas e à interdependência entre os Estados no novo cenário das relações internacionais. Vale citar:

> A plenitude do poder estatal se encontra em seu ocaso; trata-se de um fenômeno que não pode ser ignorado. Com isso, porém, não desaparece o poder, desaparece apenas uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de soberania. A grandeza histórica deste conceito consiste em ter dado uma síntese entre poder e direito, entre ser e dever ser, síntese sempre problemática e sempre possível, cujo objetivo era o de identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo, e o de buscar uma racionalização, através do direito, deste poder último, eliminando a força da sociedade política. Estando este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas "autoridades" que estão surgindo (BOBBIO, 2009, p. 1187-1188).

Antonio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 1043-1045) explica o mesmo processo, mas sob o prisma do Direito Internacional. O século XX, segundo o autor, viu a necessidade de reconstrução do Direito Internacional, afastando-o da ideia de soberania. Já nos anos 50, o voluntarismo dos Estados era insuficiente para resolver o problema dos fundamentos do Direito Internacional, pois este só poderia se basear em uma ideia de justiça objetiva:

> No propósito da construção de uma comunidade internacional minimamente organizada, as atenções passaram a voltar-se às necessidades da ordem pública internacional, conducentes inclusive ao gradual surgimento de novas subjetividades [...]. Tornou-se claro que o dogma da soberania, originalmente construído no âmbito do direito público interno (constituindo a expressão de um poder doméstico), tomando o Estado *in abstracto* e não em suas relações com os demais Estados (juridicamente iguais) e outros sujeitos do Direito Internacional, era inteiramente inadequado ao plano das relações internacionais. O surgimento das organizações internacionais, e os imperativos da coexistência pacífica na nova era nuclear, evidenciaram a necessidade de afastar qualquer pretensão de supremacia sob o pretexto do exercício de poderes soberanos (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1046). [...] Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, e em que se afigurava esgotado e superado o modelo westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz

> de explicar o processo de formação das normas do Direito Internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1077).

6.2. As concepções em voga: crise da soberania, globalização e Estado-mínimo

A noção de soberania sobreviveu, ao menos formalmente, durante quatro séculos de Estado moderno, apesar das grandes modificações ocorridas nesta forma de organização social. Mas já faz algum tempo que deixou de ser "venerada" (AKEHURST, 1985, p. 20).

Em 1984 (portanto, antes da globalização), Antonio Celso Alves Pereira (p. 208) já concluiu que "a velha doutrina da soberania nacional, ponto de partida de todas as construções intelectuais, que projetariam as primeiras teorias e as bases do Direito Internacional clássico, teve acelerado processo de limitação a que vinha sendo submetida, em razão das transformações radicais da atualidade", isso no contexto da emergência das negociações para controle da proliferação de armas nucleares.

Na atualidade são correntes as afirmações de que a soberania estatal encontra-se em crise e está sendo relativizada, em grande parte em razão do processo de globalização econômica e também em função do advento da Carta da Organização das Nações Unidas e da imposição de proteção dos direitos humanos. Luigi Ferrajoli (2002, p. 39-40), por exemplo, acredita que a imposição da paz e o dever de proteção dos direitos humanos representam uma ordem jurídica supraestatal, equivalente a um contrato da sociedade internacional, derrubando o velho paradigma de Westfalia. Isso significa que, no plano da teoria do direito, a soberania teria se revelado uma categoria antijurídica ou um pseudoconceito, ou seja, uma negação do direito tanto na dimensão interna quanto externa do exercício da soberania estatal. "A soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania – logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si (FERRAJOLI, 2002, p. 44).

No plano político, social e econômico, a crise da soberania costuma ser identificada com o chamado processo de globalização que, embora não seja objeto do presente trabalho, merece esclarecimentos. Alessandra Marchioni (2009, p. 2-3), utilizando o termo

mundialização, explica que o fenômeno constitui ao mesmo tempo uma ferramenta discursiva e uma estratégia político-ideológica, manejadas por determinados agentes sociais, com propósito de produzir efeitos principalmente econômicos sobre outras coletividades. Com a mundialização uma nova divisão internacional do trabalho foi imposta pelas sociedades industrializadas às menos desenvolvidas, com o propósito de acumular e conservar a maior soma possível de capitais e os insumos das mais diversas naturezas.

6.2.1. A globalização como ideia

Segundo Henri Acselrad (2006, p. 14), a expressão "globalização" é frequentemente utilizada como uma noção-síntese, destituindo-a de seu componente espacial ou geográfico, de modo a empanar as relações de poder que a constitui. Trata-se de um cânone acadêmico reproduzido por uma elite internacional de economistas e analistas políticos, servindo para impor receitas. Isso significa uma reestruturação do cenário de referência dos processos sociais, descolando-o dos espaços tradicionais do exercício da política.

Aragon Érico Dasso Jr (2006, p. 41-42), intentando "desmistificar a globalização", explica que o termo passou a ser utilizado nos anos 80 nos âmbitos das escolas de administração de empresas dos EUA e impôs-se (apagando a expressão "mundialização", de origem francesa) por ser o inglês o veículo linguístico do capitalismo. A expressão globalização, utilizando os conceitos de Pierre Bourdieu, tem dois sentidos: um descritivo que designa uma unificação do campo econômico mundial e outro sentido normativo que designa um programa político, com a intenção de unificar o campo econômico, suprimindo todos os limites a esta unificação, normalmente ligados ao Estado-nação. Portanto, a globalização não é um resultado inevitável das atividades econômicas, mas tem a ver com a aplicação de regras para implementação de uma política consciente e deliberada. Não se pode afirmar que a globalização é um processo natural e inevitável, ou seja, *obra de ninguém*, pois esta visão oculta os seus beneficiários.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 49-51) afirma que a ideia de que a globalização é um fenômeno linear, monolítico e inequívoco é falsa e, aliás, politicamente intencional. Primeiramente, porque fortalece a falácia do determinismo, ou seja, denota que a globalização é um processo espontâneo, automático, inelutável e irreversível. Segundo, porque dando-se um caráter não político à globalização, corrobora-se com a falácia do desaparecimento do Sul

e das hierarquias do sistema mundial, mascarando-se as discrepâncias entre centro, periferia e semi-periferia do sistema mundial. Contudo, os processos de inclusão e exclusão continuam a atingir espaços geograficamente determinados (como um continente inteiro, por exemplo, a África) e a dívida externa continua a ser contabilizada e cobrada em termos de países e é por ela que os países pobres se tornaram os contribuintes líquidos para a riqueza dos países ricos. Em outras palavras:

> "A falácia consiste em transformar as causas da globalização em efeitos da globalização. A globalização resulta, de fato, de um conjunto de decisões políticas identificadas no tempo e na autoria. O consenso de Washington é uma decisão política dos Estados centrais como são políticas as decisões dos Estados que o adotaram com mais ou menos autonomia, com mais ou menos seletividade. Não podemos esquecer que, em grande medida, e sobretudo ao nível econômico e político, a globalização hegemônica é um produto de decisões de Estados nacionais" (SANTOS, 2002, p. 50).

6.2.2. O significado da globalização no campo econômico

Especificamente no plano econômico, parece haver um consenso a respeito da internacionalização do comércio, da atuação global das empresas e do trânsito livre de capitais como sendo as principais características da globalização. Se a economia pode ou não ser de fato globalizada, há controvérsias. Paul Hirst e Grahame Thompson afirmam que a ideia de uma economia globalizada é um mito, considerando que há precedentes para a atual forma de economia e que não houve realmente o surgimento de um novo sistema internacional[309]. Segundo esses autores, as interações entre economia nacional e internacional são "do tipo bola de bilhar" e não totalmente interdependentes. Os agentes econômicos ainda

[309] Para provar que não há uma mudança estrutural que caracterize um novo sistema econômico, o da globalização, Hirst e Thompson descrevem uma economia internacional e uma globalizada. Na economia internacional as principais entidades são economias nacionais, as interações são do tipo bola de bilhar (não penetram diretamente a economia interna) os campos da economia interna e internacional permanecem separados – ex. dominação britânica com o padrão ouro até 1914, crescimento de amadurecimento de corporações multinacionais (preservando uma nítida base de origem), com a integração entre mercados mundiais (por cabos submarinos em 1870). Já na economia globalizada o sistema econômico internacional torna-se autônomo e socialmente sem raízes, a produção e o mercado são realmente globais, interdependência sistêmica, o nível nacional é permeado e transformado pelo internacional. Problemática de governabilidade, transformação das companhias multinacionais em transnacionais como principais atores na economia global (o seu capital seria genuinamente livre, administração internacionalizada, com possibilidade de localizar-se e relocalizar-se em qualquer lugar do mundo para obter retornos mais seguros ou mais altos) não haveria qualquer política para controlar ou restringir essas corporações (Na realidade o que existem são empresas nacionais com campos de atuação internacionais). Em uma economia globalizada, o mercado de trabalho seria mundial, aberto, os trabalhadores teriam mobilidade. Não existe um novo sistema, pois continua a *pax americana*, haja vista o fato de os EUA continuarem como o único avalista possível do sistema de comércio mundial, a maior economia nacional e a maior demanda.

têm raízes, as empresas genuinamente transnacionais são raras, pois a maior parte das empresas tem uma forte base nacional. Além disso, a mobilidade do capital não está produzindo uma transferência de investimentos e empregos para o terceiro mundo, pois o investimento – assim como os fluxos de comércio - é concentrado nas economias industriais avançadas (na Tríade: Europa, Japão e América do Norte). Embora não neguem que houve internacionalização dos principais mercados financeiros, da tecnologia e de alguns setores da indústria e de serviços, Hirst e Thompson afirmam que, pela forma como tem ocorrido essa internacionalização, ela está longe de dissolver as economias nacionais nos países avançados ou evitar o desenvolvimento de novas formas de governabilidade econômica nos níveis nacional e internacional.

Esses autores localizam o surgimento do mito da globalização na década de 70 do século passado, com o colapso do sistema de *Bretton Woods* (arquitetado ao final da segunda guerra mundial), a crise do petróleo, a crise da inflação nos países avançados, e, em especial, com os esforços das instituições financeiras e industriais para compensar a incerteza dos mercados domésticos. Para isso, além de buscar canais mais amplos para investimentos e mercados adicionais (como os grandes empréstimos para o terceiro mundo, por exemplo), os agentes econômicos promoveram a noção de que deveria haver um abandono geral dos controles de câmbio e desregulamentação dos mercados.

Se, por um lado, o consenso difundido nas décadas de 50 e 60 era de que o futuro pertencia ao capitalismo sem perdedores, administrado por governos nacionais – perspectiva influenciada pelo keynesianismo do pós-guerra, com os “trinta anos gloriosos” na Europa - as décadas de 80 e 90, por outro lado, são dominadas por um consenso baseado em suposições contrárias, de que os mercados globais são incontroláveis e de que o único caminho para evitar tornar-se um perdedor (como nação, empresa ou indivíduo) é ser o mais competitivo possível. Trata-se da resposta às expectativas frustradas do período anterior, que, de forma exagerada, deu origem ao mito da globalização. A atual economia globalizada é nada mais do que uma complexa economia internacionalizada e, portanto, um mito.

Boaventura de Souza Santos (2002, p. 29-30) localiza no início da década de oitenta, com a difusão da ideia de uma nova divisão internacional do trabalho pela atuação das empresas multinacionais, o surgimento do que se costumou chamar de *nova economia mundial*. São características desse novo sistema a dominação do sistema financeiro, a flexibilidade dos processos de produção – favorecida pelos baixos custos de transporte e revolução das tecnologias de informação e de comunicação – a desregulamentação das economias nacionais com a sua contrapartida, a preponderância das agências financeiras

multilaterais. O autor menciona ainda a emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Européia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África.

Segundo David Harvey, os anos 1978-1980 constituem um ponto de ruptura da história econômica e social do mundo, mas a elaboração de uma nova ortodoxia só se deu, de fato, nos anos 1990, com o Consenso de Washington.

Como explica Aragon Dasso Jr (2006, p. 43) não se está nem perto de uma economia global integrada, mas há a livre circulação de capitais. Os salários, os preços e as condições de trabalho são muito diferentes em todas as partes do mundo, logo, afirmar que a economia está globalizada significaria negar o fato de que há milhões de pessoas na condição de imigrantes ilegais provenientes do terceiro mundo buscando melhores condições de vida em países desenvolvidos, por exemplo.

Para além da discussão técnico-econômica a respeito de existir uma economia realmente globalizada ou internacionalizada, o processo de globalização (ou de internacionalização) das economias tem seus correspondentes efeitos (ou causas, pode-se discutir, como se verá adiante) no plano das economias nacionais. Nestas, exigiu-se a abertura ao mercado internacional[310]; a priorização da economia de exportação; a redução da inflação, da dívida pública e controle da balança de pagamentos (como norteadores das políticas fiscais e monetárias); proteção de direitos de propriedade; as privatizações[311]; mobilidade de capitais,

---

[310] Não se pode falar em livre comércio: "O processo de globalização não é sinônimo do livre comércio. É evidente que a revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais é uma obrigação que cabe apenas aos países subdesenvolvidos. Portanto, as únicas economias que foram abertas foram as suas. As economias dos países desenvolvidos continuam protegidas. Acreditar no livre comércio mundial é desconsiderar o propósito para o qual foi desenhado o sistema capitalista" (DASSO JR, 2006, p. 44).

[311] É um dos principais aspectos das medidas globalizantes, segundo Aragon Érico Dasso Jr (2006, p. 43-44): "A desconcentração do aparelho estatal (especialmente com a privatização de empresas públicas) é uma das características marcantes da globalização, particularmente nos países subdesenvolvidos. Porém, os motivos que fizeram com que empresas públicas tenham sido privatizadas em países desenvolvidos e em países subdesenvolvidos são diversos. Nos países desenvolvidos a justificativa estava ancorada na redução do Estado de bem-estar social, enquanto que nos países subdesenvolvidos (em especial na América Latina) o motivo foi a crise fiscal. Ademais, nem mesmo o ultraliberal mais radical conseguiria demonstrar que o Brasil tem ou teve algum dia um Estado de bem-estar social. É um desafio que supera até mesmo a retórica ultraliberal. Se o Brasil possuísse serviços públicos universais como explicar que seja um país campeão em desigualdades sociais?". Também para David Harvey (2008, p. 172-173) a privatização e a mercadificação de tudo são características essenciais dessa nova fase do capitalismo: "A corporitização, a mercadificação e a privatização de ativos até então públicos têm sido uma marca registrada do projeto neoliberal. Seu objetivo primordial tem sido abrir à acumulação do capital novos campos até então considerados fora do alcance do cálculo de lucratividade. Todo

investimentos e lucros; regulação estatal da economia mínima; e, por fim, a redução das políticas sociais transformando-as em meras medidas compensatórias.

> Em suma, a globalização econômica é sustentada pelo consenso econômico neoliberal cujas três principais inovações institucionais são: restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações susceptíveis de serem objeto de propriedade intelectual; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio. Dado o caráter geral deste consenso, as receitas em que ele se traduziu foram aplicadas, ora com extremo rigor (o que designo por modo da jaula de ferro), ora com alguma flexibilidade (o modo da jaula de borracha) (SANTOS, 2002, p. 31).

A globalização atual parece fazer com que a competência para regulação da economia tenha passado do plano nacional para o internacional, contudo, foram os Estados que voluntariamente (ou soberanamente) decidiram pela adoção das medidas recomendadas internacionalmente:

> No que respeita aos países periféricos e semiperiféricos, as políticas de "ajustamento estrutural" e de "estabilização macroeconômica"- impostas como condição para a renegociação da dívida externa – cobrem um enorme campo de intervenção econômica, provocando enorme turbulência no contrato social, nos quadros legais e nas molduras institucionais: a liberalização dos mercados; a privatização das indústrias e serviços; a desativação das agências regulatórias e de licenciamento; a desregulação do mercado de trabalho e a "flexibilização" da relação social; a redução e a privatização, pelo menos parcial, dos serviços de bem estar social (privatização dos sistemas de pensões, partilha dos custos dos serviços sociais por parte dos utentes, critérios mais restritos de elegibilidade para prestações de assistência social, expansão do chamado terceiro setor, o setor privado não lucrativo, criação de mercados no interior do próprio Estado, como, por exemplo, a competição mercantil entre hospitais públicos); uma menor preocupação com temas ambientais; as reformas educacionais dirigidas para a formação profissional mais do que a para a construção da cidadania; etc. Todas essas exigências do "Consenso de Washington" exigem mudanças legais e institucionais massivas. Dado que estas mudanças têm lugar no fim de um período mais ou menos longo de intervenção estatal na vida econômica e social (não obstante as diferenças consideráveis no interior do sistema mundial), o retraimento do Estado não pode ser obtido senão através da forte intervenção estatal. O Estado tem de intervir para deixar de intervir, ou seja, tem de regular a sua própria desregulação (SANTOS, 2002, p. 38).

Segundo Oscar Correas (1996, p. 14-15), a globalização é ela própria resultado de uma política neoliberal, é um aporte no imaginário coletivo para dar a ideia de sua inevitabilidade,

---

tipo de utilidade pública (água, telecomunicações, transporte), de benefícios sociais (habitação social, educação, assistência à saúde, pensões), de instituições públicas (universidades, laboratórios de pesquisa, presidios) e mesmo operações de guerra (como ilustra o 'exército' de contratantes privados que operam ao lado das forças armadas no Iraque) foi privatizado em alguma medida por todo o mundo capitalista e para além dele".

como se fosse uma força natural e não decidida por algumas "mentes poderosas". A intenção é fazer com que os tratados e leis frutos dessa política econômica apareçam como expressões de direito natural. Proclama-se, segundo o autor, a ideologia do cansaço, como se a globalização fosse um dado da história, algo inelutável e não a decisão de alguns poucos homens de negócios. Assim, o maior êxito do recente processo chamado de globalização parece ser a sua capacidade de fazer-se crer como um processo natural, histórico e inevitável, em outras palavras, como um mito. Para Correas, uma sociedade educada na falta de solidariedade, na mentira e na morte parece um bom lugar para que os processos do capital desenvolvam com êxito uma ideologia que é apenas medíocre. O sucesso do neoliberalismo, como uma das facetas do processo de globalização, é ter conquistado adeptos entre suas próprias vítimas; não é por outra razão que aqueles que desenvolvem as políticas mais agressivas contra as populações pobres da América é que mais recebem os votos dessa população prejudicada[312].

6.2.3. O significado da globalização no campo político

Em termos de política, o fenômeno da globalização é composto por três consensos, que formam a base de um consenso maior, o Consenso de Washington. São eles: o consenso do Estado fraco (ideia liberal de que o Estado é o oposto de sociedade civil), o consenso da

[312] De acordo com David Harvey, o neoliberalismo se apoiou num aparato conceitual que é sedutor. "Nenhum modo de pensamento se torna dominante sem propor um aparato conceitual que mobilize nossas sensações e nossos instintos, nossos valores e nossos desejos, assim como as possibilidades inerentes ao mundo social que habitamos. Se bem-sucedido, esse aparato conceitual se incorpora a tal ponto ao senso comum que passa a ser tido por certo e livre de questionamento. As figuras fundadoras do pensamento neoliberal consideravam fundamentais os ideais políticos da dignidade humana e da liberdade individual, tornando-os como 'os valores centrais da civilização'. Assim agindo, fizeram uma sábia escolha, porque esses certamente são ideais bem convincentes e sedutores. Esses valores, que sustentavam essas figuras, estavam ameaçados não somente pelo fascismo, pelas ditaduras e pelo comunismo, mas também por todas as formas de intervenção do Estado que substituíssem os julgamentos de indivíduos dotados de livre escolha por juízos coletivos" (HARVEY, 2008, p. 15). Sem esta ideia, o processo político neoliberal na prática não teria funcionado. Segundo este mesmo autor, pode-se "interpretar a neoliberalização seja como um projeto *utópico* de realizar um plano teórico de reorganização do capitalismo internacional ou como um projeto político de restabelecimento das condições da acumulação do capital e de restauração do poder das elites econômicas". Harvey entende que o segundo desses objetivos predominou, pois "o utopismo teórico de argumento neoliberal, em conclusão, funcionou primordialmente como um sistema de justificação e de legitimação do que quer que tenha sido necessário fazer para alcançar esse fim. Os dados sugerem além disso que, quando os princípios neoliberais conflitam com a necessidade de restaurar ou sustentar o poder da elite, esses princípios são ou abandonados ou tão distorcidos que se tornam irreconhecíveis. Isso de modo algum nega o poder que têm as ideias de agir como força de mudança histórico-geográfica. Mas de fato indica uma tensão criativa entre o poder das ideais neoliberais e as práticas reais de neoliberalização que têm transformado nas três últimas décadas o funcionamento do capitalismo global (HARVEY, 2008, p. 27-28).

democracia liberal (que dá forma política ao Estado fraco, fazendo a conversão entre liberdade política e liberdade econômica, e que torna o bem comum no resultado de ações de indivíduos utilitaristas envolvidos em trocas competitivas com o mínimo de interferência estatal) e o consenso sobre o primado do direito e do sistema judicial (para garantia da propriedade privada, dos investimentos e da segurança na resolução de conflitos).

O mais forte desses consensos é o Estado-fraco, com a derrocada da soberania estatal. O Estado teria se enfraquecido a tal ponto, que teria se tornado incapaz de reger a ordem econômica e social, agora policentrista, complexa e com estruturas de poder fragmentadas. Em outras palavras, a globalização teria quebrantado definitivamente o conceito clássico de soberania e teria deixado o Estado fraco diante do poder das instituições financeiras internacionais e das corporações transnacionais. Não só no seu conteúdo a soberania teria sofrido alteração, mas também na sua titularidade pois com a globalização ela não mais pertence à vontade popular ou ao Estado, mas sim aos detentores do capital ou ao mercado – uma nebulosa controladora de todas as relações econômicas.

O Estado neoliberal, de acordo com David Harvey (2008, p. 75), é uma forma política instável e contraditória, pois não costuma obedecer aos modelos da teoria neoliberal (para a qual o Estado e suas instituições tendem a ser irrelevantes). Pelo contrário, o Estado precisa criar um clima favorável para os negócios, produzir legislação e estruturas regulatórias que privilegiem interesses específicos, e tem que possuir um braço coercitivo forte favorável, inclusive para coibir a desordem social. Por exemplo, ainda que os Estados facilitem a difusão da influência das instituições financeiras, por meio da desregulamentação das atividades deste setor, eles continuam tendo que ser fortes o suficiente para garantir a integridade e a solvência destas instituições. O Estado não pode tolerar fracassos financeiros de grande monta, ainda que tenham resultado de decisões das instituições. Neste caso, o Estado tem que ser forte para "entrar em ação" (HARVEY, 2008, p. 82-89).

Neste contexto, Capella (2002, p. 254-262) afirma que a compreensão dos fenômenos de poder não pode restringir-se à concepção causal e unívoca de poder político protagonizado por um único agente. Desde o nascimento da modernidade, o poder político não pode mais ser descrito em termos de soberania e legitimidade simples, pois o poder contemporâneo estaria fundado na inter-relação entre o que denomina de "soberano privado supraestatal difuso", constituído pelo poder exercido pelas companhias transnacionais e dos conglomerados financeiros, determinantes de políticas econômicas, trabalhistas, fiscais, sanitárias e ambientais, e os Estados ou associações de Estados "permeáveis, abertos ou porosos", aos quais caberia a execução dessas políticas.

Assim, segundo este autor, a atual configuração das relações de poder tornaria falsa a ideia de soberania estatal, embora não se possa falar de desaparecimento do Estado, visto que a base territorial do assentamento do poder continua (CAPELLA, 2002, p. 255). Neste ponto, de fato, os Estados nunca deixaram de ser essenciais: permanecem como os responsáveis pelo território e pela população, na medida em que são os controladores das suas fronteiras e dos movimentos de pessoas que as cruzam, podendo definir quem é ou não é cidadão. Em outras palavras, os Estados continuam fortemente regulatórios no que diz respeito à fixação espacial da força de trabalho e às restrições à imigração para as economias mais desenvolvidas (ACSELRAD, 2006, p. 15).

O impacto das escolhas políticas que decidiram pela globalização representa justamente um esvaziamento da política como espaço público de debate e exercício da cidadania. Houve difusão de uma crença na racionalidade dos ajustes de mercado e das negociações realizadas em espaços decisórios segmentados, por meio de procedimentos técnicos de escala local e fragmentária (ACSELRAD, 2006, p. 16).

A governança, termo com origem na literatura do Banco Mundial, busca legitimar a ação de organismos internacionais por meio de um discurso de separação das funções propriamente políticas, que poderiam ser mantidas na órbita dos governos nacionais, daquelas ditas de governança, estas sim, assumidas por organismos internacionais, com um caráter estritamente técnico-gerencial de "boa gestão dos recursos de um país". A governança significa a aparente *despolitização* de algumas funções de governo, instituindo na verdade mecanismos de decisão fora dos controles democráticos até hoje constituídos (ACSELRAD, 2006, p. 18-21).

Segundo Henri Acselrad, Foucault chamaria esse fenômeno de *desgovernamentalização* do Estado, considerando que a sua noção de governo é a de condução linear a um determinado fim. O Estado pré-moderno, por exemplo, não governava, ele apenas assegurava a soberania sobre o território. Com o tempo, a preocupação com o governo de homens e coisas em direção à produção de riquezas produziu um saber estratégico de Estado, que é a economia política. Mas com a globalização, esse governo está se descaracterizando na medida em que são externalizadas algumas das suas práticas: os temas antes políticos passaram para a esfera privada de atores não estatais. Em suma:

> Quer-se fazer crer que as reformas de mercado necessariamente gerarão crescimento e prosperidade, assim como se difunde a ideia de que existe um receituário administrativo autônomo, desligado do turbulento mundo da política, da estrutura e da alçada de Estado, e que o mesmo é indispensável para dar eficácia aos propósitos anunciados do referido ajuste. Acena-se com o velho e irrealizado sonho liberal da separação entre os mercados e os

> espaços da política. Para concretizá-lo os fluxos internacionais de financiamento ao desenvolvimento são crescentemente vinculados a reformas institucionais que se mostram hoje nucleadas pela temática da boa governança. A gestão da governabilidade é identificada, assim, à capacidade de reduzir as incertezas para os capitais mundializados, de eliminar as margens de possibilidade de que regras e instituições econômicas venham a ser alteradas (ACSELRAD, 2006, p. 20)[313].

Ainda no âmbito da política, Dasso Jr (2006, p. 47-48) explica que a globalização deu lugar para o surgimento do Estado ultraliberal[314] que não significa, de forma alguma, o fim do Estado-nação. Neste Estado ultraliberal novas formas de dominação apareceram, por exemplo, o *management*, que deu sustentação para a reforma regulatória gerencialista do Estado brasileiro. Este Estado ultraliberal representa, em síntese, o fim do Estado de bem-estar social:

> A partir dos anos 1980, a ofensiva de diversos setores políticos e empresariais objetiva voltar atrás, nas condições de funcionamento do Estado de bem-estar social, além de inovar nas formas e modalidades da produção e da propriedade privada. Trata-se de suprimir vantagens já conquistadas, a par de aumentar os lucros e a produtividade do sistema. Inúmeros conceitos, criados nesse período, ilustram que muitos parâmetros fundamentais do sistema estão mudando. Pode-se citar, por exemplo, conceitos como os de: desregulamentação; deslocalização; precariedade; exclusão; globalização ou mundialização; Estado-mínimo; governança; resiliência; subsidiariedade. O fato de voltar atrás caracteriza atitudes políticas de reação e enseja o uso do epíteto reacionário, ao pé da letra e de forma metafórica, para qualificar tendências majoritárias do sistema ocidental como um todo. É nesse sentido que o neologismo ultraliberal está sendo usado nesta obra: refere-se a uma vontade política, a uma ideologia e a práticas de governo que promovem o retrocesso social e político, alma do novo sistema econômico que parece triunfar com a noção de globalização (CAUBET, 2004, p. 11).

O enfraquecimento do Estado de bem estar social significa um retrocesso em termos de conquistas sociais, mas não representa o fim do Estado-nação como categoria política. Pelo contrário, os Estados persistem: os fortes cada vez mais fortes e os fracos cada vez mais fracos.

---

[313] No entendimento deste autor, a globalização impõe como forma de preenchimento do vazio político deixado pela *desgovernamentalização* o exercício de uma cidadania local, imaginando-se a sociedade como um tecido sem fissuras. É como se fosse possível compensar a fragmentação social por meio da integração dos excluídos nas coletividades locais. Em outras palavras, um democracia de proximidade aparece como solução para a desagregação social. Esta solução é ambígua considerando que as causas mais profundas da exclusão não são encontradas no nível local, mas são geradas pela desigualdade social e por processos supranacionais. Dessa forma, os direitos sociais são submetidos aos imperativos de uma racionalidade competitiva que "termina por fazer do local uma expressão a mais da razão globalitária". Foi assim que a força econômica das corporações transformou-se em força política (ACSELRAD, 2006, p. 25).

[314] O termo "Estado ultraliberal é preferível ao 'Estado neoliberal'. Apesar do primeiro ser mais disseminado, não é apropriado considerando que, "historicamente, o liberalismo como projeto de dominação nunca cessou. Portanto, não há nenhuma (ou quase nenhuma) novidade substancial nos liberais contemporâneos que justifique o prefixo *neo"*(DASSO JR, 2006, p. 48).

Portanto, não se pode adotar acriticamente a ideia de que a globalização, como triunfo do capitalismo liberal, mitigou a soberania estatal e criou a categoria de Estados menos soberanos do que outros. A desigualdade fática, econômica, militar e decorrente da extensão territorial sempre existiu. A realidade política contemporânea é tão assimétrica como era há 50 anos atrás. Se a teoria político-jurídica sobre a soberania não é adequada para explicar a realidade contemporânea (teria sido algum dia?) não é por causa do fenômeno da globalização, que contou, como visto, com uma grande dose de mitos e colaboração ativa de suas vítimas.

No plano internacional, a repetição da ideia de uma soberania mitigada tem propósitos, como explica Alberto Moniz Bandeira, no prefácio da obra de Imanuel Wallerstein (2007, p. 17-19):

> Em meio à globalização, as grandes potências tratam de redimensionar o papel do Estado e outra vez desenvolver no Direito Internacional um novo conceito de soberania, além de justificar o direito à ingerência, não mais com base nas fronteiras ideológicas, mas a pretexto de defender a democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos etc. A tese da soberania limitada se conjuga com a teoria do direito à ingerência, sustentada por alguns professores e políticos europeus e norte-americanos. O então Secretário-geral da ONU, Kofi Annan, defendeu, em 1999, a limitação da soberania em favor dos direitos humanos. E, em janeiro de 2003, o embaixador Richard Haass, diretor do *Policy Planning Staff*, do Departamento de Estado dos Estados Unidos, declarou que um dos mais significativos desenvolvimentos das décadas passadas foi a emergência de um consenso global (leia-se consenso entre os Estados Unidos e as grandes potências industriais da Europa) de que a soberania estatal *"is not a blank check"*. Conforme acentuou, "soberania não é absoluta, é condicional", e quando Estados violam os mínimos padrões da civilização, cometendo, permitindo ou ameaçando com atitudes intoleráveis seus próprio povo ou outras nações, "alguns dos privilégios da soberania são confiscados". Também Dominique de Villepin, em março de 2003, no Instituto de Estudos Estratégicos, em Londres, assinalou que a Guerra do Golfo abriu caminho à consolidação do *droit d'ingérence humanitaire*, que teria motivado as operações de paz da ONU na Somália, Haiti, Ruanda, Bósnia, Timor Leste e Serra Leoa. [...] Com a doutrina do direito à ingerência e, consequentemente, da soberania limitada, o que os Estados Unidos e certos países da União Européia – o centro do sistema capitalista mundial – tratam de derrogar, em nome de valores universais, que na realidade não existem, são os dois princípios essenciais em que se fundamenta a frágil estrutura do Direito Internacional desde a paz de Westphalia, em 1648: soberania nacional e igualdade legal das nações. O que pretendem é preservar seu domínio, tanto econômico, quanto político, por meios militares.

Sabe-se que a dominação depende também de legitimidade que é dada pela fabricação de consensos. A limitação da soberania, em prol dos direitos humanos, da internacionalização do capital ou da expansão da democracia liberal é um desses consensos.

6.3. Soberania e Direito: contradições e consagração

A evolução das sociedades políticas permitiu que um conceito, incialmente utilizado para justificar a concentração de poder, passasse a ser objeto de críticas, já que tanto no seu aspecto interno, quanto no externo, a soberania estaria ultrapassada. No aspecto interno, como visto e ilustrado pelas aporias de Luigi Ferrajoli, a soberania teria encontrado seus limites na formação do Estado de Direito. No aspecto externo, os argumentos de limitação da soberania estão baseados numa composição mais complexa de forças.

No entanto, não há como deixar de observar que a soberania nunca teve um mesmo significado ao longo da história. Há várias concepções sobre soberania, variando conforme o momento histórico em que foram formuladas e a relação de forças que buscavam justificar. A soberania já foi do rei, já foi da nação, já foi do Estado em si. No âmbito das relações internacionais tampouco se pode identificar um consenso sobre o conteúdo do conceito de soberania porque nunca se admitiu que todos os Estados fossem efetivamente soberanos, tão soberanos quanto as grandes potências.

O princípio da igualdade soberana e a sua consagração na Carta da Liga das Nações e, posteriormente, na Carta da ONU foi, neste aspecto, uma conquista – que não se deu sem muita luta. Imbuído deste espírito, Rui Barbosa defendeu veementemente o princípio de que todos os Estados deveriam receber igual tratamento na ordem jurídica internacional[315], na

[315] O cubano Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven (1939, p. 69) cita Rui Barbosa para explicar o princípio da igualdade dos Estados: *"Para resumir y destacar las conclusiones a que debe llegarse en cuanto al derecho de igualdad, basta repetir aquí dos afirmaciones que hizo el eminente delegado del Brasil Sr. Rui Barbosa en la segunda Conferencia de Paz reunida en El Haya en 1907. He aquí la primera de estas afirmaciones: 'Ningún Estado podría, aunque lo quisiera, renunciar a ese derecho, que afecta a la soberanía y, por lo tanto, a la independencia de los Estados en sus relaciones mutuas'. Es también expresiva y terminante la segunda: 'No se sirven los intereses de la paz al crear entre los Estados categorías de soberanía que humillan a unos en beneficio de otros, socavando las bases de la existencia de todos y proclamando, por extrãna antilogía, el predominio jurídico de la fuerza sobre el derecho'"*. Wagner Menezes explica o princípio da igualdade da seguinte forma: "O princípio da igualdade entre os Estados, é importante esclarecer, é um postulado normativo-jurídico, e encerra o pensamento de que, para o Direito Internacional, as normas devem ser cumpridas por todos os Estados, independentemente de sua dimensão geográfica, arsenal militar, poder econômico ou qualquer outro critério, servindo como um antídoto à ação hegemônica. Assim, ocorre também para a sociedade civil, as pessoas são diferentes, cultural, econômica e políticamente, mas, para a lei, não importa essa distinção: todos seus destinarários serão iguais, segundo os seus pressupostos. A igualdade é a regra geral no sentido de que é um postulado fluente, e o reconhecimento é uma exceção atributiva, isto é, devem ser especificadas objetivamente a extensão dessas diferentas. A consideração de desigualdade entre Estados no plano internacional deve estar amparada na legitimidade que vem expressa na aceitação jurídica dessa condição. No plano internacional, sabe-se que os Estados possuem características militares, culturais, históricas e políticas diversas, mas o Direito Internacional deve ser produzido e orientar essa relação dentro de um caráter isonômico de igualdade entre os Estados e, por decorrência, entre todos os povos do mundo"(MENEZES, 2007, p. 206).

Conferência de Haia de 1907. Assim, apesar das diferenças econômicas, de extensão geográfica e de poderio militar, o direito pode servir como um "antídoto à ação hegemônica" e a consideração da desigualdade entre os Estados só pode ser reconhecida se amparada na legitimidade da aceitação dos Estados dessa condição (MENEZES, 2007, p. 207).

As discrepâncias na acepção de soberania estatal estão presentes até hoje. A partir do final do século XX viu-se um ataque constante à soberania estatal na forma de receitas políticas que favoreceram a formação de um campo econômico mundializado, com o fim das fronteiras para os capitais, que passaram a circular livremente.

Pretende-se evidenciar que a mitigação ou limitação da soberania estatal não é um movimento particular do final do século XX, tampouco um fato social e econômico politicamente abúlico. E, neste contexto, o Direito Internacional e a definição dos seus conceitos mostram-se como objeto de acirrada disputa.

6.3.1. Exemplos de abordagem da soberania por parte da doutrina de Direito Internacional

No *Dictionnaire de Droit International* (1885, p. 223), Charles Calvo explica que o soberano é o ente abstrato no qual reside o poder soberano, a autoridade suprema, o príncipe, o magistrado ou o povo:

> o soberano é a pessoa a quem uma nação confia ou delega a autoridade suprema para comandar a sociedade civil, ordenar e dirigir o que cada membro deve fazer para contribuir para o objetivo comum da sociedade. Em outras palavras, o soberano reúne em sua pessoa o poder coletivo do Estado, cujo governo exerce simultaneamente de fato e de direito[316].

Quanto ao vocábulo soberania, Calvo (1885, p. 226) oferece a definição "autoridade suprema, exercício desta autoridade" e seis tipos de soberania: soberania absoluta, soberania limitada, soberania hereditária, soberania eletiva, soberania nacional ou soberania do povo e soberania de direito divino[317].

---

[316] No original: *« Le souverain est la personne à laquelle une nation confie ou délègue l'autorité suprême pour commander sur la société civile, ordonner et diriger ce que chaque membre particulier doit faire pour contribuer au but commun de cette société. En d'autres termes, le souverain réunit en sa personne le pouvoir collectif de l'Etat, dont il est le gouverneur à la fois de fait et de droit »* (CALVO, 1885, p. 223).

[317] Pode-se citar: *« Souveraineté absolue, qui n'est restreinte par aucun pacte, par aucune loi, que le prince peut exercer sans consulter les représentants de la nation. Souveraineté limitée, qui ne peut s'exercer que dans certaines bornes fixées par une constitution ou des statuts spéciaux ; elle est dite aussi constitutionnelle. Souveraineté héréditaire, qui vient et se transmet par droit d'hérédité. Souveraineté élective, qui se donne à l'élection, par les suffrages du peuple ou de ses représentants, ou d'un corps national. Qualité, autorité d'un*

Em outra oportunidade, Charles Calvo (1892, p. 86-87) definiu soberania como a "reunião de forças individuais que compõem um Estado"[318], o governo do Estado, como produto e ao mesmo tempo instrumento da soberania pode manter dois tipos de relações fundamentais: uma de direito público interno (aquelas que mantém com seus cidadãos ou súditos) e outras de Direito Internacional que açambarcam tudo que diz respeito às suas relações com outros Estados. A soberania da nação é justamente o poder que pertence à nação de deteminar sua maneira de ser, de formular seu direito, de constituir o Estado e governo conforme suas próprias ideias. Disso decorre o fato de que a principal característica da soberania, para Calvo, não é a independência em relação a outro Estado, mas a faculdade de constituir sua própria constituição sem a intervenção de outro Estado. A sutileza desta qualificação permite que o autor justifique diversas situações de modificação, restrição e sobredeterminação da soberania de um Estado, sem se considerar que ela está perdida completamente[319].

A partir deste conceito, Charles Calvo (1892, p. 88) enumera situações em que a relação de dependência de um Estado a outro não significa a negação da soberania do Estado dominado. "Não são incompatíveis com a soberania a obediência transitória de um Estado às ordens de um outro governo, ou a submissão eventual à influência exterior"[320]. Também não configuram negação da soberania o pagamento de um tributo de um Estado para outro; a união de Estados por meio de pacto; e a união de Estados pela mesma dinastia ou união pessoal (dando como exemplo a união do Estado livre do Congo ao rei da Bélgica em 1885).

---

prince. L'étendue de pays où un prince exerce l'autorité souveraine. Souveraineté nationale ou soverainеté du peuple, doctrine politique, d'après laquelle la souveraineté réside dans la nation ou le peuple, duquel tous les pouvoirs doivent émaner directement ou indirectement. Souveraineté de droit divin, doctrine qui fait découler tous les pouvoirs du souverain du fait qu'il est censé tenir de Dieu la puissance souveraine » (CALVO, 1885, p. 226).

[318] No original: *« La réunion des forces individuelles qui composent un Etat produit ce qu'on nomme sa souveraineté. C'est donc la nation tout entière qui est l'origine du pouvoir, dont la constitution de chaque peuple concentre l'action et l'exercice entre les mains d'une ou de plusieurs personnes »* (CALVO, 1892, p. 86)

[319] Conforme as palavras do próprio autor: : *« Le gouvernement d'un Etat, en tant que produit et instrument de la souveraineté du pays, peut entretenir deux sortes de relations fondamentales : les unes, de droit public interne, c'est-à-dire celles qu'il entretient au point de vue politique avec les citoyens ou sujets placés sous son action ; les autres, de droit public externe ou de droit international, qui embrassent tout ce qui concerne ses rapports avec les autres Etats. […] Le pouvoir qui appartient à toute nation de déterminer sa manière d'être, de formuler ses conditions de droit, en un mot de constituer l'Etat et le gouvernement selon l'idée qu'il poursuit, forme ce qu'on a désigné par les termes de* souveraineté de la nation*. Le caractère essentiel de la souveraineté d'un Etat ne repose pas sur son plus ou moins d'indépendance d'un autre Etat, mais bien sur la faculté qu'il a de se donner une constitution, sans l'intervention d'aucune nation étrangère. Cette souveraineté pourrait d'ailleurs se modifier, se déterminer en quelque sorte par des conventions et des traités, sans que pour cela on fût fondé à soutenir que cette souveraineté s'est perdue complètement »* (CALVO, 1892, p. 86-87).

[320] No original: *« On ne considère pas non plus comme incompatible avec la souveraineté d'un Etat l'obéissance transitoire qu'il doit aux ordres d'un autre gouvernement, ou l'influence extérieure à laquelle il peut éventuellement se soumettre »* (CALVO, 1892, p. 87).

Tampouco no caso de estabelecimento de um protetorado o Estado deixa de existir como membro da sociedade de nações.

Por outro lado, o autor considera que há supressão da soberania se há uma união real entre Estados (exemplificando com o império austríaco, que na época era composto pela Áustria e pela Hungria); ou uma incorporação, caso em que só subsiste a soberania do incorporador. Para este caso, Calvo dá o exemplo da incorporação do reino da Escócia pela Inglaterra. Também nos casos de formação de uma confederação, surge uma nova soberania, como a Confederação Germânica de 1815 (CALVO, 1892, p. 89).

Não se pode deixar de citar a categoria de "Estado meio soberano" enunciada por Charles Calvo (1892, p. 90). Aos Estados meio-soberanos ou semi-soberanos faltam alguns direitos essenciais da soberania, em especial, são submetidos a uma potência superior em relação aos assuntos de política externa. Em tempo de guerra, um Estado semi-soberano geralmente sofre as conseqüências da situação em que se encontra a nação da qual ele depende; em tempos de paz, deve obter permissão do Estado superior para concluir tratados[321].

Outro clássico autor de Direito Internacional, Henry Bonfils, afirma a existência de um "império do Direito Internacional Público". Este é o direito natural ou racional que se aplica a todos os Estados e povos e é obrigatório porque é necessário e deve ser aplicado em todos os casos, mesmo aos "povos bárbaros" que ainda existem na África, diz Bonfils. Já o Direito Internacional positivo é formado na Europa, entre os Estados cuja civilização é engendrada e desenvolvida a partir da aplicação dos preceitos do cristianismo. Este direito se aplica aos Estados com os mesmos graus de civilização. Trata-se de um sistema jurídico próprio da Europa e de seus descendentes, graças à superioridade de seus talentos nas artes, nas ciências, no comércio, no governo e na doutrina moral. Historicamente, o direito desenvolveu-se nas relações entre Alemanha, Inglaterra, Bélgica, França, Holanda, Itália e Rússia. O mesmo não ocorreu nas relações com a Pérsia, com a China ou com a Turquia. Por conta disso, há três esferas distintas de atuação do império do Direito Internacional, de acordo com as distinções entre as humanidades: a humanidade civilizada, a humanidade bárbara e a humanidade selvagem. Assim, cada uma dessas esferas tem direito a um grau diferente de reconhecimento

---

[321] *« Les Etats mi-souverains (ce titre l'indique suffisament) manquent de quelques-uns des droits essentiels de la souveraineté: ils sont notamment soumis pour leurs rapports avec l'étranger à une puissance supérieure. En temps de guerre, ils subissent généralement les conséquences de la situation faite à la nation dont ils dépendent; en temps de paix, ils doivent obtenir l'autorisation de l'État superieur pour conclure des traités »* (CALVO, 1892, p. 90).

político: reconhecimento pleno, reconhecimento político parcial e reconhecimento natural ou puramente humano[322] (BONFILS, 1901, p. 18-22).

O mesmo autor, ao elaborar seus comentários sobre a soberania, faz uma distinção curiosa sobre o aspecto jurídico da igualdade entre os Estados. A soberania interna ou a autonomia, segundo Henry Bonfils, é o poder de uma associação humana de formular suas condições de existência, de constituir seu governo conforme suas próprias ideias e de fixar sua legislação sem nenhuma interferência estrangeira. A soberania externa ou independência, é o "poder supremo e absoluto" de uma sociedade de homens de se conduzir nas relações externas com plena liberdade e ela pressupõe a existência da soberania interna.

Juridicamente, diz o Bonfils, a soberania externa não depende nem do poder moral,

---

[322] No original: *« Empire du Droit International public. Le droit international naturel ou rationnel s'applique à tous les États, à tous les peuples. Il les embrasse et gouverne tous quel que soit leur degré de civilisation. Conséquence logique du droit des États à l'existence, il résulte de la force même des choses. Il est obligatoire parce qu'il est nécessaire. Cette nécessité s'impose à tous les États. Les principes de ce droit font en quelque sorte partie de leur propre législation. Dérivant de l'existence même des sociétés humaines, ce droit rationnel doit être respecté dans tous les cas, en dehors de toute convention expresse ou tacite. Il n'est pas le produit de la volonté commune et concordante des États.*

Ce droit rationnel est applicable à tous les peuples, même aux peuplades barbares qui existent encore en Afrique. Les États civilisés qui entrent en relations avec ces hordes ou ces peuplades peuvent bien user à leur égard de précautions particulières, de réserve et de prudence, mais ne sauraient méconnaitre et violer envers elles les principes du droit rationnel. Le droit international, en tant que basé sur les principes de justice et d'humanité, est également obligatoire dans tous les temps et dans tous les lieux, en l'absence de toute convention, de tout usage. […] Le Droit international positif s'est formé en Europe, entre les États dont la civilisation a été engendrée et développée par l'application des préceptes du christianisme. Ce droit doit être appliqué aux relations de tous les États qui ont atteint ce degré de civilisation.

Quelques auteurs le dénomment Droit européen, et ne veulent soumettre à son empire que les États de l'Europe, de l'Amérique ou de l'Océanie, peuplés ou colonisés par les Européens. Le chancelier Kent disait très exactement : 'Le Droit international, en tant qu'il est d'accord avec les principes de justice, de vérité, d'humanité, est également obligatoire dans tous le temps et tous les lieux. Mais les nations chrétiennes de l'Europe et leurs descendants de l'autre côté de l'Atlantique, par la supériorité de leurs talents dans les arts, les sciences et le commerce, comme dans la politique et le gouvernement, et, avant tout, par la lumière plus abondante, les vérités plus certaines et la sanction plus définie que le christianisme a communiquées à la doctrine morale des anciens, ont établi un système juridique qui leur est propre. Elles forment une communauté de nations unies par la religion, les coutumes, la morale, l'humanité, la science et unies aussi par les avantages mutuels des rapports commerciaux, par l'habitude de former des alliances et des traités les unes avec les autres, de s'envoyer des ambassadeurs, de reconnaître et d'étudier les mêmes écrivains et les mêmes théories du droit public. […] La participation des États au droit international positif suppose une certaine identité ou ressemblance entre les mœurs, les usages, les institutions sociales ou juridiques, une pratique commune des mêmes procédés, une réciprocité dans les modes de relations. Quand cette identité d'idées, d'institutions, cette réciprocité de traitement ne peuvent exister, quand la solidarité des intérêts et l'analogie des tendances font défaut, les relations juridiques doivent forcément s'en ressentir. On doit aussi tenir compte du développement historique du Droit. Des rapports séculaires ont cimenté entre l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, la France, l'Espagne, la Hollande, l'Italie, la Russie, etc., des relations plus étroites que celles de ces États avec la Perse, la Chine ou la Turquie. […] En tenant compte de cet état de choses, Lorimer, le savant professeur d'Edimbourg, a pu, pour déterminer les limites de l'empire du Droit international public, tracer trois sphères distinctes. En tant que phénomène politique, dit-il, l'humanité, dans sa condition actuelle, forme trois sphères concentriques : l'humanité civilisée, l'humanité barbare et l'humanité sauvage. Que ces sphères résultent de caractères particuliers de race ou bien de degrés différents dans le développement d'une même race, elles ont droit, de la part des nations civilisées, à un triple degré de reconnaissance : la reconnaissance politique plénière, la reconnaissance politique partielle et la reconnaissance naturelle ou purement humaine. Au point de vue de l'intensité, la première de ces formes de reconnaissance embrasse les deux dernières : au point de vue de l'étendue, la troisième comprend les deux autres » (BONFILS, 1901, p. 18-22).

tampouco da força material do Estado. Mas esse poder e essa força têm de fato um papel considerável na vida política e econômica das nações. Em Direito Internacional, todos os Estados independentes têm os mesmos direitos e atributos, mesmo que sua influência política seja desigual e que possam ser divididos em Estados de primeira, segunda e terceira ordem. Mesmo assim, juridicamente, os pequenos reinos da Dinamarca e de Portugal são iguais aos grandes impérios da Alemanha e da Rússia, afirma Bonfils quase inconformado[323] (BONFILS, 1901, p. 84-85).

René Foignet afirma que os Estados têm direitos decorrentes de sua soberania externa: o direito de legação ativa e passiva, o direito de concluir tratados com outros Estados, o direito de fazer a guerra, direito de conservação defesa e desenvolvimento, direito de igualdade, direito de respeito mútuo, direito de comércio e mesmo o direito de intervenção. Mas o conteúdo de cada um desses direitos é bem menos geral e abstrato do que se poderia imaginar, com um olhar do século XXI. O direito de comércio, por exemplo, significa que a China e o Japão não podem fechar sistematicamente suas fronteiras aos nacionais e às mercadorias de outros Estados, mas a França pode estabelecer o monopólio de comércio de suas colônias consigo mesmo (FOIGNET, 1923, p. 187).

Ainda que Foignet (1923, p. 177) reconheça uma certa restrição à soberania dos Estados resultante do ingresso na Liga das Nações (com a submissão dos Estados ao princípio moderno da interdependencia entre os Estados), as suas concepções de igualdade e de direito ao desenvolvimento são profundamente discriminatórias. Objetivamente pode-se afirmar que a igualdade se dá entre Estados europeus e alguns da América; o direito ao desenvolvimento também é reservado às potências. O direito de desenvolvimento, como corolário do direito de

---

[323] No original: « *La souveraineté intérieure, ou autonomie, est le pouvoir qu'a une association d'hommes de formuler ses conditions d'existence, de constituer son gouvernement selon des principes et des idées propres, en vue d'un but défini et déterminé, de fixer sa législation sans aucune intervention étrangère. L'institution et l'organisation de cette souveraineté intérieure, ou autonomie, donne à l'Etat sa personnalité juridique, en fait un être de raison, capable de droits et de devoirs, une personne civile.*
La souveraineté exterieure, ou indépendance, est le pouvoir suprême et absolu pour une societé d' hommes de se conduire, régir et diriger en dehors d'elle-même, avec une pleine et entière liberté, à l'exclusion de toute contrainte étrangère. Elle se traduit et s'affirme dans les relations des Etats. A elle seule se réfère le Droit international public; mais elle présuppose et implique nécessairement l'existence de la souveraineté interieure.
*L'autonomie ou souveraineté intérieure est la base, le support de la souveraineté extérieure. La deuxième ne saurait exister sans la première. Les organes externes, les modes de manifestation peuvent n'être pas les mêmes. N'importe. L'une est la condition sine qua non de l'autre. Une association d'hommes qui ne jouirait pas dans son sein du pouvoir souverain, qui n'exercerait pas sur elle-même la souveraineté intérieure, l'*imperium *et la* jurisdictio*, manquerait de l'individualité nécessaire pour posséder et exercer la souveraineté extérieure.*
Juridiquement, la souveraineté extérieure ne dépend, ni de la puissance morale, ni de la force matérielle de l'Etat; puissance et force qui, en fait, jouent au contraire un role considérable dans la vie politique et économique des nations. En droit international, tous les Etats independants jouissent des mêmes droits, possèdent les mêmes attributs, bien que leur influence politique soit inégale et les fasse classer par les historiens et par les diplomates en États de 1ere, 2e, 3e ordres. Juridiquement, les petits royaumes de Danemark et de Portugal sont les égaux des grands empires d 'Allemagne et de Russie » (BONFILS, 1901, p. 84-85).

conservação e defesa, significa a faculdade de aumentar seu poder legitimamente, por exemplo, pela expansão de seu território por meio da fundação de colônias, desde que fora do âmbito do exercício de atividade econômica por parte de outros Estados civilizados[324] (FOIGNET, 1923, p. 184-185).

Sobre o direito à igualdade ou a igualdade de direitos, René Foignet é ainda mais explícito. Diz o autor que os Estados são iguais perante a lei, como os cidadãos são iguais perante a lei interna dos Estados. Assim, sem levar em consideração a extensão de território ou a potência dos respectivos Estados, pode-se dizer que à principio (e Foignet grifa "*en principe*") os Estados têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações.

> Contudo, o direito de igualdade só existe em relação aos Estados civilizados, que atingiram o mesmo grau de desenvolvimento intelectual e moral e que possuem concepções idênticas sobre as regras que devem reger suas mútuas relações. A igualdade não pode ser reconhecida em favor de determinados Estados do Oriente ou do Extremo-Oriente que têm uma concepção bem diferente de seus direitos e deveres daquelas admitidas pelos Estados civilizados da Europa ou América. A desigualdade de fato entre os Estados: assim como no interior dos Estados a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de condições, a igualdade entre os Estados não impede a desigualdade de fato entre eles, resultante da extensão, dos recursos industriais e agrícolas e da força militar. É assim que nós dintiguimos as grandes potências das potências de segunda ordem[325] (FOIGNET, 1923, p. 184-185).

Nguyen Quoc Dihn, Allain Pellet e Patrick Daillier (2003, p. 434-435) reconhecem que o princípio da soberania está solidamente ancorado no direito positivo, e que permanece como um atributo fundamental dos Estados. A igualdade soberana é equiparada à independência do Estado que se afirma, mas a soberania ou a independência não é prejudicada

---

[324] No original: *« Le droit de développement est le corollaire naturel du droit de conservation e défense. Il consiste dans la faculté, pour chaque Etat, de s'accroître sans pouvoir en être empêché par l'action d'un autre Etat, pourvu que cet accroissement soit légitime. Doit être considéré comme tel: l'augmentation de puissance acquise par un Etat au point de vue industriel et commercial, sans modification de son territoire, ainsi que l'agrandissement du territoire obtenu par la fondation de colonies dans les pays restés en dehors de l'activité économique des Etats civilisés. Serait au contraire illégitime un accroissement territorial réalisé par voie de conquête au détriment d'un autre Etat »* (FOIGNET, 1923, p. 184-185).

[325] No original: « *Droit d'égalité. De l'égalité de droit. Les Etats sont égaux devant le droit des gens, comme les citoyens d'un même Etat le sont devant la loi interne de cet Etat. Cela veut dire que, sans tenir compte de l'étendue ou de la puissance respective des Etats, ils ont tous,* en principe*, les mêmes droits et sont tous soumis aux mêmes obligations. […] Cependant, le droit d'égalité n'existe qu'à l'égard des Etats civilisés, parvenus au même degré de développement intellectuel et moral et possédant une conception identique des règles qui doivent présider à leurs relations mutuelles. Il ne saurait être reconnu au profit de certains Etats d'Orient ou d'Extrême-Orient qui se font de leurs droits et de leurs devoirs envers les autres Etats une conception bien différente de celle qui est admise par les Etats civilisés d'Europe ou d'Amérique. De l'inégalité de fait entre les Etats. De même que, dans l'intérieur des Etats, l'égalité devant la loi n'exclut pas l'inégalité des conditions, de même le principe de l'égalité des Etats n'empêche pas* l'inégalité de fait entre eux*, résultant de leur étendue, de leurs ressources industrielles et agricoles, et de leur force militaire. C'est ainsi que nous avons distingué les grandes puissances et les puissances de second ordre* » (FOIGNET, 1923, p. 185-186).

pela existência de obrigações decorrentes da ordem jurídica internacional, “pelo contrário, o Estado só é soberano se estiver submetido directa e imediatamente ao Direito Internacional”.

Tratando dos corolários da soberania, os mesmos autores citam a igualdade soberana dos Estados como um fundamento da cooperação entre os Estados amplamente fundamentado no direito positivo. O Direito Internacional, segundo Dihn, Pellet e Daillier (2003, p. 439-440) nega as diferenças reais entre os Estados e impossibilita que se consagre uma tipologia de desigualdade entre os estatutos dos Estados, o que, segundo os autores, não permite corrigir as desigualdades de poder, dimensão e riqueza.

> O jogo das sucessões e dos casamentos principescos, nas épocas em que predominavam os regimes monárquicos, a aplicação do princípio das nacionalidades e depois do direito dos povos à autodeterminação favoreceram o aparecimento de Estados muito pequenos, tanto pela superfície como pela população. A participação destas entidades “liliputianas” nas relações internacionais é bastante téorica, em numerosos domínios, e sobretudo contribui para o mau funcionamento de certas organizações internacionais, em particular no plano financeiro. No período entre as duas guerras, o concerto das potências permanecera bastante poderoso para proibir a sua entrada nas organizações com vocação universal. O princípio da autodeterminação e a “mitologia” democrática internacional fizeram renunciar a esta prática. Face às tensões nascidas do peso crescente destes micro-Estados na ONU, algumas grandes potências e o Secretário-Geral da ONU fizeram propostas com vista a um estatuto mais adaptado de Estados “associados” no âmbito da Organização, elas nunca foram seriamente examinadas [...] Mais controversas são certas conseqüências relativas à participação dos Estados nas instituições políticas internacionais, sob pretexto de “democratização”.

De acordo com estes autores, portanto, a igualdade jurídica dos Estados e a participação de Estados tão desiguais nas organizações internacionais é uma disfunção, algo que deveria ser objeto de estudo com vistas a promover modificações. O propósito de um democracia internacional constitui, segundo eles, um problema no equilíbrio das relações internacionais. Por isso, clamam por uma teoria da “desigualdade compensadora” que traduza as diferenças objetivas entre os Estados.

Michael Akehurst (1985, p. 23) explica que a soberania tal como apresentada, estudada e venerada no Ocidente não necessariamente guarda relação com o conceito praticado pelos países de economia planificada, tampouco nos países afro-asiáticos. Nos primeiros, a “invocação da soberania estatal aparece como uma reação defensiva natural de uma minoria de Estados perante uma maioria hostil”, na verdade, um meio de proteger os

estados socialistas (minoritários na sociedade internacional) dos capitalistas[326]. Ressalta o autor que:

> Os autores comunistas do Direito Internacional costumam pronunciar-se a um nível extremamente teórico. A prática dos estados comunistas pode, porém, revelar uma situação diferente – não só brutais violações do Direito Internacional, como a que ocorreu com a invação da Checoslováquia em 1968, mas também a predisposição para esquecer diferenças teóricas e aceitar compromissos sobre problemas práticos. Assim, por mais improvável que tal possa parecer, a maioria dos países comunistas têm celebrado acordos com os países ocidentais sobre pagamento de indenizações que representam parte do valor total de bens nacionalizados pelos países comunistas a súbditos ocidentais (AKEHURST, 1985, p. 24).

É como se o autor estivesse praticando um jogo de espelhos e enxergasse na prática dos países comunistas exatamente tudo o que as potências ocidentais sempre fizeram: utilizaram a ficção jurídica-política para centralizar o poder e defender-se dos outros, adotaram um discurso retórico que nem sempre tem a ver com a realidade e aceitaram compromissos sobre problemas práticos quando lhes convém.

Ao se referir aos países afro-asiáticos (enquadrando uma grande variedade de Estados em uma única e duvidosa categoria de análise), o autor é ainda mais suspeito. Estes países, por atribuírem "valor à sua independência", tendem a recear toda regra que limite sua soberania, aproveitando toda oportunidade para demonstrar o seu caráter independente:

> A soberania é um termo favorito do seu vocabulário. Talvez esta atitude truculenta se vá suavizando à medida que aumente a confiança na sua independência, mas se não se tomam medidas radicais para melhorar o seu nível de vida existe o perigo de as demonstrações de independênca política se tornarem mais freqüentes, como uma espécie de compensação psicológica para o sentimento de impotência *econômica*.

Os países afro-asiáticos estiveram submetidos à dominação estrangeira durante o período de formação do Direito Internacional, razão pela qual às vezes não se encontram obrigados pelas regras de cuja elaboração não participaram, segundo Akehurst. No entanto, os afro-asiáticos não repudiam todas as regras por que isso lhes seria desfavorável. Aos juristas ocidentais cabe a missão de "possuir muito tacto" nas relações com os países afro-asiáticos, convidando-os a ajudar na codificação do Direito "com o fim de lhes proporcionar o sentido da participação" (AKEHURST, 1985, p. 85).

Além disso, a maior parte dos países afro-asiáticos são pobres e por quererem se desenvolver acabam submetendo-se às regras de Direito Internacional como, por exemplo, a regra costumeira que proíbe a expropriação de bens estrangeiros sem indenização, como

[326] A análise feita por Malcom Shaw sobre o Direito Internacional segundo os autores das repúblicas socialistas é mais completa, diferenciando as fases políticas nas quais foram formadas as teorias (2008, p. 31-38).

forma de atrair capital; e reivindicando sua jurisdição sobre zonas cada vez mais largas do mar adjacente às suas costas.

> Desde 1973 que os Estados Afro-Asiáticos têm vindo a solicitar o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional, a qual imporia aos estados mais ricos a obrigação jurídica de ajudarem o desenvolvimento econômico dos estados mais pobres. Na sua totalidade os Estados Ocidentais não aceitaram estes pedidos, pois, se têm vindo a ajudar de várias maneiras o desenvolvimento econômico dos mais pobres, são usualmente relutantes em reconhecer ou adoptar qualquer obrigação de cunho legal nesse sentido (AKEHURST, 1985, p. 26).

É sintomático que Akehurst se refira aos países ocidentais em um contexto em que estes aparecem como reis benevolentes, mas rígidos com seus súditos que poderiam a qualquer momento se perder para o "outro lado", o comunista. Para mantê-los na sua órbita de influência, os países ocidentais aceitam conceder algumas migalhas (como ajuda ao desenvolvimento, por exemplo), mas não aceitam nenhum compromisso que os vincule. Os atuais súditos, os países afro-asiáticos são acusados de praticar tudo o que os países ocidentais sempre praticaram: utilizar o Direito Internacional a seu favor, obedecer as regras quando lhes convém, terem frustração em relação à sua situação econômica e de ex-colônias (como se os países ocidentais não tivessem nenhuma responsabilidade por estas circunstâncias). O ressentimento do autor com o clamor de independência e soberania de Estados que passaram séculos sob o jugo colonial dos europeus é quase palpável: "Muitos dos Estados Afro-Asiáticos conservam uma atitude de ressentimento sobre a anterior exploração, tenha esta sido real ou imaginária. É uma das razões pela qual reivindicam a não sucessão a obrigações contraídas em seu nome pelos poderes coloniais anteriormente à independência" (AKEHURST, 1985, p. 27).

Por estas razões, explica o autor que os Estados afro-asiáticos "sentem muitas vezes que o Direito Internacional sacrifica os seus interesses aos interesses dos Estados Ocidentais", e assim clamam pela modificação do ordenamento jurídico. Essas modificações não são fáceis de serem promovidas e uma das soluções que os Estados afro-asiáticos têm tentado é a de "utilizar a Assembleia Geral das Nações Unidas como uma espécie de corpo legislativo, embora tal órgão careça de semelhantes poderes e se torne duvidoso se as suas resoluções podem ser utilizadas como prova de Direito Internacional face aos estados que contra elas votem" (AKEHURST, 1985, p. 27). Ou seja, o autor afirma que a Assembleia não tem qualquer poder de produzir Direito Internacional, ainda que suas resoluções representem eventualmente a expressão do desejo da maioria dos Estados. Conclui o autor:

> Grandes transformações têm, no entanto, ocorrido no Direito Internacional desde 1945. Os Estados Ocidentais, desejosos de não conduzirem os Estados

> Afro-Asiáticos para a órbita dos Estados comunistas, deram por conseguinte o seu acordo a muitas das modificações pretendidas pelos Afro-Asiáticos. A maior parte das normas que este consideravam como contrárias aos seus interesses foram modificadas ou estão em processo de modificação [...]. A acusação de que o Direito Internacional é orientado contra os interesses dos Estados Afro-Asiáticos já não tem fundamento na sua totalidade (AKEHURST, 1985, p. 27).

Há que se ressaltar a última frase de Michael Akehurst, segundo a qual o Direito Internacional não é "na sua totalidade" orientado contra os interesses dos Estados afro-asiáticos (i.é: contra a maior parte do mundo), ou seja, o autor admite que em parte o Direito Internacional é sim orientado contra os interesses desses países menos favorecidos. Esta citação é importante porque o autor não tem o pudor de esconder as relações de força em que se baseiam os Estados e o direito por estes elaborado, eximindo-se, portanto, de um esforço retórico que é muito comum na doutrina contemporânea. Para a maior parte da humanidade o Direito Internacional é algo que lhes é exterior, que lhes é imposto e normalmente contra seus próprios interesses.

A soberania, como categoria jurídica-política, foi útil para os Estados Ocidentais até o momento em que só os Estados de fato soberanos tinham o direito legítimo de exercê-la. Quando a soberania se popularizou ela passou a ser relativizada, ela entrou em crise, já que a igualdade soberana jurídica dos Estados não só esconde as desigualdades de fato como eventualmente podem ser utilizadas contra estas desigualdades, como clamam os Estados "afro-asiáticos".

De uma forma muito mais sutil, Malcom Shaw (2008, p. 39-40) diz as mesmas coisas. Com o surgimento do Terceiro Mundo após a queda dos impérios coloniais, a estrutura e a doutrina de Direito Internacional tornaram-se alvo de questionamentos, segundo o autor. As ideias e princípios que consagraram a dominação do ocidente são questionadas, mas nem por isso foram descartadas. "As novas nações abraçaram as ideias de soberania e de igualdade entre os Estados e os princípios da não agressão e da não intervenção na sua busca por segurança dentro das fronteiras de um marco regulatório comum"[327]. Apesar do fato de que os interesses do Terceiro Mundo frequentemente estão em conflito com os interesses das nações

[327] No original: *"It was only natural that the structure and doctrines of international law would come under attack. The nineteenth century development of the law of nations founded upon Eurocentrism and imbued with the values of Christian, urbanised and expanding Europe did not, understandably enough, reflect the needs and interests of the newly independent states of the mid-and late twentieth century. It was felt that such rules had encouraged and then reflected their subjugation, and that changes were required. It is basically those ideas of international law that came to fruition in the nineteenth century that have been so clearly rejected, that is, those principles that enshrined the power and domination of the West. The underlying concepts of international law have not been discarted. On the contrary. The new nations have eagerly embraced the ideas of the sovereignty and equality of states and the principles of non-agression and non-intervention, in their search for security within the bounds of a commonly accepted legal framework"* (SHAW, 2008, p. 39).

industrializadas, o Direito Internacional não foi descartado, nem alterado de forma que não se pudesse mais reconhecê-lo. As suas bases (no original, *framework*) foram mantidas já que os novos Estados também querem se beneficiar de regras como as que norteiam as relações diplomáticas e do uso controlado da força, enquanto que se opõem às regras que são contrárias aos seus interesses[328].

De fato, os Estados do Terceiro mundo[329] muito defenderam a soberania e seus corolários, como a igualdade jurídica e o princípio da não intervenção. Na medida em que os países recém-libertos do jugo colonial tentavam se integrar à sociedade internacional, eles lutaram pela afirmação de todos esses princípios corolários da soberania: a igualdade jurídica e a não intervenção. Tratava-se de uma necessidade histórica e política de evitar a recolonização, a intervenção, a coerção e as ameaças do uso da força por parte de Estados mais fortes e de se afirmar no cenário internacional (MENEZES, 2007, p. 215-218)[330].

6.3.2. A consagração da soberania no âmbito da Organização das Nações Unidas

---

[328] No original: *"The interests of the new states of the Third World are often in conflict with those of the industrialized nations, witness disputes over nationalizations. But it has to be emphasized that, contrary to many fears expressed in the early years of the decolonization saga, international law has been retained as the new states, too, wish to obtain the benefits of rules such as those governing diplomatic relations and the controlled use of force, while campaigning against rules which run counter to their perceived interests"* (SHAW, 2008, p. 40).

[329] É impressionante como as palavras de Ladislau Dowbor (1982, p. 7) encaixam-se aos conceitos analisados. A igualdade soberana não vale para todos, só para os *mais iguais*. O critério de diferenciação não variou muito com o tempo, apenas a nomenclatura, como explica o autor: "Há dois séculos, o economista inglês Adam Smith dividia o mundo de forma simples em 'nações selvagens' e 'nações prósperas e civilizadas'. A Inglaterra, é claro, estava entre estas últimas. E nós, entre as primeiras, as selvagens. Como também estavam entre as selvagens nações de riqueza cultural e de tradições históricas, como a China, o Egito e tantas outras. Como foi que esta linha divisória entre selvagens e civilizados deslocou-se, englobando praticamente num mesmo saco a América Latina, a Ásia e a África, e criando o que hoje se chama o Terceiro Mundo? Hoje, é claro, já não somos selvagens: fomos promovidos a colônias e, mais tarde, a nações. Nações subdesenvolvidas e, depois de muitos protestos, nações 'em vias de desenvolvimento', o que podia significar que, apesar de nações de segunda categoria, estávamos em vias de atingir a primeira. Hoje, mais delicadamente, somos o 'Sul', participantes do diálogo Norte-Sul que progressivamente se instala. Na realidade, ninguém se ilude: todos sabemos, neste mundo de 160 países que encolheu prodigiosamente nos últimos anos – com a internacionalização da economia e o progresso dos transportes e das comunicações -, quem está por cima e quem está por baixo, quem dita as regras e quem a elas obedece, quem é o 'primeiro' mundo, e quem é o Terceiro" (DOWBOR, 1982, p. 7-8).

[330] O autor lembra de Simon Bolívar: "Em 1826, no Congresso do Panamá, capitaneado por Bolívar, houve menção à preocupação de resguardar o princípio da não-intervenção mediante uma defesa comum em razão de ofensas à soberania e independência dos Estados latino-americanos e contra a dominação estrangeira. Ao longo da história contemporânea do Direito Internacional, várias foram as declarações, principalmente de líderes latino-americanos, que proclamaram ou invocaram tal princípio, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, como as doutrinas Drago e Calvo, que se opuseram à ação intervencionista de Estados e foram proclamadas em um outro contexto da Doutrina Monroe, quando havia concretamente um processo intervencionista em curso" (MENEZES, 2007, p. 218).

Ferrajoli insiste na ideia de que a criação da Organização das Nações Unidas e a submissão dos Estados aos deveres de proteção dos direitos humanos e de manutenção da paz representa a terceira aporia do conceito de soberania, já que no seu aspecto externo ela só passou por um processo de "absolutização", vindo a conhecer limitações somente no século XX. Ironicamente, a Carta das Nações Unidas e o direito interno desta organização (as normas criadas por órgão interno da ONU) dão as concepções mais detalhadas e absolutas de soberania estatal e do seu corolário, a igualdade soberana entre os Estados.

Consta na Carta da Organização das Nações Unidas:

> Capítulo I – Propósitos e princípios
> Art. 1. Os propósitos das Nações Unidas são:
> [...]
> 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; […]
> Art. 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:
> 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros; […]
> 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas; […].

Outros documentos também mencionam a soberania estatal. O direito dos povos e nações à soberania permanente sobre seus recursos e riquezas é garantida pela Resolução n. 1803 (XVII) da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1962, e deve ser exercida, segundo o art. 1º, de acordo com o interesse do desenvolvimento nacional e do bem estar dos povos concernentes ao Estado. Determina a Assembleia Geral que a exploração, o desenvolvimento e a disposição dos recursos naturais deve se dar conforme as regras e condições que os povos e nações consideram necessárias ou desejáveis com relação à autorização, restrição ou proibição de atividades (art. 2). O livre e benéfico exercício da soberania dos povos e nações sobre seus recursos naturais deve ser desenvolvido pelo respeito mútuo dos Estados baseado na igualdade soberana (art. 4).

A Resolução 2131 da Assembleia Geral da ONU, de 21 de dezembro de 1965, intitulada "Declaração sobre a inadmissibilidade de intervenção nos assuntos internos dos Estados e a proteção de sua independência e de sua soberania", é um outro exemplo. "Profundamente preocupada com as interferências ameaçadoras da personalidade soberana e da independência política dos Estados", a Assembléia declara que:

> 1.Nenhum Estado tem direito de intervir diretamente ou indiretamente seja qual for o motivo nos assuntos internos ou externos de qualquer outro.[...]

> 2.Nenhum Estado pode usar ou incentivar o uso de medidas econômicas, políticas ou de qualquer outro tipo para coagir um outro Estado para obter sua subordinação no exercício de seus direitos soberanos ou obter dele vantagens de qualquer tipo. Todos os Estados deverão também abster-se de organizar, apoiar, fomentar, financiar, instigar ou tolerar atividades armadas, subversivas ou terroristas direcionadas a mudar pela violência o regime de outro estado, e de intervir em uma guerra civil de outro Estado.[331]

É preciso citar a resolução da Assembleia Geral da ONU, de 24 de outubro de 1970, de n. 2625 (XXV), intitulada "Declaração sobre princípios de Direito Internacional relativos à relações de amizade e cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas", que trata do conteúdo de princípios que já constam na Carta da ONU[332]. Preocupa-se a Assembleia Geral, entre outras coisas, com as grandes mudanças políticas, econômicas e sociais que ocorreram no mundo e com o progresso científico, desde que a Carta da ONU foi adotada, tornando-se necessário dar maior importância aos princípios e à necessidade de sua aplicação efetiva pelos Estados. O preâmbulo reafirma também a importância da igualdade soberana entre os Estados e a ideia de que os propósitos da organização só podem ser alcançados se os Estados gozarem de igualdade soberana e atuarem conforme este princípio nas relações internacionais.

A Declaração proclama solenemente os princípios: de que os Estados devem se abster do uso ou da ameaça do uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, de maneira contrária aos propósitos da ONU; o princípio de que os Estados devem resolver suas disputas por meios pacíficos de maneira a não ameaçar a paz e a segurança internacionais; o princípo de que os Estados devem cumprir de boa-fé as obrigações assumidas na Carta da ONU; o princípio relativo ao dever de não intervenção nos assuntos internos de outros Estados[333]; o dever dos Estados de cooperarem uns com os outros;

---

[331] Tradução livre de*: "1. No State has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are condemned.*
2. No State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights or to secure from it advantages of any kind. Also, no States shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State".

[332] Sobre os trabalhos preparatórios da Resolução AG 2625 (XXV) de 1970 ver: Antonio Augusto Cançado Trindade, 2002, p. 91-97.

[333] No âmbito dos debates para elaboração desta resolução, o princípio da não intervenção foi arduamente defendido pelos latino-americanos, segundo Cançado Trindade (2002, p. 112-117), e era compreendido como um princípio de "origem latino-americana". Havia, por outro lado, uma concepção européia a respeito da não intervenção, que permitia determinadas formas de intervenções consideradas legítimas, como a intervenção humanitária, para proteger nacionais no exterior ou para assegurar o controle financeiro de Estados devedores insolventes. O delegado americano S. Schwebel no comitê especial de elaboração da declaração causou polêmica ao afirmar que a não intervenção aplicava-se à própria ONU, conforme o parágrafo 7 do art. 2 da

o princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos; e o princípio da igualdade soberana dos Estados[334].

Sobre o princípio da igualdade soberana, diz a Assembléia que todos os Estados gozam de igualdade soberana. Todos têm iguais direitos e deveres e são membros da comunidade internacional, apesar das diferenças econômicas, sociais, políticas ou de outra natureza. Em particular, a igualdade soberana inclui o seguinte: os Estados são juridicamente iguais; cada Estado goza de direitos inerentes à plena soberania; cada Estado tem o dever de respeitar a personalidade de outros Estados; a integridade territorial e a independência política dos Estados são invioláveis; cada Estado tem o direito de livremente escolher e desenvolver seus sistemas político, social, econômico e cultural; cada Estado tem o dever de cumprir plenamente e de boa-fé as suas obrigações e de viver em paz com outros Estados[335].

Na sessão ordinária XXVII, de 18 de dezembro de 1972, a Assembléia Geral, aprovou uma outra resolução (de n. 3016) relembrando o princípio da soberania. O texto reafirma o direito dos Estados à soberania permanente sobre todos os seus recursos naturais, na solo terrestre dentro de suas fronteiras bem como aqueles do subsolo marinho e das águas subjacentes sob sua jurisdição. O art. 3º remete à resolução 2625/1970 afirmando que estão em confronto com seu conteúdo as ações, medidas ou regulamentos dos Estados com objetivo de coagir, direta ou indiretamente, outros Estados para que mudem as suas estruturas internas ou o exercício dos seus direitos soberanos sobre seus recursos naturais, tanto do solo como das águas costeiras[336].

Carta; enquanto que a intervenção dos Estados era tratada apenas obliquamente no parágrafo 4 do art. 2 – ou seja reduzindo a não intervenção à proibição do uso da força armada. Este posicionamento foi criticado pelos representantes da Índia, de Gana, do México, da Iugoslávia e da Tchecoslováquia.

[334] Considerando que a igualdade soberana já estava consagrada na Carta da ONU, não era de se esperar que este princípio fosse alvo de debates no âmbito da Assembléia Geral para a elaboração da resolução 2625/1970, mas foi. Explica Cançado Trindade (2002, p. 127) que "verificou-se, no decorrer dos trabalhos, uma preocupação constante com as desigualdades *de facto* entre os Estados, que não deveriam ser 'legalizadas'. Um dos pontos mais frequentemente debatidos foi sem dúvida o direito dos Estados de dispor livremente de sua riqueza e seus recursos naturais, considerado um aspecto essencial do princípio em exame no campo econômico".

[335] Tradução livre de*: "The principle of sovereign equality of States. All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes the following elements: a) States are juridically equal; b) Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c) Each State has the duty to respect the personality of other States; d) The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e) Each State hás the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f) Each State has the duty to comply and in good faith with its international obligations and to live in peace with other States"*.

[336] No original: "*Declares that actions, measures or legislative regulations by States aimed at coercing, directly or indirectly, other States engaged in the change of their internal structure or in the exercise of their sovereign rights over their natural resources, both on land and in their coastal Waters, are in violation of the Charter and of the Declaration contained in resolution 2625 (XXV) and contradict the targets, objectives and policy measures of the International Development Strategy for the Secondo United Nations Development Decade"* (UN/AG/R 3016 (XXVII), 18 December 1972).

Pode-se citar ainda a resolução n. 3281 (XXIX), de 12 de dezembro de 1974, também da Assembleia Geral, intitulada "Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados"[337]. Trata-se de um documento de 34 artigos, dividido em: preâmbulo, fundamentos das relações econômicas internacionais, direitos e deveres econômicos dos Estados, responsabilidades comuns perante a comunidade internacional e provisões finais. Na parte em que trata dos fundamentos das relações econômicas internacionais, a Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados proclama que as relações políticas, econômicas e de qualquer outro tipo devem ser governados pelos princípios: soberania, integridade territorial e independência política dos Estados; igualdade soberana de todos os Estados; não intervenção; direitos iguais e auto-determinação dos povos; entre outros[338].

Este documento proclama no art. 1º que cada Estado tem o direito soberano e inalienável de escolher seu sistema econômico, bem como seu sistema político, social e cultural, de acordo com a vontade de seu próprio povo, sem interferência, ameaça ou coerção de qualquer forma. Segundo o art. 2º, cada Estado tem e deve livremente exercer plena e permanente soberania - inclusive possessão, uso e disposição - sobre todas as suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas. O art. 3º estabelece que:

> Na exploração de recursos naturais compartilhados por dois ou mais Estados, cada Estado deve cooperar na base de um sistema de informação e de consultas prévias, para alcançar um uso ótimo desses recursos sem causar dano aos interesses legítimos de outros Estados.

É preciso mencionar, ainda, o princípio n. 2 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento de 1992 que consagra:

> Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos naturais segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que tais atividades sob sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas dos limites da jurisdição nacional.

---

[337] Cançado Trindade (2002, p. 1064-1065) explica que este documento surgiu em meio aos debates para a construção de uma nova ordem econômica internacional, pós-descolonização, que desse maior atenção à internacionalização da produção e à intensificação do comércio. "Conscientes de sua crescente vulnerabilidade, os países economicamente menos desenvolvidos passaram a insistir na chamada *self reliance* coletiva, no objetivo de estabelecimento de uma nova – e mais equitativa – ordem econômica internacional, e no novo conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, como negação e repúdio às situações de dependência econômica. No entanto, os desentendimentos manifestados sobretudo na XI Sessão Extraordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, tanto em relação a estratégias, opondo os países industrializados aos países em desenvolvimento, quanto no tocante ao tratamento a ser dado a determinadas questões, prenunciaram o colapso das 'negociações' globais".

[338] Todos esses princípios foram consagrados na resolução 1514 (XV) cujo título complica ainda mais a manutenção das certezas jurídicas herdadas dos tempos pré-descolonização: "Outorga da independência aos países e aos povos coloniais".

Em suma, há vários documentos que afirmam e reafirmam o princípio da soberania dos Estados, da igualdade soberana, da integridade territorial, da independência política e da proibição da intervenção em assuntos internos de outros Estados. Não há como negar que o Direito Internacional consagra a soberania estatal e, o que de fato aqui interessa, a soberania dos Estados sobre seus próprios recursos naturais. Não se trata da soberania absoluta da já evocada doutrina Harmon, já que há o dever de não causar danos a outros Estados, ainda que esta responsabilidade só seja passível de verificação *a posteriori*.

Para mitigar este princípio da soberania estatal poder-se-ia alegar que consta de instrumentos que não constituem fontes de Direito Internacional. Ninguém nega que a Carta da ONU constitua uma fonte de Direito Internacional[339]. De fato, a divisão de poderes dentro da ONU permitiu que se falasse em igualdade soberana enquanto somente os poucos membros do Conselho de Segurança são imbuídos da competência para decidir sobre guerra e paz, com direito de veto.

---

[339] No âmbito regional a soberania e a igualdade soberana entre os Estados também estão consagrados. Cite-se a Carta da Organização dos Estados Americanos, que reproduz parcialmente o que estipulou a Carta da ONU:
"Capítulo I – Natureza e propósitos - Art. 1. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional. A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros.
Capítulo II – Princípios - Art. 3. Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: […]
b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; […]
e) Todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se da maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado. Sujeitos ao acima disposto, os Estados americanos cooperarão amplamente entre si, independentemente da natureza de seus sistemas políticos, econômicos e sociais;
Capítulo IV – Direitos e deveres fundamentais dos Estados - Art. 10. Os Estados são juridicamente iguais, desfrutam de iguais direitos e de igual capacidade para exercê-los, e têm deveres iguais. Os direitos de cada um não dependem do poder de que dispõem para assegurar o seu exercício, mas sim do simples fato da sua existência como personalidade jurídica internacional.
Art. 11. Todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados de acordo com o direito internacional.
Art. 12. Os direitos fundamentais dos Estados não podem ser restringidos de maneira alguma. […]
Art. 18. O respeito e a observância fiel dos tratados constituem norma para o desenvolvimento das relações pacíficas entre os Estados. Os tratados e acordos internacionais devem ser públicos.
Art. 19. Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem.
Art. 20. Nenhum Estado poderá aplicar ou estimular medidas coercivas de caráter econômico e político, para forçar a vontade soberana de outro Estado e obter deste vantagens de qualquer natureza.
Art. 21. O território de um Estado é inviolável; não pode ser objeto de ocupação militar, nem de outras medidas de força tomadas por outro Estado, direta ou indiretamente, qualquer que seja o motivo, embora de maneira temporária. Não se reconhecerão as aquisições territoriais ou as vantagens especiais obtidas pela força ou por qualquer outro meio de coação.

Já a respeito das declarações contidas em resoluções da Assembleia Geral não há consenso sobre o seu caráter vinculante. Embora seja o órgão mais "democrático" dentro da estrutura da ONU, por dele participarem todos os Estados, com os mesmos direitos, as suas decisões não constituem fonte de Direito Internacional. Neste aspecto, a doutrina não hesita. Jean Touscoz (1993, p. 70) a esse respeito afirma que a igualdade jurídica dos Estados é principalmente formal, pois existem diversas categorias de Estados com base em critérios materiais. No mesmo sentido: "a Assembleia Geral não tem em princípio competência para adotar decisões obrigatórias para os Estados membros" (DIHN, 2002, p.373). Malcom Shaw (2008, p. 3) catequiza: " A Assembléia geral da ONU tem representantes de todos os Estados membros, mas as suas resoluções não tem caráter obrigatório, salvo para os próprios órgãos da ONU e em certos casos".

A respeito da resolução AG 2625 (XXV) de 1970, Antonio Augusto Cançado Trindade escreveu, em 1981 (p. 54-55) que:

> a declaração de 1970, assim como os demais instrumentos supra citados não são tecnicamente obrigatórios em sua condição de resoluções declaratórias da Assembleia Geral; não são, evidentemente, convenções ordinárias sujeitas a ratificação. Por outro lado, exercem uma função jurídica importante, particularmente as adotadas por unanimidade ou ampla maioria, na formação ou reconhecimento de novas regras do Direito Internacional costumeiro e na interpretação dos princípios consagrados na Carta da ONU. Enfim, tais declarações podem levar ao estabelecimento de mecanismos internacionais de implementação de seus prinípios e assim acelerar ainda mais a criação de regras costumeiras.

Deparando-se novamente com o tema, Antonio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 69) afirmou que as únicas decisões de organizações internacionais realmente mandatórias são as decisões do Conselho de Segurança da ONU (nos moldes do art. 25 da Carta) e as resoluções relativas à estrutura interna do organismo internacional. Mas, mesmo que não seja possível atribuir o caráter de fonte às resoluções das organizações internacionais, elas podem fornecer indicação da *opinio juris* da comunidade jurídica internacional (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 71). A declaração relativa aos princípios do Direito Internacional que regem as relações amistosas e cooperação entre Estados (AG/Res/ 2625/1970), por exemplo, pode "auxiliar a detectar a *opinio juris* da comunidade internacional da época sobre a matéria abordada" (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 130).[340]

[340] O autor explica que nos debates dentro do comitê especial para elaboração da resolução também houve controvérsias acerca do valor das decisões emitidas pela Assembleia Geral. Pode-se citar: "Na sessão de Genebra de 1967 do Comitê Especial, um dos representantes julgou oportuno objetar, com a observação contendo ponto de conhecimento geral, de que de acordo com o artigo 13 [1] [a] da Carta das Nações Unidas, a Assembleia Geral não poderia adotar, através de suas resoluções, regras obrigatórias de direito internacional, mas tão somente recomendações. Jamais se cogitou, no entanto, de erigir a Declaração em instrumento tecnicamente

Há, portanto, contradições quando se trata de atribuir valor ou caráter vinculante a um ou outro instrumento. Quando se pretende afirmar a existência de um Direito Internacional do meio ambiente, certamente faz-se necessário admitir a obrigatoriedade das Declarações de Estocolmo e do Rio, de 1972 e de 1992, respectivamente. Mas pouco se argumenta a favor da soberania estatal consagrada no princípio 2 da Declaração do Rio, por exemplo, quando se trata de justificar um direito de ingerência ecológica[341].

Estas citações, em confronto com as citações doutrinárias feitas acima revelam um descompasso entre o que diz a doutrina e o que dizem as normas. E quando o que diz a norma é passível de ser desqualificado, então desqualifica-se (como norma não obrigatória, instrumento não vinculante, ou como documento que não constitui fonte de Direito Internacional). Quando se trata da soberania estatal, a doutrina tende a preferir as desigualdades de fato e as diferentes categorias de Estados.

6.4. Elementos para uma síntese: soberania, água doce e Direito Internacional

Poderia parecer que o presente trabalho ambiciona esmiuçar os fundamentos do Direito Internacional e as correntes de pensamento que o explicam: voluntarismo, jusnaturalismo, teoria da união das vontades, da auto-limitação, teorias sociológicas. Mas não é o caso.

Celso D. Albuquerque Mello, no seu "Manual de Direito Internacional Público" (2004, p. 148-150), afirma que adotou a posição jusnaturalista como fundamento do Direito Internacional durante 20 anos, baseando-se na imprescindibilidade do direito para a ordem social e para a construção da justiça[342]. No entanto, o autor passou a revisar tal posição, pois a doutrina do direito natural teria dado um caráter de imutabilidade ao direito e teria se tornado

---

obrigatório. O fato que todo ano, de 1964 a 1970, a Assembleia Geral reafirmava, quase unanimemente, suas decisões anteriores relativas ao prosseguimento dos trabalhos do Comitê Especial (sem virtualmente modificação alguma nos procedimentos e métodos adotados), era 'prova' – retrucou prontamente outro representante – 'de que a Assembleia Geral demonstrara seu entendimento dos limites de sua própria competência e seus poderes na questão do desenvolvimento ou criação do direito internacional', de acordo com o disposto no art. 13 [1] da Carta das Nações Unidas" (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 130).

[341] A este respeito ver: MARCHIONI, 2007; e GUERRA, Sidney, 2008, p. 255-274. Sobre "ingerência humanitária", ver CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1058-1060.

[342] O fundamento do direito teria um tríplice caráter. Objetivo, porque o bem comum da ordem internacional existe em si e não depende das vontades subjetivas dos Estados. Racional, porque é concebido pela razão e transcendente, porque visa assegurar o bem geral da sociedade internacional, sendo deste modo superior aos Estados que perseguem o seu bem particular (MELLO, 2004, p. 148).

um empecilho às mudanças. Mello adotou a posição de Charles Chaumont, segundo o qual “a natureza do caráter obrigatório da norma está na solução a uma contradição que se encontra em um momento histórico dado mais forte que todas as outras”. Não se pretende adentrar nesta discussão.

O objetivo deste capítulo é o de apresentar elementos teóricos que possibilitem algumas conclusões sobre as questões que envolvem a água doce e as relações entre os Estados. Um dos problemas práticos recorrentes quando se trata de recursos hídricos é a soberania estatal. Como disse Michael Akehurst (1985, p. 19), é “duvidoso que alguma outra palavra tenha alguma vez causado tanta confusão intelectual e vazio jurídico internacional”.

Foram apontadas algumas referências clássicas sobre soberania estatal, normas que a consagram, autores que a conceituam e as explicações correntes para sua final limitação, nomeadamente, o fenômeno da globalização. Faz-se útil contrapor a estas ideias a acepção crítica de Michel Foucault sobre a teoria da soberania, para que, a partir disso, seja possível alcançar conclusões sobre o papel das normas jurídicas na regulação e solução de conflitos envolvendo o recurso natural insubstituível, valioso, o “ouro azul”, a substância água doce.

6.4.1. Soberania e poder, segundo Michel Foucault

“O poder é a guerra. É a guerra continuada por outros meios”, segundo Michel Foucault (2005, p. 22). Para explicar a sua análise sobre a teoria da soberania, o autor parte de pressupostos e de hipóteses de análise. Primeiramente, Foucault pressupõe que o poder não se dá, não se troca, tampouco se retoma, ele se exerce e existe em ato, é em si mesmo uma relação de força (e não econômica, como supõe determinada corrente de pensamento). Sendo o poder em si mesmo o emprego e a manifestação de uma relação de forca, o autor propõe que, ao invés de analisá-lo em termos de cessão, de contrato ou de relações de produção, ele seja analisado em termos de combate, de enfrentamento, de guerra.

Disso decorre a sua primeira hipótese, a de que “o mecanismo de poder é, fundamental e essencialmente, a repressão”. A segunda hipótese proposta pelo autor é a citada anteriormente, de que “o poder é a guerra continuada por outros meios”. Invertendo a afirmação de Clausewitz, conclui que as relações de poder têm como ponto de ancoragem uma certa relação de força estabelecida em um momento historicamente precisável, na guerra e pela guerra. Além disso, o poder político teria como função reinserir perpetuamente essa

relação de força – por meio de uma "guerra silenciosa" - nas instituições, nas desigualdades, na linguagem, até nos corpos.

Como um princípio geral das relações entre poder e direito, Foucault afirma que a elaboração do pensamento jurídico ocidental, desde a Idade Média, se fez essencialmente em torno do poder régio, a seu pedido e em seu proveito, para fornecer-lhe uma justificação ou um instrumento. A reativação do direito romano durante a idade média foi um instrumento para a constituição do poder monárquico, autoritário, administrativo e, finalmente, absoluto. Nos séculos seguintes, quando o edifício jurídico escapou do controle do rei, o que será discutido serão sempre os limites desse poder. Por isso Foucault acredita que o personagem central em todo saber jurídico ocidental é o rei, pois este saber se ocupou, desde sua constituição, do rei, dos seus direitos e eventualmente dos limites de seu poder – quer tenham sido os juristas servidores do rei ou seus adversários (FOUCAULT, 2005, p. 30).

O principal papel da teoria do direito, desde a Idade Média, é o de fixar a legitimidade do poder, ou seja, o problema da soberania. Isso significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação. Assim, no lugar da dominação apareceriam os direitos legítimos da soberania de um lado e a obrigação legal da obediência, do outro. O discurso do direito tinha duas funções: fazer parecer legítima a soberania e legal a obediência, dissolvendo a dominação dentro do poder. O direito, além de justificar a soberania, veicula e aplica relações de dominação. Dominação, segundo Foucault, não quer dizer "uma" dominação de um sobre outros ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer no interior da sociedade. As relações de dominação, portanto, não se referem ao rei, mas às múltiplas sujeições das relações entre os súditos (FOUCAULT, 1989, p. 182; 2005, p. 31-32).

A teoria da soberania desempenhou quatro papéis na história: primeiro, serviu à monarquia feudal; depois serviu como instrumento e justificação para as monarquias administrativas. A partir do século XVII, a teoria da soberania "circulou" como arma entre campos opostos, foi utilizada tanto para fortalecer o poder régio como para limitá-lo. Em Rousseau e seus contemporâneos a teoria da soberania passa a exercer um quarto papel o de construir, contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, um modelo alternativo, que foi o das democracias parlamentares (FOUCAULT, 2005, p. 41).

Michel Foucault afirma que nos séculos XVII e XVIII desenvolveu-se uma nova mecânica de poder, com novos instrumentos, incompatíveis com a soberania. Enquanto a soberania se apoiava na terra e em seus produtos, por meio de taxas e obrigações, o novo mecanismo de poder apóia-se nos corpos e atos e se exerce através da vigilância e da coerção

material. Esse novo poder é uma invenção da burguesia, indispensável para a construção do capitalismo industrial. Foucault denomina-o “poder disciplinar”. O poder disciplinar deveria ter provocado a extinção da teoria da soberania, mas ela continuou organizando os códigos jurídicos porque é um instrumento permanente de crítica à monarquia e permite sobrepor aos mecanismos disciplinares um sistema de direito que ocultava as técnicas de dominação (FOUCAULT, 1989, p. 190; 2005, p. 43).

A teoria jurídica da soberania persistiu, segundo Foucault, por duas razões. Primeiro porque a teoria da soberania foi nos séculos XVIII e XIX um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Segundo, porque a teoria da soberania e a organização de um código nela centrado permitiram sobrepor aos mecanismos do poder disciplinar um sistema de direito que mascarava os procedimentos e apagava as técnicas de dominação da disciplina.

> Em outras palavras, os sistemas jurídicos, sejam as teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos da coerção disciplinar. [...] Uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciários, a teoria da soberania (FOUCAULT, 2005, p. 44).

Por isso existe até hoje, segundo Michel Foucault, uma legislação, um discurso, uma organização do direito público articulado em torno da ideia da soberania e da delegação por cada um de sua soberania ao Estado. Por outro lado, passa a existir também uma trama de coerções disciplinares que garante, de fato, a coesão do corpo social. “Ora, essa trama não pode de modo algum ser transcrita nesse direito que é, porém, seu acompanhamento necessário”. Há, portanto, a coexistência do direito da soberania e da mecânica da disciplina (FOUCAULT, 2005, p. 45).

Foucault afirma que é preciso superar a teoria da soberania, retomando uma análise a partir das relações de força que sempre estiveram presentes. A guerra é uma relação social permanente, segundo Foucault, e fundamento de todas as relações e de todas as instituições de poder[343]. É preciso, pois, redescobrir o “sangue que secou nos códigos”. A importância do

[343] Vale citar: “A organização, a estrutura jurídica do poder, dos Estados, das monarquias, das sociedades, não tem seu princípio no ponto em que cessa o ruído das armas. A Guerra não é conjurada. No início, claro, a guerra presidiu ao nascimento dos Estados: o direito, a paz, as leis nasceram no sangue e na lama das batalhas. Mas com isso não se deve entender batalhas ideais, rivalidades tais como imaginam os filósofos ou os juristas: não se trata de uma selvageria teórica. A lei não nasce da natureza, junto das fontes frequentadas pelos primeiros pastores; a lei nasce das batalhas reais, das vitórias dos massacres, das conquistas que têm sua data e seus heróis de horror; a

pensamento deste autor está em negar que haja uma racionalidade na sociedade e que o direito seja a expressão de uma universalidade. Pelo contrário, o direito é expressão de uma vitória no âmbito de uma relação de força, e é esta relação de força que deve ser descoberta.

Passa a fazer mais sentido a já citada definição de Charles Calvo (1885, p. 226) de que a soberania é a autoridade suprema e o exercício desta autoridade. A soberania é poder, a cada época atribui-se o poder a entidades diferentes, conforme as relações de força prevalecentes. A teoria da soberania - seja ela pertencente ao rei, ao povo ou à constituição - tem o propósito de justificar o poder, seja ele concentrado no rei, no povo ou na constituição. Graças aos artifícios de linguagem típicos do campo jurídico, como a universalização e a generalização, foi possível reunir na "teoria da soberania" formas de exercício do poder tão distintas como a doutrina de poder divino dos reis (durante o século XVI) e a doutrina da soberania representativa (já no século XIX) (MARCHIONI, 2009, p. 73-74).

Norberto Bobbio, por exemplo, ao mesmo tempo em que identifica uma contradição entre soberania e direito, afirma que a soberania ressurge sempre que há um abalo das estruturas sociais. A soberania, mesmo adormecida, reaparece quando é quebrada a unidade e a coesão social, quando há ruptura do ordenamento jurídico e quando se dá o começo de uma nova organização civil, pois a soberania se manifesta hoje justamente como o verdadeiro poder último, supremo e originário (BOBBIO, 2009, p. 1185). Pode-se afirmar que Bobbio assume o fato de que a soberania é poder e quando é preciso centralizar o poder em novas mãos, a teoria da soberania volta mais uma vez a ser útil.

Já foi citado que a teoria da soberania serviu para concentrar o poder do rei quando da formação do Estado moderno, para criticar o poder do rei, para localizar no povo a sede do poder, justificar a expansão colonial e até mesmo para explicar a globalização. Na medida em que se consolida a ideia de que a globalização é a mitigação da soberania graças ao fim do Estado, à liberdade econômica, financeira, ao desenvolvimento da tecnologia, mais se obscurece o fato de que houve decisões políticas que optaram por abrir mão do controle do fluxo de capitais, que optaram por liberalizar ou não a entrada de mercadorias estrangeiras.

Para Foucault, no entanto, com a emergência do poder disciplinar a teoria da soberania se torna ainda mais evidentemente ultrapassada, mas persiste porque serve justamente para esconder as técnicas de dominação daquele novo poder criado pela burguesia. Durante os quatro séculos de vigência da teoria da soberania, o direito nunca deixou de exercer sua "função simbólica essencial, qual seja: a de mascarar a relação de dominação e esconder as

---

lei nasce das cidades incendiadas, das terras devastadas; ela nasce com os famosos inocentes que agonizam no dia que está amanhecendo" (FOUCAULT, 2005, p. 58).

práticas efetivas de exercício do poder". É assim que a soberania e seus corolários, apesar de aparentemente ultrapassadas, continuam a organizar os códigos jurídicos internos e internacionais (MARCHIONI, 2009, p. 80-81). O fato é que a soberania persiste, plena para as potências, em frangalhos para os globalizados, mas ela segue como um instrumento e como discurso para subsidiar, esconder, justificar ou legitimar uma determinada configuração de poder, em determinado contexto histórico.

6.4.2. Soberania e Direito: *enjeux* de forças, valores e conceitos

Malcom Shaw (2008, p. 24) explicou que o princípio da liberdade dos mares formulado por Grócio serviu perfeitamente para contestar o domínio dos mares pelos portugueses e fazer prevalecer as ideias holandesas de liberdade de comércio e as necessidades holandesas de expandir seu próprio império. Isto indica, segundo o autor, que os conceitos de direito são firmamente enraizados no mundo real e refletem preocupações que lhes são contemporâneas. Nenhuma teoria se desenvolve em um vácuo, a teoria é elaborada e se desenvolve em um ambiente cultural e social bem definido. Ignorar isto, segundo Shaw, é distorcer a teoria.

Viu-se que autores clássicos do Direito Internacional elaboraram concepções sobre soberania e igualdade soberana capazes de causar arrepios a qualquer democrata. Estas concepções estavam plenamente enraizadas no contexto histórico e político em que foram elaboradas. A soberania foi até a metade do século XX característica exclusiva dos Estados europeus e de seus herdeiros nobres na América. Não se poderia admitir que um Estado asiático, africano ou sulamericano fosse tão soberano como o Império Alemão. O direito não se desenvolveu, portanto, à distância das relações de poder que o engendraram. É sintomático, neste aspecto, a distinção entre esferas de atuação do Direito Internacional público feita por Henry Bonfils; bem como a alegação de Foignet de que era um corolário da soberania o direito de comércio e, portanto, a inadmissibilidade de China e Japão fecharem suas fronteiras às mercadorias e aos nacionais de outros Estados.

A consagração da soberania estatal na Carta das Nações Unidas é compreensível na medida em que, em 1948, garantiu-se naquela mesma Carta os instrumentos para manter a soberania de fato das potências da época. Explique-se: a afirmação da igualdade soberana dos Estados como princípio da ONU foi aceitável na medida em que o arranjo institucional da

organização, a divisão de poder e a distribuição de competências entre seus órgãos ressignificou a soberania, mantendo-a entre aqueles que de fato eram soberanos.

Com a democratização da ONU após a descolonização, ou seja, com o ingresso de muitos países novos na organização, todos igualmente soberanos, ficou ainda mais evidente a disputa pela significação prática dos conceitos jurídicos. Antonio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 109-110) ilustra muito bem isto ao relatar os debates no âmbito da Assembleia Geral da ONU para a elaboração da resolução 2625/1970. O autor explica que, quando se tratou de definir o termo "força", objeto do princípio da proibição do uso ou ameaça da força nas relações internacionais houve uma grande divergência. Os Estados da Ásia, da África, do Leste europeu e da América Latina, na maior parte, defendiam uma interpretação ampla do termo "força", de forma que não significasse somente a força armada, mas também a pressão econômica e política. Por outro lado, uma interpretação restritiva foi defendida pelos Estados ocidentais, resultando no fato de que "a declaração de 1970 não logrou fornecer uma resposta clara ao problema, no entender de alguns deliberadamente, ao optar por uma redação bem abstrata do princípio de modo a superar a dificuldade".

O princípio da não intervenção também foi arduamente debatido e alvo da defesa, principalmente, de latinoamericanos. Por outro lado, havia uma concepção européia a respeito da não intervenção, que considerava legítimas determinadas formas de intervenções, como a intervenção humanitária, para proteger nacionais no exterior ou para assegurar o controle financeiro de Estados devedores insolventes (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1112-1115).

Não é demais citar também que as grandes potências deixaram propositadamente de incluir o termo "justiça" na Carta de São Francisco – uma omissão injustificável considerando que no Pacto da Liga das Nações havia expressa menção à justiça. O termo só foi incluído no parágrafo 3 do art. 2 graças a uma emenda proposta por países latinoamericanos, aos quais se opuseram representantes de grandes potências alegando que justiça era um conceito vago e até mesmo perturbador (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1052-1053). As mesmas batalhas se verificaram nos debates sobre a Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados e, na década de 1970, no fracasso da tentativa de se estabelecer uma Nova Ordem Econômica Internacional.

Parece ficar claro que o significado prático das menções ao princípio da soberania estatal, da igualdade soberana, da não intervenção e da interdição do uso da força depende muito mais de outros aspectos que da neutralidade jurídica.

Por isso Celso Mello (2004, p. 87) ressaltava a importância e a necessidade de se estudar os aspectos políticos do Direito Internacional. A ideologia faz parte do direito, porque

o direito é inseparável de um sistema de valores. Não estudar o aspecto político do direito é como aceitar passivamente a consagração do *statu quo*. Por outro lado, se se aceitar o critério da efetividade como critério de validade para certos institutos, estar-se-ia aceitando que as grandes potências fossem as únicas a fazer valer para si mesmas os institutos de Direito Internacional, já que são as únicas que dispõem dos meios para impor a efetividade (MELLO, 2004, p. 93).

O Direito Internacional "visa legitimar uma concepção jurídica particular, historicamente determinada, mas que recebe a consagração de objetividade através de diversos mecanismos (Estado, instituições particulares, tribunais) cuja meta fundamental é de tornar evidente e suficiente uma interpretação subjetiva e condicionada". Trata-se de uma dogmática, entendida como um sistema cuja meta é proporcionar um conjunto de conceitos que permitam pronunciamentos capazes de solucionar conflitos a partir de premissas que não são questionáveis, o que pode ser chamado de " inegabilidade dos pontos de partida de suas séries argumentativas", segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. À princípio, a dogmática não parece ter relação com o Direito Internacional, considerando-se que este é desvinculado de uma fonte única e de uma autoridade superior, mas este direito também é embasado em determinado contexto político, econômico e ideológico (CAUBET, 1981, p. 2-3). É preciso romper com o pensamento dogmático e abrir o debate para outras ciências sociais.

Recorre-se, aqui, a Pierre Bourdieu e a sua sociologia do poder simbólico. Para Bourdieu, o campo jurídico é o lugar da concorrência pelo monopólio de dizer o direito, dentro do qual se defrontam agentes com a competência social e técnica de interpretar um *corpus* de textos que consagram a visão legítima e justa do mundo social (BOURDIEU, 2005, p. 212). Em outras palavras, o campo jurídico também é um campo de relações políticas, em que os agentes sociais, inseridos na estrutura do campo e ocupando a posição que depende de seu capital, lutam pela conservação ou transformação da estrutura e das suas posições. Isto porque o poder de dizer o direito significa poder construir uma concepção de práticas e percepções do mundo capaz de produzir os efeitos de adesão e submissão da sociedade a esta lógica.

O ato de interpretação destes textos não tem um fim em si mesmo, mas tem finalidade prática: "no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial". Mas, por mais que os juristas possam se opor a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente operativa, eles estão inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. Bourdieu

explica que as diferentes categorias de intérpretes dividem-se em dois pólos: o da interpretação voltada para a elaboração puramente teórica da doutrina e o pólo da interpretação voltada para a avaliação prática de um caso particular (BOURDIEU, 2005, p. 215-217). O embate entre as concepções puramente teóricas (os estudos da doutrina de Direito Internacional) e a jurisprudência internacional (puramente casuística) concernente à água doce nas relações entre os Estados ilustram a concorrência para se definir o que é o direito.

A significação prática do texto jurídico só é determinada por meio do confronto entre os diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes, divididos em função da sua posição na hierarquia interna do corpo (que por sua vez corresponde à posição da sua clientela na hierarquia social). Os juristas tentam puxar o direito no sentido da teoria pura, expurgada das incertezas e os juízes orientam o direito para uma casuística das situações concretas (BOURDIEU, 2005, p. 218-20).

A interpretação historiciza a norma, mas como os textos são "elásticos", a operação de interpretar o direito dispõe de uma imensa liberdade. "Não é raro que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisão em que não teve qualquer participação" (BOURDIEU, 2005, p. 222-223).

> O conteúdo prático da lei que se revela no *veredito* é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual os meios e recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das "regras possíveis", e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, a sua significação real, determina-se na relação de força especifica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do calor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva (BOURDIEU, 2005, p. 224 – 225).

Volta-se para o tema da água. Viu-se que o Direito Internacional da água doce é constituído, em grande parte, de estudos doutrinários e de declarações com efeito moral (o que se convencionou chamar de *soft law*). Se no século XIX houve preocupação suficiente com a liberdade de navegação para dar ensejo a acordos solenes entre Estados, o século XX assistiu ao acirramento da disputa por recursos de toda sorte aparentemente sem instrumentos jurídicos internacionais que regulassem essa disputa.

A partir do momento em que a evolução do capitalismo passou a exigir cada vez mais água, para fins cada vez mais diversos, passou-se a notar a existência da água doce (já neste momento escassa), por vezes concentrada em lugares errados, ou seja, onde não estão

localizadas as maiores demandas, as maiores concentrações populacionais, as indústrias mais eletro-intensivas e a maior parcela da agricultura irrigada[344]. Quando a substância água passou a ser importante para a geração de energia elétrica, para abastecer grandes concentrações populacionais, para servir de insumo para indústria, ela se tornou um *recurso* e na qualidade de recurso é objeto de uma acirrada disputa.

Neste momento, fez-se necessário discutir normas que regulassem as relações entre os Estados, que legitimassem a utilização por parte de um ou de outro Estado, por parte de um ou outro usuário, da quantidade de água que é necessária para gerar a *sua* energia, abastecer *as suas* populações e indústrias e irrigar os *seus* campos. Não se trata mais de utilizar os rios como meio de transporte, garantindo a liberdade de navegação, trata-se de efetivamente poder apropriar-se de água para os seus próprios fins.

É neste contexto que se inserem os trabalhos da doutrina de Direito Internacional procurando estabelecer conceitos como cooperação, intercâmbio de informações, responsabilidade, consulta prévia, uso equitativo e razoável. Não há nada mais vago do que o uso equitativo e razoável, especialmente quando um dos seus parâmetros é justamente a *necessidade* do Estado. A doutrina também tentou limitar a soberania estatal, embora de maneira implícita, ao propor métodos outros de gestão como a consideração da bacia hidrográfica, por exemplo. Mas limitar a soberania estatal não é possível quando o exercício da soberania está na base de todos os propósitos. Já foi citado que quando das negociações para a elaboração de uma convenção sobre os usos dos corpos hídricos internacionais a noção de recurso natural compartilhado como fundamento dos direitos e obrigações dos Estados foi aventada e recusada. O motivo da recusa estava no fato de relegar implicitamente a soberania dos Estados. No entanto,

> a soberania, dado político e social, é uma realidade tão "concreta" quanto a geografia ou a ecologia, quando se trata de definir um estatuto jurídico aplicável a um recurso natural compartilhado. Não é a natureza das coisas que impõe considerar acessórias as fronteiras políticas, "plantadas" ao acaso da história sobre a área territorial de uma bacia hidrográfica, mas certas racionalidades econômicas, ou mesmo a vontade de salvaguardar interesses particulares. E é porque existem as fronteiras que a noção de recurso natural compartilhado tomou corpo, integrando os termos de uma contradição.
> A noção que está subjacente à de recurso natural compartilhado exprime-se pelo termo de apropriação. Pois o recurso compartilhado é, o mais das vezes, entendido como um recurso partilhável. Isto é, os dados geográficos naturais não são apreendidos senão através de um recorte prévio: o que resulta da existência simultânea de várias soberanias contíguas. Com efeito, a gestão

[344] É comum encontrar na literatura referências ao fato de que a maior disponibilidade de água doce no Brasil está no norte do país, área menos populosa e desenvolvida, quase como se a natureza tivesse cometido o engano de não dotar o sudeste de maior abundância hídrica.

> ou exploração de recursos naturais verdadeiramente comuns só é concebível no quadro jurídico do condomínio (como no caso de um condomínio hidrelétrico). Entretanto, ninguém pensa em generalizar, ou mesmo em preconizar, essa solução. E já fizemos notar que diferentemente dos elementos que poderiam integrar um patrimônio comum da humanidade, os recursos naturais compartilhados são, por hipótese, objeto de uma apropriação por parte de certos Estados. Daí resulta que o problema de fundo consiste em determinar as modalidades da partilha (CAUBET, 1990, p. 230).

A soberania mostra-se tão real quanto a realidade geológica, climática, hidrográfica, porque a soberania é a própria essência de todo pensamento que pretende gerenciar a água ou outro recurso natural. É a possibilidade de se apropriar de uma parcela – se possível de todo – do corpo hídrico que anima os agentes sociais, neste caso específico, os Estados. As relações entre os Estados e as relações dos Estados com o meio ambiente é a ilustração da soberania funcionando a todo vapor: o poder de tomar para si um recurso que tornou-se escasso. O resultado, a inoperância de um direito que vise o contrário, não poderia ser mais óbvio.

O único tratado multilateral de caráter universal sobre a água doce foi a Convenção de NY de 1997, cuja elaboração tomou aproximadamente 30 anos de trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU. O referido tratado, 13 anos após a sua conclusão, ainda não entrou em vigor por falta de assinaturas suficientes. Os poucos Estados que ratificaram a Convenção são (não por coincidência) justamente Estados que se encontram em situação desfavorecida em relação aos seus vizinhos, tais como Iraque, a Jordânia, o Líbano, a Holanda, Noruega e Portugal. Os outros Estados continuam soberanos o suficiente para rejeitarem qualquer tratado internacional que lhe imponha obrigações em relação as *suas* águas.

Isso se conclui a partir das práticas dos Estados. No tratado sobre o Aquífero Guarani, assinado em 2 de agosto de 2010 por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, o primeiro princípio estabelecido é o da soberania estatal[345]. A Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços também ressalta, entre seus primeiros dispositivos, a soberania estatal.

A jurisprudência internacional também confirma o princípio da soberania dos Estados. Não há notícia, em todos os casos analisados, de empreendimento que tenha sido interditado ou abandonado. Pelo contrário, apesar de todas as bem intencionadas considerações pelo meio

[345] O próprio Ministro das Relações Exteriores ao falar sobre o acordo que acabara de assinar, ressaltou a importância de se afirmar a soberania dos quatro Estados do Mercosul sobre o aquífero, como forma de rechaçar pretensões de terceiros. Trechos da entrevista concedida pelo Ministro foram trazidos à colação no capítulo quarto deste trabalho.

ambiente, o desvio de água do lago Lanoux foi feito, a barragem de Gabcikovo foi erguida e as fábricas de celulose à beira do rio Uruguai já estão funcionando.

Fora os trabalhos da doutrina, o final do século XX assistiu à proliferação de conferências e declarações sobre a água doce, sempre sugerindo princípios e planos de ação que vão de pleno encontro às necessidades do capitalismo liberal pós-1989. Virou senso comum a necessidade de se atribuir um valor econômico à água, a privatização dos serviços de abastecimento e esgoto, a inserção da iniciativa privada num campo de tradicional monopólio natural estatal. Foram propostas as soluções globais para a água doce, tornando abstratas realidades tão diferentes como a brasileira e a libanesa, a paquistanesa e a canadense. No âmbito dessas soluções globais, a criação de um direito humano à água conseguiu consenso suficiente para se aprovar uma Resolução (de 28 de julho de 2010) no âmbito da Assembleia Geral da ONU. Mas o conteúdo deste direito humano ainda é indefinido e não conta com o apoio de importantes atores das relações internacionais.

Essa abstração dos problemas da água, a imposição de soluções globais compõem a ideologia em voga, ou seja, o conjunto de ideias desprovido de aspectos concretos de realidade, a serviço de determinados interesses predominantes. A escassez de água, encarada de forma geral e abstrata, ilustrada pelos números alarmantes dos variados relatórios de agências e organizações, é uma ideia determinante nas relações internacionais, uma ideia que sugere um modelo de gestão – eficiente e racional - que deve ser adotado por todos os países em todas as situações. Este discurso global funde as diferenças entre as realidades de cada lugar e oculta as verdadeiras origens históricas do problema. “De maneira mais ou menos sutil, introduz-se, como consequência lógica, a justificação da mercantilização da água, na medida em que a escassez lhe agrega, necessariamente, valor econômico” (SIQUEIRA, 2005, p. 37- 40).

Neste aspecto, a atuação dos agentes sociais não poderia ser mais produtiva: mesmo sem o direito que dê a chancela para um ou outro determinado uso ou usuário da água, a ideologia dominante produz seus efeitos no sentido de tornar uma determinada gestão da água a correta, a eficiente, a racional.

Neste contexto, faz sentido a explicação de Pierre Bourdieu (2005, p. 11-12) de que os diferentes agentes sociais estão em uma luta simbólica para imposição da definição do mundo social mais de acordo com os seus interesses e das posições ideológicas, reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais. Esta luta pode ser travada diretamente ou por procuração, ou seja, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica, o que está em jogo é o monopólio da violência simbólica legítima.

6.5. À guisa de conclusão

Soberania é poder. A teoria da soberania é um discurso que pode ser utilizado para centralizar o poder nas mãos de um rei, para criticar a centralização do poder nas mãos do rei, para criar a ilusão de que o poder pertence ao povo ou até mesmo para dotar uma entidade abstrata, o Estado, de um poder com fundamento em si mesmo.

A doutrina já definiu de várias formas a soberania e há muito tenta explicar que alguns são mais soberanos do que outros. O Direito Internacional já foi dividido em três esferas de aplicação, conforme o grau de civilização do povo ao qual se aplica. Já se evocou a existência de uma categoria de Estado "semi-soberano" e Estados "liliputianos" foram considerados uma disfunção nas relações internacionais.

Michael Akehurst qualificou o termo soberania como fortemente emotivo. Segundo este autor, os países comunistas tinham tendência em pronunciar-se eminentemente sobre nível teórico, ignorando a prática e, por vezes, brutais violações de direitos humanos - como se esta descrição não valesse também para as potências ocidentais. Sem dar-se conta, Akehurst relata como a soberania e o seu significado são objeto de luta constante: os países afro-asiáticos são truculentos por valorizarem sua soberania como um sinônimo de sua independência, condena o autor.

Os terceiro-mundistas, ao invés de provocarem profundas mudanças no Direito Internacional do qual se ressentem, segundo Malcom Shaw, aproveitam-se das regras que lhe são favoráveis (como a igualdade soberana e o princípio da não intervenção) e fazem campanha para derrogar as normas que são contrárias aos seus interesses. É de se perguntar: deveriam os países terceiros mundistas repudiar o princípio da igualdade soberana (já que não mais interessa às potências ocidentais) e fazer campanha a favor das normas que são contrárias aos seus interesses?

A soberania absoluta, como dito, foi útil até o momento em que só os Estados de fato soberanos tinham o direito legítimo de exercê-la. A partir da segunda metade do século XX, a soberania se popularizou, no sentido de que a igualdade soberana como categoria jurídica podia ser reclamada por todo e qualquer Estado. Neste contexto tornou-se conveniente que a soberania entrasse em crise, fosse relativizada para que não pudesse ser utilizada contra uma

situação de desigualdade de fato. As desigualdades de fato devem ser preservados juridicamente? Ou o direito deve ser relativizado para açambarcar as desigualdades de fato?

Esteja localizado no povo, no rei, na constituição ou em qualquer outro "lugar", o poder soberano é produto de uma relação de forças, de uma disputa para definir quem de fato detém o poder e também o que este poder significa. Não é por outra razão que hoje em dia pode-se afirmar que a soberania é mitigada ou que entrou em crise.

Mas se a soberania nunca foi o poder supremo, absoluto, perpétuo e inalienável que eventualmente se pretendeu que fosse, tampouco é possível afirmar que a soberania entrou em crise junto com o Estado contemporâneo. A transubstanciação da soberania absoluta em soberania mitigada não resolve os problemas que se apresentam nas relações que envolvem a apropriação da água doce e do meio ambiente, de forma geral.

Mesmo quando se diz que a soberania é relativizada, o que se busca é justificar a relativização do poder *dos outros*. Não é a soberania do Estado norte-americano ou do Estado alemão que é relativizada, mas é sempre a soberania dos outros – comumente chamados de Estados fracassados, Estados párias ou *Rogue States* – que devem de alguma forma sofrer uma intervenção, seja econômica, humanitária ou ecológica. Nesse sentido, o direito que tornou abstrata a soberania, que a jurisdicizou, vai sempre ocultar uma relação de poder.

No campo do Direito Internacional da água doce – e do Direito Internacional do meio ambiente em geral – faz-se ainda mais necessário não ceder à sedutora ideia de que os vereditos estão baseados nas normas transcendentais e universais das quais os juristas são os guardiões. Torna-se mais evidente que o direito não é o que acredita ser: "um universo puro de todo comprometimento com as necessidades da política e da economia" (BOURDIEU, 1997, p. 116). Também o Direito Internacional e o conflito entre os seus intérpretes devem ser abordados à luz do contexto político e econômico que o informam. Por isso, não se pode ignorar a soberania e o poder, pois eles estão na base da relação que os Estados têm entre si e em relação aos seus recursos naturais.

CONCLUSÕES

Estudar o Direito Internacional Público em matéria de água doce foi o objetivo deste trabalho. Procurou-se fazer uma análise jurídica das relações travadas pelos Estados em razão dos usos da água doce, do controle de suas fontes e nas tentativas de estabelecer parâmetros para a solução da crise ambiental e das dificuldades enfrentadas pelos seres humanos no acesso à água.

A análise jurídica não deve perder de vista as dimensões econômicas, políticas e sociais que permeiam as relações entre os Estados: o cenário do início do século XXI é o do aumento exponencial de demandas, de competição entre os múltiplos usos (como uso para geração de energia, navegação, pesca, lazer, indústria, agricultura, abastecimento público etc.) e de mercantilização da água doce. A emergência das crises ambientais, a contaminação e a poluição das águas superficiais e subterrâneas, a ameaça da escassez e o fenômeno da água virtual aumentam a complexidade das disputas pela água.

As conclusões da pesquisa são apresentadas em três partes. Na primeira, tenta-se responder as perguntas: existe um Direito Internacional da água doce? De que é constituído? A década de 1990 foi marcada por transformações políticas, econômicas e sociais que ampliaram as possibilidades de respostas para essas perguntas: no início do século passado o Direito Internacional ainda se ocupava da liberdade de navegação, mas ia logo se deparar com sua compatibilização com a construção de usinas hidrelétricas. No início do século XXI, está sendo desafiado pela declaração de um direito humano à água.

A segunda parte das conclusões refere-se especificamente ao tema das águas subterrâneas. São comparados os estudos para um regime jurídico internacional dos aquíferos – elaborado pela Comissão de Direito Internacional e consolidado em uma resolução da Assembleia Geral da ONU de janeiro de 2009 - com um regime jurídico concreto, aquele estabelecido para o aquífero Guarani, por meio de um tratado assinado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, em 2 de agosto de 2010.

Por fim, a terceira parte apresenta as conclusões acerca da prática do Direito Internacional em conflitos entre Estados pela utilização de águas doces superficiais. Os parâmetros de boas práticas com propósito de preservar os ecossistemas, a qualidade da água e a integridade do ciclo hidrológico puderam ser analisados e aplicados por juízes em casos concretos, mas não o foram. Para explicar um dado essencial que permeia toda a análise jurídica das questões de água doce, a soberania estatal, serão retomados os elementos teóricos

apresentados no último capítulo.

O que se conhece por Direito Internacional em matéria de água doce

No começo, era a navegação. O Direito Internacional até o início do século XX ocupava-se de garantir o livre comércio e, logicamente, a possibilidade de livremente fazer transitar as mercadorias.

O aumento da demanda por água para a geração de energia impôs um fator complicador para a relação entre os Estados, sem que o Direito tenha acompanhado esta evolução da realidade.

Viu-se no primeiro capítulo que o doutrina internacionalista desenvolveu durante décadas algumas fórmulas que, se aceitas pelos Estados, poderiam contribuir para regular as suas relações que envolviam os usos da água doce. Destacaram-se os trabalhos do Instituto de Direito Internacional e da Associação de Direito Internacional. As Regras de Helsinki e as Regras de Berlin - ambos documentos produzidos pela Associação de Direito Internacional – inspiraram muitos estudiosos e a Comissão de Direito Internacional da ONU, mas não motivaram os Estados. As noções de bacia hidrográfica, de utilização equitativa e razoável da água doce e a proibição de se causar dano são considerados princípios por alguns, mas são ignorados na prática das relações interestatais.

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas estudou por décadas as questões da água doce no Direito Internacional. O resultado do seu trabalho é a Convenção de Nova York sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação, de 1997. Trata-se de um conjunto de normas abrangentes, tímidas em relação à proteção do meio ambiente, mas consistentes na regulação de um procedimento de solução de controvérsias.

A Comissão de Direito Internacional incorporou à Convenção de Nova York alguns princípios dos estudos da Associação de Direito Internacional. O princípio da utilização equitativa e razoável das águas de um rio internacional, por exemplo, é um deles. No texto da Convenção, ganhou uma extensão abrangente: pode-se interpretar que tanto os usos quanto os benefícios que se extraem desses usos devem ser equitativa e razoavelmente partilhados entre os Estados da bacia. A Convenção de NY determina primeiramente que os Estados “devem utilizar” um curso de água “de maneira equitativa e razoável”, mas também estipula que deve

haver participação no “desenvolvimento” e na “proteção” de maneira equitativa e razoável. Contudo, permanece o problema de se definir, na prática, o que é equitativo e o que é razoável. A Convenção oferece critérios para se medir o que é equitativo e razoável (chamados de fatores relevantes e circunstâncias), critérios estes completamente subjetivos. As necessidades de um Estado, vale repetir, são essencialmente infinitas e há sempre uma forma de justificá-las: da escassez objetiva às necessidades(?) da segurança nacional.

Além do princípio da utilização equitativa e razoável, a Convenção de Nova York também adota a obrigação de não causar dano significativo a outro Estado, um dever genérico de cooperação no intercâmbio de informações técnicas, e um dever do Estado de informar outros ribeirinhos caso tenha planos de empreender um projeto, uma atividade ou obra que possa produzir impactos negativos no território de outros ribeirinhos.

A possibilidade de que a Convenção de Nova York entre em vigor é remota. Foi aberta à ratificação em 1997 e são necessárias 35 ratificações para que entre em vigor, mas até 2010 a Convenção havia sido ratificada somente por 19 Estados. Ainda que a sua vigência se concretize, é de se duvidar que ela possa produzir efeitos úteis, já que dificilmente vão se submeter às mesmas obrigações Brasil e Argentina; Turquia, Síria e Iraque; Israel, Líbano e Síria; México e EUA; Índia e Bangladesh.

Enquanto não se concretizar a vigência da Convenção de 1997 ou outro instrumento multilateral que a substitua, não se pode afirmar que existe efetivamente um Direito Internacional da água doce, de caráter universal e força vinculante. É verdade que existem tratados bilaterais e regionais com objetivos específicos, mas isso só comprova que o regime jurídico da água doce é melhor definido como uma casuística.

Enquanto a Comissão de Direito Internacional ainda concentrava-se na fixação de parâmetros para repartição entre Estados dos benefícios dos usos da água, em meio à consciência emergente da necessidade de preservação e conservação, uma mudança fundamental na tônica das relações internacionais a partir de 1990 fez com que o Direito Internacional se afastasse dos parâmetros negociados até então. Houve um divórcio entre a perspectiva que se pretendia adotar – apoiada nas percepções científicas da unidade do ciclo hidrológico – e aquelas efetivamente propaladas nos foros internacionais, que se multiplicaram, em prol da assimilação da água doce a uma ótima puramente individualista.

Em outras palavras, proporcionalmente ao avanço do capitalismo liberal, proliferaram as análises sobre a escassez de água, a necessidade de se atribuir à água um valor econômico e de retirar dos Estados o monopólio da prestação de serviços de saneamento. Estes três elementos compõe essencialmente a ideologia da água, tal como descrita no capítulo 2 deste

trabalho, um conjunto de ideias que omite as causas da escassez de água, a contribuição humana para realização deste fenômeno e dá um aspecto de cientificidade às soluções propostas nos foros internacionais.

Estas soluções propostas nos foros internacionais seguem padrões. Em Dublin, a ênfase foi na afirmação de princípios e do valor econômico da água; em Bonn, a palavra-chave era a governança da água; e no 3º Fórum Mundial da Água pedia-se a mobilização de todas as fontes de financiamento. Pode-se resumir as proposições nas seguintes sugestões: a atribuição de um valor econômico à água, como se essa fosse a única forma de racionalizar o consumo; a gestão da água com a inserção de um novo ator, mais eficiente, nas cidades onde o serviço é lucrativo; a necessidade de maiores investimentos, que têm que provir do orçamento público, porque só assim o setor vai ficar atrativo para o capital privado investir; a necessidade de regulação para dar segurança ao investidor privado; a adoção de um sistema de *full cost* para garantir o lucro do prestador privado; a capacitação das pessoas e das instituições; e a adoção de tecnologia. Garantiu-se, desta forma, a transformação de uma questão política, que depende de debates em espaços públicos e do exercício da cidadania, em meras questões técnicas, de competência gerencial e de fomento de negócios no mercado internacional.

Mas as decisões dos fóruns mundiais da água e as declarações proferidas em conferências internacionais não constituem Direito Internacional. A adesão voluntária a esses preceitos por parte de alguns Estados não significa que sejam juridicamente vinculantes.

Tampouco são vinculantes os princípios identificados como componentes do Direito Internacional do Meio Ambiente, consagrados nas Conferências da ONU de Estocolmo em 1972 e do Rio de 1992, embora pudessem ter resultados práticos positivos. A efetiva aplicação do princípio da precaução, por exemplo, teria produzido um outro resultado na solução da disputa entre Argentina e Uruguai por causa das fábricas de celulose (*papeleras*) na margem esquerda do rio Uruguai.

Tendo se tornado escassa e alvo de disputas, logicamente, a água doce também passou a ser objeto de um direito humano. O discurso dos direitos humanos é inerente à trajetória do capitalismo. Como explicou David Harvey (2008, p. 189-190), “a insistência neoliberal no indivíduo como fundamento da vida político-econômica abre a porta ao ativismo dos direitos individuais” (HARVEY, 2008, p. 190). Mas isso não impede que o discurso dos direitos humanos seja utilizado pela oposição ao neoliberalismo com objetivos e efeitos progressistas e de mudança social. É preciso travar batalhas para que os direitos humanos derivados das liberdades burguesas tenham conteúdo definido e sejam implementados com pleno vigor.

Como visto, até 2010, afirmava-se um “reconhecimento implícito” do direito à água no Direito Internacional, por meio de disposições contidas na Declaração Universal de Direitos Humanos e nos Pactos de 1966, de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Já o reconhecimento explícito encontrava-se em resoluções (como a de n. 24/2005, do Conselho Econômico e Social da ONU); declarações proferidas em conferências internacionais (como a de Dublin e a do Rio, ambas de 1992); e na Observação geral n. 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Conselho Econômico e Social da ONU. Em 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 64/292, com votos favoráveis de 122 países e 41 abstenções. Abstiveram-se os Estados Unidos, alguns Estados europeus e desenvolvidos como Austrália, Áustria, Canadá, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Luxemburgo, Israel, Japão e Suécia.

Considerando que a Convenção de Nova York de 1997 não entrou em vigor e que as Declarações (principalmente da Assembleia Geral da ONU) não constituem fontes formais de Direito Internacional Público, não há nada muito além da casuística dos acordos bilaterais e regionais que possa constituir um verdadeiro Direito.

O Direito dos aquíferos transfronteiriços aqui e alhures

A urgência das crises ambientais e dos problemas relacionados às águas subterrâneas motivou estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU, a partir de 2004. Em 2000, o tema foi incluído na pauta de trabalhos da CDI, inicialmente sob o título de “recursos naturais compartilhados”, abrangendo água, gás natural e petróleo.

O resultado deste trabalho foi a Resolução da Assembléia Geral n. 63/124 de 15 de janeiro de 2009 sobre o “Direito dos Aquíferos transfronteiriços”: um conjunto de 19 artigos com disposições bem avançadas para regulação da utilização de um aquífero transfronteiriço.

Na América do Sul, outro tipo de emergência engendrou a colaboração entre os países do Mercosul: a descoberta do que se acreditava ser a maior reserva de água doce do mundo, o aquífero Guarani. Em julho de 2004 foi criado um grupo de trabalho dentro da estrutura do Mercosul para estudar e elaborar um projeto de acordo sobre o Aquífero Guarani, para ser assinado pelos Estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Em dezembro daquele mesmo ano o grupo concluiu seu trabalho, mas o acordo só foi assinado seis anos depois. O Acordo sobre o Aquífero Guarani, assinado em San Juan (Argentina) em 2 de agosto de 2010,

ou seja, um ano e meio após a edição da Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre o "Direito dos Aquíferos transfronteiriços" e quase vinte anos após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (que aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992), contém dispositivos um pouco aquém do esperado em termos de proteção dos aquíferos e regulação dos usos da água.

Pode-se fazer uma comparação entre a Resolução da ONU de 2009 e o Acordo sobre o Guarani de 2010. As diferenças se revelam logo no preâmbulo. Ambos os textos afirmam a importância da cooperação, reafirmam a Resolução sobre a soberania permanente sobre recursos naturais (Resolução AG/ONU n. 1803 de 1962) e os princípios consagrados na Declaração do Rio (de 1992). Mas a Resolução da Assembleia Geral reconhece no preâmbulo, entre outras coisas: o aumento da demanda por recursos hídricos e a necessidade de se proteger as águas subterrâneas; a necessidade de assegurar o desenvolvimento, utilização, conservação, gerenciamento e proteção das águas subterrâneas no contexto do desenvolvimento sustentável; a necessidade de se considerar a situação especial dos países em desenvolvimento.

O Acordo sobre o Guarani, por sua vez, além das considerações já mencionadas, relembra as Declarações de Estocolmo (de 1972) e de Johanesburgo (de 2002); pretende levar em consideração os "progressos alcançados com respeito ao desenvolvimento harmônico dos recursos hídricos e à integração física" conforme os objetivos do Tratado da Bacia do Prata (de 1969); apóia-se no Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul; e afirma que os Estados estão "motivados pelo desejo de ampliar os níveis de cooperação para um maior conhecimento científico sobre o Sistema Aquífero Guarani e a gestão responsável de seus recursos hídricos".

No âmbito das definições as diferenças entre o Acordo sobre o Guarani e a Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços também são visíveis. A resolução dedica o art. 1º ao escopo dos artigos e o art. 2º, com 8 alíneas, às definições. Para a AG da ONU, o aquífero é uma formação geológica que contém água e a utilização do aquífero significa a extração de água, calor e minerais, bem como a estocagem ou a disposição de substâncias. Um sistema de aquíferos, neste contexto, é uma série de dois ou mais aquíferos hidrologicamente conectados.

No Mercosul, o Sistema Aquífero Guarani é definido como: um recurso hídrico transfronteiriço que integra o domínio territorial soberano da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai (art. 1º). Para tornar ainda mais explícito o "domínio soberano" de cada um dos Estados, o art. 2º estabelece que cada Parte "exerce o domínio territorial

soberano sobre suas respectivas porções do Sistema Aquífero Guarani, de acordo com suas disposições constitucionais e legais e de conformidade com as normas de direito internacional aplicáveis".

É preciso observar que, se a resolução da ONU utiliza a noção de aquífero como formação geológica, não dirigindo-se diretamente às águas subterrâneas, esta foi a forma para possibilitar o exercício da soberania, tão caro aos Estados. Em outras palavras, o princípio da soberania que a Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços consagra só é logicamente possível porque a soberania se exerce sobre parte de uma formação geológica que se encontra embaixo do território de um Estado. A água contida nesta formação geológica não é o escopo da resolução e, logo, não é compreendida como sujeita à soberania estatal. No Mercosul, o Sistema Aquífero foi definido como "recurso hídrico transfronteiriço", algo que pela sua característica de fluidez não pode se submeter à soberania, embora seja a afirmação da soberania o principal objetivo do Acordo.

A Resolução da AG da ONU consagra 6 princípios: o da soberania; o princípio da utilização equitativa e razoável (bem como os fatores relevantes para se determinar o que é equitativo e razoável, entre eles, as necessidades humanas vitais); a obrigação de não causar dano significativo para outro Estado; a obrigação geral de cooperação; a obrigação de promoção de um intercâmbio regular de informações; e o encorajamento para que Estados adotem acordos regionais ou bilaterais.

Os princípios consagrados pelo Acordo sobre o Aquífero Guarani são 4:

- o princípio da soberania, segundo o qual cada Parte exerce o "domínio territorial soberano sobre porções do Sistema Aquífero Guarani", conforme seus dispositivos constitucionais, legais e de acordo o direito internacional aplicável (art. 2º);
- o princípio de que as Partes têm o "direito soberano de promover a gestão, o monitoramento e o aproveitamento sustentável dos recursos hídricos do Sistema Aquífero Guarani" e a utilização dos recursos hídricos devem ter por base "critérios de uso racional e sustentável e respeitando a obrigação de não causar prejuízo sensível às demais Partes nem ao meio ambiente" (art. 3º);
- o princípio de que as Partes devem promover a proteção e a conservação do Sistema Aquífero Guarani "de maneira a assegurar o uso múltiplo, racional, sustentável e equitativo de seus recursos hídricos" (art. 4º);
- o princípio de que as Partes devem atuar conforme os princípios e normas de direito internacional aplicáveis e adotando as medidas necessárias para evitar

> prejuízos sensíveis às outras Partes e ao meio ambiente, ao empreender atividades, obras e estudos relacionados ao aquífero (art. 5º e 6º).

A gestão, o monitoramento e o aproveitamento sustentável do aquífero são direitos dos Estados e não obrigações conforme era de se esperar considerando que os Estados do Mercosul estão atentos às conclusões das Conferências de Estocolmo, do Rio e de Johanesburgo, conforme consta no preâmbulo do Acordo. A obrigação de se evitar prejuízos sensíveis é ressaltada mais de uma vez, mostrando a ênfase que os Estados puseram na ideia da proibição do dano ou prejuízo sensível. Por outro lado, o princípio da utilização equitativa e razoável dos recursos hídricos não está exposta de forma clara no Acordo sobre o Guarani: os termos "equitativo", "razoável" e "racional" não têm definição ou parâmetros para sua aferição. O Acordo nada prevê sobre a prioridade do uso das águas para as necessidades humanas vitais, tal como previsto na Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços.

Os Estados do Mercosul instituíram uma obrigação de promoção da proteção e da conservação do Sistema Aquífero Guarani para assegurar o uso múltiplo, racional, sustentável e equitativo de seus recursos hídricos (art. 4º). Não há menção no texto do Acordo à questão da poluição e à necessidade de proteger zonas de recarga e descarga do aquífero. A resolução da Assembleia Geral da ONU, por outro lado, estabelece 5 obrigações específicas, quais sejam: o dever de adotar medidas para proteger e preservar os ecossistemas dentro de um aquífero transfronteiriço ou dele dependente; dever de identificar e proteger áreas de recarga e descarga do aquífero; dever de prevenção, redução e controle da poluição e adoção de uma abordagem de precaução; o dever de se estabelecer e implementar planos de gerenciamento do aquífero e mecanismos de gerenciamento conjunto (arts. 10 a 14).

A Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços sugere que se estabeleçam mecanismos de cooperação científica, técnica, educacional, legal e de auxílio aos países em desenvolvimento (art. 16). O Acordo sobre o Guarani prevê que os Estados devem cooperar para ampliar o conhecimento técnico e científico, para promover o intercâmbio de informações sobre o aquífero e sobre práticas de gestão e para promoção de "projetos comuns" (art. 12) - sem prejuízo dos projetos que desejem empreender em seu próprio território (art. 13) – e, ainda, cooperação para identificação de áreas críticas que demandem tratamento específico (art. 14). A coordenação da cooperação entre os Estados do Mercosul se dará por meio de uma comissão que será criada dentro do quadro do Tratado da Bacia do Prata (art. 15).

A Resolução da AG da ONU contém ainda dispositivos sobre como devem agir os Estados em caso de situações de emergência (art. 17), sobre a proteção dos aquíferos e as instalações a ele relacionadas em tempo de conflito armado (art. 18) e um artigo sobre as informações vitais para a segurança nacional (art. 20). Não há nada similar no Acordo sobre o Aquífero Guarani.

Tanto na Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços como no Acordo sobre o Guarani há dispositivos para regular o procedimento que deve ser obedecido pelos Estados no caso de permitirem ou empreenderem obras ou atividades que possam causar impactos transfronteiriços. É preciso dizer que em nenhum dos dois documentos há o claro dever de promover uma consulta prévia. Mas o Acordo sobre o Guarani estabelece um procedimento mais completo e detalhado do que aquele recomendado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU. Segundo o Acordo sobre o Guarani, cada Parte deve informar a outra sobre atividades ou obras que possam ter efeito sobre o Sistema Aquífero Guarani ou além de suas fronteiras (art. 9), junto com os estudos técnicos disponíveis; mas uma Parte que considerar que uma obra ou atividade empreendida por outra pode causar-lhe prejuízo sensível tem o direito de requisitar as informações (art. 10, 1). Se a Parte que recebeu as informações concluir que poderá sofrer prejuízo sensível em decorrência da obra ou atividade permitida ou empreendida por outro, ambas têm que entrar em acordo para alcançar a solução mais equitativa possível, tendo em vista o princípio da boa-fé. Se a Parte que recebe as informações comprovar *prima facie* que a obra ou atividade pode lhe causar prejuízo, o empreendimento tem que ser suspenso, enquanto durarem as negociações, que deverão ser concluídas no prazo máximo de 6 meses (art. 11). Caso haja controvérsias, as Partes devem resolvê-las mediante negociação direta, ou mediante consulta à Comissão que será criada no âmbito do Tratado da Bacia do Prata, que terá até 60 dias para formular recomendações (arts. 16 a 18) e, se nada disso funcionar, as Partes devem recorrer à arbitragem, que terá um procedimento fixado em protocolo adicional ao Acordo (art. 19).

O art. 15 da Resolução sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços, sobre as "atividades planejadas", recomenda que um Estado faça uma avaliação dos possíveis impactos que pode causar uma atividade planejada em seu território, caso ela possa afetar um aquífero transfronteiriço ou um sistema de aquíferos, podendo causar, desta forma, um impacto negativo sobre outro Estado. Antes de implementar ou permitir a implementação desta atividade, o Estado deve notificar o(s) outro(s) Estado(s) que pode(m) ser afetado(s) negativamente. Se os Estados notificado e notificante não estiverem de acordo com relação aos efeitos potenciais de uma determinada atividade planejada, eles devem entrar em

negociações para alcançar uma solução equitativa para a situação, podendo utilizar um órgão independente para fazer a avaliação dos impactos das atividades.

O Acordo sobre o Aquífero Guarani firmado em 2 de agosto de 2010 por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai representa um passo positivo na institucionalização da cooperação entre os países em prol da gestão do recurso hídrico transfronteiriço. Embora fique aquém do sugerido pela Assembleia Geral da ONU nos aspectos específicos da preservação das águas do aquífero e dos ecossistemas, pois não lida com as questões da vulnerabilidade, da poluição e da superexploração das águas, o Acordo é avançado no sentido de coordenar e regular as ações dos Estados, principalmente em se tratando de projetos a serem empreendidos em seus territórios. Não resta dúvidas, no entanto, de que o principal objetivo dos Estados é o de afirmar a sua soberania sobre as águas do Guarani.

Soberania, decisões e Direito

A soberania estatal é um conceito recorrente nos textos de declarações, de tratados, de decisões e de análises da doutrina sobre o Direito Internacional em matéria de água doce. Nem sempre, evidentemente, com as mesmas conotações. Às vezes a soberania estatal é defendida, como uma forma de afirmar o poder dos Estados sobre os seus próprios recursos naturais e rechaçar intervenções. Em outros momentos, verificou-se que a soberania é o bode expiatório para que um determinado acordo não seja alcançado, como se deu durante as décadas de negociações dentro da Comissão de Direito Internacional para elaboração de uma convenção sobre recursos hídricos transfronteiriços. O fato é que a soberania continua sendo uma forma de explicar a conduta dos Estados.

Observou-se, no último capítulo desta tese, que os clássicos autores de Direito Internacional elaboraram concepções sobre soberania e igualdade soberana que soam no mínimo preconceituosos para os democratas do século XXI. Evidentemente, estas concepções estavam plenamente enraizadas no contexto histórico e político em que foram elaboradas: até a metade do século XX a soberania era característica exclusiva dos Estados europeus e de seus herdeiros nobres na América. A consagração da soberania estatal na Carta das Nações Unidas é compreensível na medida em que, em 1948, garantiu-se naquela mesma Carta os instrumentos para manter a soberania de fato das potências da época. Em outras palavras, a afirmação da igualdade soberana dos Estados como princípio da ONU foi possível enquanto

arranjo institucional da organização, a divisão de poder e a distribuição de competências entre seus órgãos garantiam que a soberania se manteria entre as potências que de fato eram soberanas.

Após a descolonização, com o ingresso de muitos países novos na organização tornou-se mais evidente a disputa pela significação prática dos conceitos em geral, inclusive da igualdade soberana. Lembre-se dos relatos de Antonio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 109-110) sobre os debates no âmbito da Assembleia Geral da ONU para a elaboração da resolução 2625/1970. O autor explica que, quando se tratou de definir o termo "força", objeto do princípio da proibição do uso ou ameaça da força nas relações internacionais houve uma grande divergência. Os Estados da Ásia, da África, do Leste europeu e da América Latina, na maior parte, defendiam uma interpretação ampla do termo "força", de forma que não significasse somente a força armada, mas também a pressão econômica e política. Por outro lado, uma interpretação restritiva foi defendida pelos Estados ocidentais, resultando no fato de que "a declaração de 1970 não logrou fornecer uma resposta clara ao problema, no entender de alguns deliberadamente, ao optar por uma redação bem abstrata do princípio de modo a superar a dificuldade". O mesmo tipo de controvérsia ocorreu quando das discussões sobre o princípio da não intervenção: os europeus eram a favor de intervenções humanitárias e de intervenções com objetivo de assegurar o controle financeiro de Estados devedores insolventes (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 1112-1115).

Assim, a partir da segunda metade do século XX, quanto maior o número de Estados que pudesse reclamar a sua soberania, mais urgente foi que a soberania fosse relativizada e entrasse em crise. A soberania relativizada é a *dos outros*, nomeadamente daqueles que precisam sofrer alguma intervenção, seja econômica, humanitária ou ecológica. Nesse sentido, o direito que tornou abstrata a soberania, que a jurisdicizou, vai sempre ocultar uma relação de poder.

Mas se a soberania nunca foi o poder supremo, absoluto, perpétuo e inalienável que eventualmente se pretendeu que fosse, tampouco é possível afirmar que a soberania entrou em crise junto com o Estado contemporâneo. A transubstanciação da soberania absoluta em soberania mitigada não resolve os problemas que se apresentam nas relações que envolvem a apropriação da água doce e do meio ambiente, de forma geral. A soberania mostra-se tão real quanto a realidade geológica, climática, hidrográfica, porque é a própria essência de todo pensamento que pretende gerenciar a água ou outro recurso natural. As relações entre os Estados e as relações dos Estados com o meio ambiente é a ilustração da soberania funcionando a todo vapor: o poder de tomar para si um recurso que tornou-se escasso.

Isto se verifica na práticas dos Estados. No tratado sobre o Aquífero Guarani, assinado em 2 de agosto de 2010 por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, o primeiro princípio estabelecido é o da soberania estatal. A Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços também ressalta, entre seus primeiros dispositivos, a soberania estatal.

A análise de casos de conflitos entre Estados pela água doce que foi realizada no capítulo 5 deste trabalho objetiva compreender os possíveis significados deste Direito Internacional que ora parece inoperante por contrariar a soberania dos Estados, ora vale-se do princípio da soberania para se afirmar. Segundo Pierre Bourdieu (2005, p. 224-225), a significação real da regra jurídica que se revela no veredicto é o "resultado de uma luta simbólica para fazer triunfar uma determinada causa" e "tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do calor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva (BOURDIEU, 2005, p. 224 – 225).

O caso do rio Oder, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, resultou na extensão do regime de internacionalização dos rios europeus a uma parte de rios tributários (de um rio internacional, o Oder) situada em território polonês. Para justificar o que se poderia chamar de derrogação da soberania polonesa sobre os seus recursos naturais, a CPJI alegou a existência de um princípio de Direito Internacional segundo o qual existe uma "comunidade de interesses" sobre um rio internacionalizado. A decisão era em prol da liberdade de navegação e, consequentemente, em prol do comércio.

O caso da captação de águas do rio Mosa, feita pela Holanda e pela Bélgica, provocou divergências que simplesmente não foram solucionadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional. A CPJI questionada a respeito da legalidade das obras e projetos de ambas as partes, evitou responder e consagrou o *laissez faire* para as práticas que Holanda e Bélgica estavam a concretizar, cada uma de seu lado, para garantir mais águas para seus canais.

O caso do lago Lanoux representa a consagração da soberania absoluta da França, em prejuízo da Espanha. O lago Lanoux localiza-se em território francês, mas o seu único efluente é o rio Carol que corre por aproximadamente 20 km pela França até atingir o território espanhol. Com intuito de produzir energia elétrica, o governo francês resolveu barrar o rio Carol, transformando o lago Lanoux num imenso reservatório, cujas águas foram desviadas para o rio Ariège, que corre para o Atlântico. A França prometeu devolver ao rio Carol o mesmo volume de água desviado do lago Lanoux por meio de um canal, mas mesmo assim a Espanha protestou contra as profundas mudanças no regime do rio Carol sem o seu consentimento, alegando também que o projeto representava a violação da isonomia entre os

dois países e do disposto nos tratados dos Pirineus e a Ata adicional de 1866. A contenda foi submetida a um tribunal arbitral que deu toda razão à França. Como o rio Carol era sucessivo, a França tinha o direito de aproveitar as águas dentro de seu território como bem entendesse. A Espanha tinha somente interesses a defender, dentro dos moldes do projeto proposto pela França. O governo espanhol, além de intransigente, não sabia a diferença entre direitos e interesses, segundo o Tribunal.

Em 1997 a Corte Internacional de Justiça proferiu uma sentença num caso que opunha Hungria e Eslováquia, por causa da realização do projeto chamado Gabcikovo-Nagymaros conforme um tratado assinado em 1977 pelas partes. Este projeto inicialmente previa a construção de duas séries de grandes barragens e eclusas que afetariam aproximadamente 200 km do rio Danúbio, em território húngaro e tchecoslovaco. O propósito do conjunto de engenharia era o de gerar energia hidrelétrica e melhorar as condições de navegação do Danúbio.

Tratava-se de um projeto contrário à natureza, como admitiu o próprio presidente da Tchecoslováquia, mas favorável à navegabilidade do Danúbio, algo de interesse de toda a Europa. Em 1989, a Hungria suspendeu e em alguns meses abandonou as obras previstas no projeto como de sua responsabilidade. A Tchecoslováquia resolveu adotar a Variante C: o barramento do rio Danúbio em território tchecoslovaco, em Cunovo, a montante do território húngaro para desviar 90% das águas do Danúbio para um canal dentro de seu território, a alimentar a usina de Gabcikovo.

A Corte Internacional de Justiça considerou que a Hungria cometeu um ato ilícito ao suspender e posteriormente abandonar as obras de sua responsabilidade e que não tinha motivos para denunciar o tratado de 1977 a respeito do projeto Gabcikovo-Nagymaros. A despeito de todos os argumentos ecológicos, inclusive a ameaça ao abastecimento da população de Budapeste. A Tchecoslováquia, por sua vez, tinha o direito de adotar as providências para colocar em operação a Variante C, mas praticou um ilícito ao efetivamente colocá-la em operação, segundo a Corte Internacional de Justiça. Com isso, a CIJ concluiu que ambas as partes cometeram ilícitos, mas nem por isso o tratado de 1977 poderia ser denunciado ou teria perdido o seu objeto. As partes deveriam negociar para adaptar as circunstâncias de fato consumadas (a Variante C), aos propósitos do tratado de 1977 que previa o projeto original. Como o objeto do tratado compreendia um investimento conjunto, único e indivisível, a solução ideal seria que a Hungria pudesse participar da operação de Gabcikovo, desde que, evidentemente, pagasse proporcionalmente pelos seus custos.

A Corte chega a fazer menção aos impactos que as atividades humanas produzem na natureza e a aplicação da fórmula do desenvolvimento sustentável por minimizar ou eliminar esses impactos. Mas decide por não aplicar ao caso qualquer princípio de Direito Internacional Ambiental: prevenção, precaução, desenvolvimento sustentável.

Em 2010, a Corte Internacional de Justiça se pronunciou a respeito do caso das fábricas de celulose na margem esquerda do rio Uruguai. A Argentina pediu que a Corte Internacional de Justiça determinasse a suspensão da construção e da operação das fábricas e o Uruguai, por outro lado, pediu que fosse determinado à Argentina impedir os bloqueios de pontes e o trânsito entre os dois países. A Corte negou ambos os pedidos de medidas provisórias. No mérito, a CIJ acolheu o pedido argentino de declaração de que o Uruguai havia cometido um ato ilícito, ao desrespeitar as regras de procedimento previstas no Estatuto do rio Uruguai de 1975.

No entanto, a CIJ entendeu que o Uruguai não violou qualquer das suas obrigações substanciais (como a de contribuir para a ótima e racional utilização do rio Uruguai, a obrigação de assegurar que o gerenciamento do solo e de florestas não prejudique o regime do rio, a obrigação de coordenar medidas para evitar mudanças no equilíbrio ecológico e a controvertida obrigação de prevenir a poluição e preservar o meio ambiente aquático). Em geral, a Corte Internacional de Justiça considerou que a Argentina, que tinha o ônus probatório, não juntou aos autos provas de que determinados fatos relacionados ao rio Uruguai tivessem ligação com a construção e a operação da fábrica de celulose. A responsabilidade internacional do Uruguai só poderia ser engajada se ficasse cabalmente comprovado que falhou no dever de diligência sobre as atividades realizadas em seu território.

Também neste caso a Corte fez considerações sobre o meio ambiente: “Esta vigilância e prevenção é ainda mais importante na preservação do equilíbrio ecológico, uma vez que o impacto negativo das atividades humanas sobre as águas do rio pode afetar outros componentes do ecossistema do curso de água, tais como a sua flora, fauna e solo” (CIJ, 2010, p. 55-56). As regras e princípios de Direito Internacional Ambiental ou aqueles propostos na Convenção de Nova York de 1997, sobre o direito dos usos dos cursos d’água internacionais para fins diversos na navegação, já eram conhecidos pela CIJ, ela apenas optou por não aplicá-los.

A análise dos casos apresentados revela que apesar dos casuísmos, é possível identificar um padrão na solução dos conflitos concretos pela água. O padrão é a desconsideração pelos aspectos ambientais e a chancela jurídica das decisões político-econômicas em vigor. Os casos analisados revelam que os juízes têm tendência de considerar

lícitas as atividades, os empreendimentos e as obras em geral já consumadas quando da prolação das sentenças.

Isso permite concluir que o Direito, na prática dos veredictos, nada tem a ver com os princípios: da utilização equitativa e razoável; da concepção sistêmica de bacia hidrográfica; da cooperação; da informação; da proibição de se causar danos transfronteiriços; da prevenção; e da precaução. Um texto legal que vise impor critérios para uso equitativo e razoável ou que determine uma gestão conjunta de recursos naturais só pode ser inoperante, a exemplo da Convenção de Nova York de 1997. Este tratado, 13 anos após a sua conclusão, ainda não entrou em vigor por falta de número suficiente de assinaturas. Os poucos Estados que ratificaram a Convenção são justamente Estados que se encontram em situação desfavorecida em relação aos seus vizinhos, tais como o Iraque, a Jordânia, o Líbano, a Holanda, a Noruega e Portugal. Os outros Estados continuam soberanos o suficiente para rejeitarem qualquer tratado internacional que lhe imponha obrigações em relação as *suas* águas.

Não se pretende afirmar que a sociedade internacional prescinda de normas para regular as relações entre os Estados no tocante à preservação e à utilização de recursos hídricos de água doce. No início do século XXI, os Estados precisam de um discurso jurídico que legitime a apropriação de água, para os fins que lhes interessam, para gerar a *sua* energia, abastecer *as suas* populações e indústrias e irrigar os *seus* campos. O que se debateu nas relações internacionais a partir da década de 1990 não tem outro propósito que não este, de estabelecer as modalidades desta apropriação.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. *Cidade, ambiente e política*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Água*: um direito humano fundamental. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *GEO- Brasil*: recursos hídricos: componente da série de relatórios sobre o estado e perspectivas do meio ambiente no Brasil. Brasília: MMA; ANA, 2007, 264 p.

AKEHURST, Michael. *Introdução ao Direito Internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência*. 7ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2003.

ALVES PEREIRA, Antonio Celso. *Os Impérios nucleares e seus reféns*: relações internacionais contemporâneas. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

_____. Água, fonte de conflitos internacionais. *O Globo*. Rio de Janeiro, 21 março de 2002.

_____. O recurso à força pelos Estados e a legítima defesa no direito internacional contemporâneo. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3-24.

AMORIM, João Alberto Alves. *Direito das águas*: o regime jurídico da água doce no direito internacional e no direito brasileiro. São Paulo: Lex Editora, 2009.

AQUÍFERO descoberto no Norte seria o maior do mundo. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 11 de abril de 2010, p. A21.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARAT, Josef. Infraestrutura sanitária, a marca do atraso. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 1º de setembro de 2010, p. B2.

BARBERIS, Julio A. *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

_____. Le régime juridique international des eaux souterraines. In: *Annuaire Français de Droit International*, XXXIII, 1987. Paris: Éditions du Centre National de Recherche Scientifique, p. 129-162.

_____. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

BARBERIS, Gladys Sabia de. La protección del medio ambiente en la jurisprudência de la Corte Internacional de Justicia. *Anuario argentino de derecho internacional*, Volume 12, 2003, pp. 107-207.

BARBOSA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Victor P. De Zavalía, 2008.

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books, 2003.

_____. *Água, Pacto Azul*: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo: M.Books, 2009.

_____. Access to clean water is most violated human right. *Guardian,* 21 July 2010. Disponível em http://www.guardian.co.uk, acesso em 22/7/2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 941-960.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O Consenso de Washington*: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. 3ª ed., São Paulo: Consulta popular, 2001.

BEACH, Heather L; HAMMER, Jessé; HEWITT, J. Joseph; KAUFMAN, Edy; KURKI, Anja; OPPENHEIMER, Joe A.; WOLF, Aaron T. *Transboundary Freshwater Dispute Resolution*: Theory, Practice and Annotated References, United Nations University Press, August, 2000, ISBN: 9280810383, 320 p.

BELT, Don. O Rio da discórdia. *National Geographic Brasil*. Edição especial: Água, o mundo tem sede, ano 10, n. 121, abril de 2010, p. 140-157.

BERKES, Fikret. Sistemas sociais, sistemas ecológicos e direitos de apropriação de recursos naturais. In: VIEIRA, Paulo Freire; BERKES, Fikret; SEIXAS, Cristiana. *Gestão integrada e participativa de recursos naturais*: conceitos, métodos e experiências. Florianópolis: Secco/APED, 2005.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis – RJ: Vozes, 2009.

BIOCOMBUSTÍVEIS podem causar problemas ambientais, diz ONU. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 23 de janeiro de 2008. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 23/1/2008.

BLUNTSCHLI, M. *Théorie générale de l'État*. Traduit par M. Armand de Riedmatten. Paris: Librairie Guillaumin, 1881.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª edição, 2009.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; STEENHARD, Rens. *Les ressources en eau et le droit international*. The Hague: L'Académie de Droit International de la Haye, 2005.

BONFILS, Henry. *Manuel de Droit International Public* (Droit des Gens). Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1901.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi. *As batalhas da água*: por um bem comum da humanidade. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. A guerra pela água, In: *Cadernos Diplô - Le Monde diplomatique:* A disputa pelo ouro azul. São Paulo: Instituto Abaporu S/C, n. 3, 2003, p. 8-11.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. São Paulo: Jorge Zahar, 1997.

_____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. *O ofício de sociólogo*: metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

BRABECK-LETMATHE, Peter. Um alerta da água. In: Carta Capital; The Economist. *O mundo em 2009*, dezembro de 2008, p 150.

BRAGA, Benedito. Água, direito humano. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 21 de abril de 2009, p. A2.

BRANCO, Samuel Murgel. *Água*: origem, uso e preservação. 13ª ed., São Paulo: Editora Moderna, 2001.

BRASIL afirma que acesso à água não é direito humano: posição causa mal-estar na reta final do 5.º Fórum Mundial sobre recurso. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 21 de março de 2009, p. A26.

BRASIL. *Código de Águas e legislação correlata*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. *Código de Águas Minerais*: Decreto-Lei n. 7.841, de 8 de Agosto de 1945. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/legislacao/, acesso em 20/7/2010.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/legislacao/, acesso em 20/7/2010.

_____. *Lei n. 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/legislacao/, acesso em 20/7/2010.

_____. *Lei n. 9.433*, de 8 de janeiro de 1997. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/legislacao/, acesso em 20/7/2010.

BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1963.

BRUCH, Carl; JANSKY, Libor; NAKAYAMA, Mikiyasu; SALEWICZ, Kazimierz. *Public participation in the governance of international freshwater resources*. Tokyo: United Nations University Press, 2005.

BRUHÁCS, J. *The law of non-navigational uses of watercourses*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

BRUNDTLAND, Gro Harlem (Org.). *Nosso futuro comum*: Relatório da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

BRUZZONE, Elsa. *Las guerras del agua* (I): um recurso escaso en peligro. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2009.

_____. *Las guerras del agua* (II): América el objetivo más codiciado. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2008.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. *A água doce no século XXI: serviço público ou mercadoria internacional?* São Paulo: Lawbook Editora, 2009, 251 p.

BUSTAMANETE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. *Manual de Derecho Internacional Publico*. Habana: Carasa y Cia, 1939.

CALVO, Charles. *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, tome second. Paris: G. Pedone-Lauriel Editeur, 1885.

_____. *Manuel de Droit international public et privé*, troisième edition revue et augmentée. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1892.

CAMARGO, Eldis; RIBEIRO, Emiliano. A proteção jurídica das águas subterrâneas no Brasil. In: RIBEIRO, Wagner Costa (Org.). *Governança da água no Brasil*: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Annablume, 2009, p. 155-173.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. Environment and development: formulation and implementation of the right to development as a human right. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Derechos humanos, desarollo sustentable y medio ambiente*/ Human rights, sustainable development and the environment/ Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente (Seminário de Brasília de 1992), Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), San José de Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, p. 39-70.

_____. Reavaliação das fontes do Direito Internacional Publico ao início da década de oitenta. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19-76.

_____. Princípios do Direito Internacional que regem as relações amistosas entre os Estados, e sua significação para o exame das fontes do Direito Internacional. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91-140.

_____. Os rumos do Direito Internacional Contemporâneo: de um Jus Inter Gentes a um Novo Jus Gentium no século XXI. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1039-1109.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARO, Ernesto J. Rey. *Temas de Derecho Internacional Ambiental*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1998.

CARRAHER, David William. *Senso Crítico*: do dia-a-dia às ciências humanas. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

CAUBET, Christian G. *Fundamentos político-econômicos da apropriação dos fundos marinhos*. Florianópolis: UFSC, 1977.

_____. Por um Direito Internacional Público não-dogmático. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 4, p. 18-35, 1981.

_____. *A água, a lei, a política... e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *A água doce nas relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. Domínio da água ou direito à água? Rivalidades nas relações internacionais do século XXI. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 165-183.

_____. Águas transfronteiriças do Aqüífero Guarani: dilemas e perspectivas no Brasil. In: INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – INESC. *O jogo das águas transfronteiriças no contexto da integração regional*. Brasília: INESC, 2007.

_____. Os contextos normativos brasileiros em matéria de águas subterrâneas. In: RIBEIRO, Wagner Costa (Org.). *Governança da água no Brasil*: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Annablume, 2009, p. 213-237.

CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CINTRA, Luiz Antonio. O desperdício do que não se vê: o geólogo Everton de Oliveira, especialista em águas subterrâneas, diz que zelar pelos aquíferos é uma questão vital. *Carta Capital na Escola*. Edição n. 41, novembro de 2009, p. 14-15.

CECEÑA, Ana Esther. *La guerra por el agua y por la vida*: Cochabamba: una experiencia de construcción comunitária frente al neoliberalismo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asoc. Madres de Plaza de Mayo, 2005.

CHADE, Jamil. ONU vê risco de conflito em 46 países por causa da água: para Organização das Nações Unidas, recurso será causa de guerras número 1 na África até 2030. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de março de 2008, p. H2.

_____. Total de famintos chegará a 1 bilhão. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de junho de 2009, p. B19.

CHAPAGAIN, A. K.; HOEKSTRA, A.Y. *Water footprints of Nations*, UNESCO/IHE, november, 2004. Disponível em www.irc.nl, acesso em 1/9/2005.

CLARKE, Robin; KING, Janet. *O atlas da água*. São Paulo: Publifolha, 2005.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. Los recursos naturales compartidos entre los Estados y el derecho internacional. *Anuario argentino de derecho internacional*, Volume 12, 2003, pp. 79-105.

COIMBRA, Leila. Governo quer tirar dos Estados o controle das reservas de água. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 14 de dezembro de 2009. Disponível em www.folhaonline.com.br, acesso em 12/1/2010.

CONCENTRAÇÃO em bacias hidrográficas apresenta riscos. *Valor Econômico*. São Paulo, 30 de dezembro de 2003. Disponível em www.valor.com.br, acesso em 3.9.2005

CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 1-15.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – CIJ (International Court of Justice – ICJ). *Case concerning the Gacikovo-Nagymaros Project*, Judgment of 25 September 1997. Disponível em: www.icj-cij.org, acesso em 4/9/2010.

_____. *Case concerning pulp mills on the river Uruguay*, Judgment of 20 April 2010. Disponível em: www.icj-cij.org, acesso em 4/9/2010.

_____. *Summary of the Judgment of 20 April 2010*. Disponível em: www.icj-cij.org, acesso em 4/9/2010.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL – CPJI (Permanent Court of International Justice – PCIJ). *Case relating to the territorial jurisdiction of the International Comission of the River Oder*, Judgement of 10 September 1929. Disponível em: www.icj-cij.org, acesso em 4/9/2010.

_____. *The diversion of water from the Meuse*, Judgement of 28 June 1937. Disponível em: www.icj-cij.org, acesso em 4/9/2010.

COSTA, Larissa Maria Lima. Globalização, Soberania e Direito: Reflexões sobre Direito e Política. In: *Direito e Política*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito e Política. Curitiba: Juruá, 2005, p. 129-136.

_____. *Arbitragem internacional e investimento estrangeiro*. São Paulo: Lawbook, 2007.

COT, Jean-Pierre; PELLET, Alain. *La Charte des Nations Unies*: commentaire article par article. Paris: Editions Economica; Bruxelles: Bruylant, 1985.

CRESCE a tensão entre Uruguai e Argentina. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 21 de fevereiro de 2008

CRISE pode retardar avanço da água potável, diz Banco Mundial. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 17 de março de 2009. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 25/5/2009.

CUNHA, José Ricardo; SILVA, Alexandre Garrido da; NEVES, Diana Felgueiras das; ANDRADE, Joana El-Jaick; BRZEZINSKI, Maria Lúcia N. Lins; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; MELO, Tamara Moreira Vaz de; SCARPI, Vinicius da Silva. Direitos Humanos

globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: *Novos Estudos Jurídicos* (UNIVALI), v. 13, p. 133-176, 2008.

DANTAS, Fernando. Brasileiro nunca consumiu tanto, mas saneamento e educação patinam. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 9 de setembro de 2010, p. H1.

DASSO JR, Aragon Érico. *Reforma do Estado com participação cidadã?* Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DELFINO, Luisa. *El rio de los pájaros pintados vs. Papeleras*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 2006.

DEPUTADA argentina quer expropriar empresário americano. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 15 de agosto de 2006. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 22/3/2009.

DIA mundial da água: comemorar ou temer? *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 14 de março de 2006. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 22/3/2009.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DINIZ, Laura. Só 1% das indústrias reutiliza água. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 5 de janeiro de 2005. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 5/7/2005.

DISPUTA entre Israel e Jordânia ameaça Rio Jordão e o Mar Morto. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 de março de 2008, p. H3.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOWBOR, Ladislau. *A formação do 3º mundo*. 2ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1982.

_____. Economia da água. In: DOWBOR, Ladislau; TAGNIN, Renato Arnaldo. *Administrando a água como se fosse importante*: gestão ambiental e sustentabilidade. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 27 -36.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é realidade?* São Paulo: Brasiliense, 2006.

DUPAS, Gilberto. Conflitos por água doce. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 19 de janeiro de 2008, p. A2.

DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, n. 2, 1991, p. 420-435

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESCASSEZ de água ameaça população e indústria na China. *Valor Econômico*. São Paulo, 23 de maio de 2005. Disponível em www.valor.com.br, acesso em 3.9.2005.

FALEIROS, Gustavo. Setor hídrico está longe de alcançar as metas globais. *Valor Econômico*. São Paulo, 22 de janeiro de 2010, p. F3.

FAVA, Fernanda. O caminho da água até a sua torneira. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H8.

FARIAS, Paulo José Leite de. *Água*: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de Droit international public*, douzième édition. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS – FAO; UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. *Groundwater in international law*: compilation of treaties and other legal instruments. FAO legislative study n. 86, Rome, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRASÃO, Lucas. Brasil debate com vizinhos os uso racional da super-reserva. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 de março de 2009, p. H2.

_____. Sem gestão haverá conflitos em breve: para Benedito Braga, acordo entre países têm sido eficazes, mas há risco de confronto pelo domínio de recursos hídricos. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2009, p. H4.

_____. O mercado de 7 bi de litros: Brasil é o 4º maior produtor de água engarrafada; setor cresce 7,6% ao ano no mundo e já bate o de refrigerantes. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 de março de 2009, p. H4.

FREITAS, Fabiana Paschoal de. Águas subterrâneas transfronteiriças: o aqüífero Guarani e o Projeto do GEF/ Banco Mundial, In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, Água e Vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, v.2, 2003 p. 159-171.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas*: Aspectos Jurídicos e Ambientais. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Águas – considerações gerais, In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Águas*: Aspectos Jurídicos e Ambientais. Curitiba: Juruá, 2003, p. 17-28.

GARCÍA MORALES, Anizia. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GIRARDI, Giovana. Água virtual das commodities, o trunfo estratégico brasileiro. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de março de 2008, p. H2.

_____. Estudos desmentem mito sobre o Guarani. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de

março de 2008, p. H8.

GLEIK, Peter. Amarga agua dulce: los conflictos por recursos hídricos. In: *Ecología Política* 8, Barcelona, 1994, p. 85-109

GRAF, Ana Cláudia Bento. Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados. *Revista CEJ*, Brasília, n. 12, set-dez/2000, p. 3039.

_____. A tutela dos Estados sobre as águas, In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Águas*: Aspectos Jurídicos e Ambientais. Curitiba: Juruá, 2003, p. 51-75.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Aspectos jurídicos do saneamento, In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública/Max Lemonad, 1998, p. 257-286.

_____. *Direito de águas*: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

GREEN, L. C. *International Law through the cases*. Toronto, Canada: The Carswell Company Limited, 1978.

GUERRA, Sidney. O direito de ingerência em material ambiental. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255-271.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007.

HARVEY, David. *O neoliberalismo*: história e implicações. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HENKES, Silviana Lúcia. *As decisões politico-jurídicas frente à crise hídrica e aos riscos: lições e contradições da transposição do rio São Francisco.* Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

HIRATA, Ricardo *et alii*. Sistema Aquífero Guarani: gestão e sustentabilidade de um grande recurso. In: RIBEIRO, Wagner Costa (Org.). *Governança da água no Brasil*: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Annablume, 2009, p. 255-265.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade, Petrópolis: Vozes, 1998.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - IDI. *Session de Heidelberg – 1887*: Projet de règlement international de navigation fluviale. Disponível em http://www.idi-iil.org/idiE/navig_res_them.html. Acesso em 28 de agosto de 2008.

_____. *Session de Madri – 1911*: Réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux en dehors de l'exercice du droit de navigation. Disponível em http://www.idi-iil.org/idiE/navig_res_them.html. Acesso em 28 de agosto de 2008.

_____. *Session de Paris – 1934*: Règlement pour la navigation des fleuves internationaux. Disponível em http://www.idi-iil.org/idiE/navig_res_them.html. Acesso em 28 de agosto de 2008.

_____. *Session de Saulzbourg – 1961*: Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation). Disponível em http://www.idi-iil.org/idiE/navig_res_them.html. Acesso em 28 de agosto de 2008.

_____. *Session d'Athènes – 1979*: La pollution des fleuves et des lacs et le droit international. Disponível em http://www.idi-iil.org/idiE/navig_res_them.html. Acesso em 28 de agosto de 2008.

_____. *Historique*. Disponível em http://www.idi-iil.org. Acesso em 13 de janeiro de 2009.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION – ILA. *Statement of principles – Resolution of Dubrovnik - 1956*. Disponível em http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e08.htm, acesso em 17 de janeiro de 2009.

_____. *Resolution on the Use on the Waters of International Rivers - New York – 1958*. Disponível em http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e08.htm, acesso em 17 de janeiro de 2009.

_____. *The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers – 1966*. Disponível em http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e08.htm, acesso em 17 de janeiro de 2009.

_____. *The Soul Rules on International Groundwaters – 1986*. Disponível em: http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/seoul_rules.html, acesso em 18 de janeiro de 2009.

_____. *Berlin conference on water resources law: fourth report*. Disponível em http://www.ila-hq.org, acesso em 18 de janeiro de 2009.

_____. *About us*. Disponível em http://www.ila-hq.org, acesso em 13 de janeiro de 2009.

INTERNATIONAL LAW COMISSION. *Analytical guide to the work of the International Law Comission: Law of non-navigational uses of international watercourses*. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, acesso em 12 de setembro de 2009.

_____. *Analytical Guide to the work of the International Law Comission: Shared natural resources (law of transboundary aquifers)*. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_5.htm, acesso em 12 de setembro de 2009.

_____. *Summaries: Law of non-navigational uses of international watercourses*. Disponível em http://untreaty.un.org/ilc/summaries/8_3.htm, acesso em 18 de maio de 2009.

_____. *Summaries: Shared natural resources*. Disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/summaries/8_5.htm, acesso em 18 de maio de 2009.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney; Universidade Federal de Santa Catarina. *A gestão sustentável dos recursos hídricos no Brasil: um direito humano fundamental?* Florianópolis, 2003. 281 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina,

Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

JARVIS, William Todd. *Transboundary Groundwater*: Geopolitical Consequences, Commons Sense, and the Law of the Hidden Sea. Dissertation [Doctor of Philosophy], Oregon State University, 2006.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas. *Fundamentos políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

KATTAH, Eduardo. Lata d'água (poluída) na cabeça. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de março de 2008, p. H6.

KISS, Alexandre. Sustainable development and human rights. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Derechos humanos, desarollo sustentable y medio ambiente*/ Human rights, sustainable development and the environment/ Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente (Seminário de Brasília de 1992), Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), San José de Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, p. 29-37.

KLIOT, N.; SHMUELI, D.; SHAMIR, U. Institutions for management of transboundary water resources: their nature, characteristics and shortcomings. In: *Water policy*, 3, 2001, p. 229-255.

KUNTZ, Rolf. Uma agenda assustadora. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 1º de setembro de 2010, p. B9.

LAIMÉ, Marc. As três irmãs. *Le Monde diplomatique*, edição brasileira, ano 6, n. 62, março, 2005. Disponível em www.diplo.com.br, acesso em 12.4.2005.

_____. Sujeira na água das cidades. *Le Monde diplomatique*, edição brasileira, ano 6, n. 62, março, 2005. Disponível em www.diplo.com.br, acesso em 12.4.2005.

LASSERE, Frédéric. Os faraônicos projetos de "transposição" da água. *Le Monde diplomatique*, edição brasileira, ano 6, n. 62, março, 2005.

LAPOUGE, Gilles. As águas do mundo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 de março de 2009, p. A26.

LEAL, Luciana Nunes. Poluição da água atinge 68% da população. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 14 de maio de 2005. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 7.7.2005.

LEAGUE OF NATIONS. *Convention and Statute on the Régime of Navigable Waterways of International Concern*. Barcelona, 20 de abril de 1921. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/barcelona_conv.html, acesso em 7/3/2009.

_____. ***Convention relating to the Development of Hydraulic Power affecting more than one State and Protocol of Signature***. Genebra, 9 de dezembro de 1923. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/, acesso em 7/3/2009.

LE MONDE Diplomatique. *El agua y el futuro del mondo* – selección de artículos. Santiago: Aun creemos en los sueños, 2005.

LE MONDE Diplomatique Brasil. *Atlas do meio ambiente*. São Paulo: Instituto Pólis, 2009.

LE PRESTE, Philippe. *Ecopolítica internacional*. São Paulo: Editora Senac, 2000.

LOBO, Alice. Não basta matar a sede, tem que ter grife: marketing, tradição, acidez e quantidade de bolhas transformam garrafinhas d'água em um mercado bilionário. *O Estado de São Paulo.* São Paulo, 22 de março de 2010, p. H12.

LOSANO, Mario (Org.); KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. *Hugo Grócio e o Direito*: o jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O direito das gentes: entre o direito natural e o direito positivo. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209-227.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos*: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. Os recursos hídricos e o Direito Ambiental Internacional. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Recursos hídricos*: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e sócio-ambientais, v. 2. Campinas/SP: Editora Alínea, 2007, p. 9-16.

_____. *Direito dos cursos de água internacionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MARCHIONI, Alessandra. *Relações de poder e de dominação no universo social amazônico*: uma abordagem segundo Pierre Bourdieu. (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

MARIS, Bernard. O apetite voraz das multinacionais, In: *Cadernos Diplô - Le Monde diplomatique*: A disputa pelo ouro azul. São Paulo: Instituto Abaporu S/C, n. 3, 2003, p. 22-25.

_____; BAUDRU, Daniel. Os mestres da água no planeta, In: *Cadernos Diplô - Le Monde diplomatique: A disputa pelo ouro azul.* São Paulo: Instituto Abaporu S/C, n. 3, 2003, p. 26-27.

MATSUMOTO, Kyoko. *Transboundary groundwater and International Law*: past practices and current implications. Research paper submitted to the Department of Geosciences [Master of Science], Oregon State University, 2002.

MCCAFFREY, Stephen. Water, human rights and sustainable development. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Derechos humanos, desarollo sustentable y medio ambiente*/ Human rights, sustainable development and the environment/ Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente (Seminário de Brasília de 1992), Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), San José de Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, p. 99-115.

_____. *Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008. Disponível em: www.un.org/law/avl, acesso em 27/1/2009.

_____. The International Law Comission adopts draft articles on transboundary aquifers. *The American Journal of International Law*, vol. 103, n. 2, April 2009, p. 271-293.

_____; NEVILLE, Kate. Small capacity and big responsabilities: financial and legal implications of a human right to water for developing countries. *The Georgetown International Environmental Law Review*, volume XXI, issue 4, Summer 2009, p. 679-704.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de; BRANCO, Adélia de Melo; SUASSUNA, João. Federalismo e recursos hídricos: análise das competências constitucionais, In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, Água e Vida*, São Paulo: Imprensa Oficial, v.2, 2003, p. 375-396.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 961-1001.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*, 1991. Disponível em www.mercosur.org.uy, acesso em 3/8/2010.

_____. *Resolução do Grupo do Mercado Comum n. 22 de 1992*. Disponível em www.mercosur.org.uy, acesso em 3/8/2010.

_____. *El medio ambiente en el Mercosur*: Serie Temática n. 3, julio 2002. Disponível em www.mercosur.org.uy, acesso em 3/8/2010.

_____. *Declaración conjunta de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur sobre el Acuífero Guarani*. Disponível em www.mercosur.org.uy, acesso em 3/8/2010.

METRÓPOLE tem 100 mil novas ligações de água por ano. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H5.

MILLIKEN, Robert. Corra, Murray-Darling: o segundo continente mais seco do mundo está ficando sem a água de superfície. In: Carta Capital; The Economist. *O mundo em 2009*. dezembro de 2008, p. 110.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. *Nota à imprensa n. 492: Acordo sobre o Aquífero Guarani*, de 2/8/2010. Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-sobre-o-aquifero-guarani, acesso em 3/8/2010.

_____. *Cúpula do Mercosul na Argentina*: entrevista do Ministro Celso Amorim. Disponível em http://www.youtube.com/mrebrasil, acesso em 3/8/2010.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA; SECRETARIA DE RECURSOS HÍDRICOS E AMBIENTE URBANO - SRH; CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS - CNRH. *Conjunto de normas legais*. 5ª ed. Brasília: MMA, 2008.

_____. *Águas subterrâneas*: um recurso a ser conhecido e protegido. Brasilia, 2007. Disponível em www.mma.gov.br. Acesso em 20/2/2009.

_____. *Projeto Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani*. Disponível em http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=161&idMenu=10198, acesso em 12/7/2010.

_____. *Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos*. Disponível em http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=161&idConteudo=9515&idMenu=10197, acesso em 12/7/2010.

MINIUCI, Geraldo. O Direito e a cooperação internacional em matéria ambiental: a estrutura de um diálogo. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31-47.

MIOTTO, Karina. No subsolo da Amazônia, o maior aquífero do mundo? *O Eco*. 31 de agosto de 2010. Disponível em www.oecoamazonia.com.br, acesso em 31/8/2010.

MONTAÑO, Jorge. La importancia de los acuíferos a la luz del Acuífero Guarani. In: TAKS, Javier (Coord.). *El Acuífero Guaraní en debate*. Montevideo: Red-Vida (Red de Vigilancia Interamericana por el Derecho al Agua); PIDHDD (Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarollo – Iniciativa Mercosur); Parlamento del Mercosur (Comissión de Desarollo Regional Sustentable, Ordenamiento Territorial, Vivienda, Salud, Medio Ambiente y Turismo), 2009, p. 51-59.

NANDA, Ved. P. Emerging trends in the use of International Law and Institutions for the management of international water resources. In: NANDA, Ved P. *Water needs for the future*: political, economic, legal and technological issues in a national and international framework. Boulder, Colorado: Westview Press.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Direito Ambiental Internacional*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. *Água*: o mundo tem sede. Edição especial, ano 10, n. 121, Abril 2010.

NEUTZLING, Inácio. *Água*: bem público universal, 1ª ed., São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

NINNI, Karina; ANDRADE, Ivanise. O Pantanal na berlinda. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H10.

_____. Vai faltar água boa para consumo. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H4.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *Política energética, sustentabilidade e Direito: licenciamento ambiental de usinas hidroelétricas no Estado de Santa Catarina*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

NOVAES, Washington. Água desaparece? *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 9 de janeiro de 2004. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 7/7/2005.

_____. A água e a sociedade. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 26 de março de 2004. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 7/7/2005.

_____. No centro, a água, a terra, o sol. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de março de 2008, p. H2.

_____. Debaixo da terra, em meio a conflitos. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 de dezembro de 2008, p. A2.

_____. O drama da água na escala global. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 27 de março de 2009, p. A2.

_____. Onde se conseguirão recursos para pobres? *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 de junho de 2009, p. A2.

O CONSENSO das águas. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 de junho de 2009, p. A3.

OLIVEIRA, Celso Maran; AMARANTE JR, Ozelito Possidônio de. *Direito internacional de águas doces*. São Paulo: RiMa Editora, 2009, 170p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). In: SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação Internacional*. Barueri - SP: Manole, 2004, p. 1221-1224.

_____. Declaração universal dos direitos humanos (1948). In : SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri -SP : Manole, 2004, p. 250-254.

_____. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. In : SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri -SP : Manole, 2004, p. 274-291.

_____. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. In : SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri -SP : Manole, 2004, p. 292-301.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Aquífero Guarani : Programa Estratégico de Ação. Acuífero Guaraní : programma estratégico de acción*. Edição bilingue. Brasil ; Argentina ; Paraguai, Uruguai : Organização dos Estados Americanos (OEA), janeiro de 2009, 424 p. Disponível em : http://www2.ana.gov.br/Paginas/projetos/GEFAquiferoGuarani.aspx, acesso em 20/7/2009.

PACHECO, Silvia. Água que não acaba mais. *Correio Brasiliense*. Brasília, terça-feira, 24 de abril de 2010. Disponível em www.correiobraziliense.com.br, acesso em 27/4/2010.

PAÍSES pobres têm 93% das doenças do mundo, segundo OMS: com 84% da população mundial, subdesenvolvidos contam com 52 mi de pessoas sem acesso à água potável. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 24 de outubro de 2007, disponível em www.estadao.com.br,

acesso em 30/3/2008.

PAQUEROT, Sylvie; REVIL, Emilie. A água posta em leilão. In: *Cadernos Diplô - Le Monde diplomatique:* Alca: o jogo duro do império. São Paulo: Instituto Abaporu S/C, n. 2, 2002, p. 46-4.

_____. Les exigences de l'État de Droit dans le concept de patrimoine commun de l'humanité: réflexion autour de la mise en représentation de la légitimité au plan international. In: MOCKLE, Daniel (Org.). *Mondialisation et État de Droit*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

_____. *Le statut des ressources vitales en droit international*: essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité. Bruxelles : Etablissements Emile Bruylant, 2002.

_____. *Eau douce*: la nécessaire refondation du droit international. Sainte-Foy - Québec: Presses de L'Université du Québec, 2005.

PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e direito internacional no século XXI. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 867-885.

PEREIRA, Otaviano. *O que é teoria*. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

PETRELLA, Ricardo. A nova "conquista da água". *Le Monde diplomatique*, edição brasileira, ano 1, n. 2, março, 2000. Disponível em www.diplo.com.br, acesso em 16.6.2005.

_____. *O manifesto da água*: argumentos para um contrato mundial. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Uma necessidade vital se torna mercadoria, In: *Cadernos Diplô - Le Monde diplomatique:* A disputa pelo ouro azul, São Paulo: Instituto Abaporu S/C, n. 3, 2003, p. 12-15.

_____. A água: um desafio do bem comum, In: NEUTZLING, Inácio. *Água*: bem público universal, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 9-31.

PETROVA, Violeta. At the frontiers of the rush for blue gold: water privatization and the human right to water. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 31, 2006, p. 577-613.

PIERCE, Fred. *When the rivers run dry*: journeys into the heart of the world's water crisis. Toronto: Key Porter Books, 2006.

PINTO, Mauricio Esteban; TORCHIA, Noelia; MARTIN, Liber. *El derecho humano al agua*: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POMPEU, Cid Tomanik. Recursos hídricos na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 186, out-dez/1991, p. 10-25.

PORTO, Monica; PORTO, Rubem La Lainda. Gestão de bacias hidrográficas. In: *Estudos Avançados*, n. 63, v. 22, maio/agosto 2008. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2008, p. 43-59.

PRATES, Camilo. *Os recursos hídricos transfronteiriços na política externa brasileira*. Dissertação de mestrado em diplomacia pelo Instituto Rio Branco, sob orientação do Prof. Dr. Antonio Jorge Ramalho da Rocha. Brasília, 2008.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Declaração do Milênio*. Disponível em www.pnud.org.br, acesso em 20.9.2005.

RAMIRO, Denise. Uma reserva invejável debaixo da terra. *Valor Econômico*. São Paulo, 22 de março de 2005. Disponível em www.valor.com.br, acesso em 3/9/2005.

RECURSOS há, falta gestão. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 de agosto de 2003. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 7/7/2005.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Águas subterrâneas. In: BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia; REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Águas doces no Brasil*. São Paulo: Escrituras Editora, 1999, p. 117-151.

REI, Fernando. A peculiar dinâmica do direito internacional do meio ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando (Org.). *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3-18.

REINA, Eduardo. SP terá plano municipal de saneamento. Por enquanto, sem falar de enchentes. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 de setembro de 2010, p. C5.

RELATÓRIO da ONU diz que humanidade está em risco: pesquisa mostra que população mundial consumo os recursos naturais da Terra num ritmo insustentável. *O Globo*. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2007, p. 35.

RESERVA de água do norte da Índia está se esgotando, diz o estudo. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 de agosto de 2009. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 2/4/2010.

REUTER, Paul. *Droit International Public*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Wagner Costa. *Geografia política da água*. São Paulo: Annablume, 2008.

_____. Aqüífero Guarani: gestão compartilhada e soberania. In: *Estudos Avançados da USP*, n. 64, volume 22, setembro/dezembro 2008. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2008b, p. 227-238.

RINAT, Zafrir. UN Report: Gaza water supply on verge of collapse. *Haaretz*, 17 September 2009. Disponível em www.haaretz.com, acesso em 28/10/2009.

RITTNER, Daniel. América Latina vive ‘estresse’ hídrico, aponta estudo da CEPAL. *Valor Econômico*. São Paulo, 23 de maio de 2005. Disponível em www.valor.com.br, acesso em 3/9/2005.

ROBERTSON, Campbell. Sufocado por vizinhos e secas, Eufrates está sumindo no Iraque. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 19 de julho de 2009, p. A20.

ROSINHA, Florisvaldo. Aquífero Guarani: inércia e destruição. In: TAKS, Javier (Coord.). *El Acuífero Guaraní en debate*. Montevideo: Red-Vida (Red de Vigilancia Interamericana por el Derecho al Agua); PIDHDD (Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarollo – Iniciativa Mercosur); Parlamento del Mercosur (Comisión de Desarollo Regional Sustentable, Ordenamiento Territorial, Vivienda, Salud, Medio Ambiente y Turismo), 2009, p. 38-50.

ROVERE, Marta Brunilda. El agua como valor ambiental, social y econômico: gestión, planificación y protección de los recursos hídricos de conformidad al concepto de desarrollo sustentable. In: WALSH, Juan Rodrigo; DI PAOLA, Maria Eugenia. *Ambiente, Derecho y sustentabilidad*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

RUIZ, José Juste. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento sustentável: do conceito à ação. De Estocolmo a Johannesburgo. In: DOWBOR, Ladislau; TAGNIN, Renato Arnaldo. *Administrando a água como se fosse importante*: gestão ambiental e sustentabilidade. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 17-25.

SALMAN, M. A. The Helsinke Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: perspectives on international water law. In: *Water resources development***,** vol. 23, no. 4, December 2007, p. 625-540.

SAMMIS, John. *Explanation of Vote by John F. Sammis*, U.S. Deputy Representative to the Economic and Social Council, on Resolution A/64/L.63/Rev.1, the Human Right to Water. Disponível em: http://usun.state.gov/briefing/statements/2010/145279.htm, acesso em 10/9/2010.

SANEAMENTO e eleição. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 26 de junho de 2010, p. A3.

SANTOS, Antonio Silveira R. dos. Valoração econômica e jurídica da água. In: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, ano 16, n. 6, p. 419-422, jun/2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*, São Paulo: Cortez, 2002, p. 25 – 102.

SANTOS-REIS, Fernando. Saneamento e os municípios. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 6 de setembro de 2010, p. N2.

SANTOS, Carlos ; VALDOMIR, Sebastián. Situación y perspectivas en América Latina. In : INICIATIVA MERCOSUR ; PIDHDD- Plataforma Interamericana de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo. *Agua - construcción social de un derecho humano.* Montevideo : La Iniciativa Mercosur, 2008, p. 9-60.

SARAIVA, Alessandra. IBGE: total de casas com rede de água sobe para 84,4%. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 de setembro de 2010. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 9/9/2010.

SCARSO, Aline. Bancos ganham mais dinheiro público em um ano do que pobres em 50,

afirma a ONU. *Radio Agência NP*, 23/6/2009. Disponível em : http://www.radioagencianp.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=7108&Itemid=1, acesso em 25/6/2009.

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources*: balancing rights and duties. Cambridge : Cambridge University Press, July 1997.

SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri -SP : Manole, 2004.

SELBORNE, Lord. *Ética do uso da água doce:* um levantamento. 1ª ed., Brasília: Unesco, 2002.

SENRA, João Bosco. A paisagem da água no Brasil, In: NEUTZLING, Inácio. *Água*: bem público universal, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 33-56.

SERRA, Silvia Helena. *Águas minerais do Brasil*. Campinas/SP : Milennium Editora, 2008

SHAW, Malcom Nathan. *International Law*. 6th edition, Cambridge University Press, 2008.

SIQUEIRA, José Eduardo de Campos. Ideologia da água e privatização dos serviços de saneamento. In: DOWBOR, Ladislau; TAGNIN, Renato Arnaldo. *Administrando a água como se fosse importante*: gestão ambiental e sustentabilidade. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005, p. 37 - 45.

SISTEMA ACUÍFERO GUARANI. *El Sistema Acuífero Guarani*. Disponível em http://www.sg-guarani.org/, acesso em 10/9/2010.

SMETS, Henri. *Le droit à l'eau dans les législations nationales*. Nanterre : Publications de L'Academie de L'eau, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri, SP: Manole, 2003.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua Proteção.* Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Águas subterrâneas e a legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

SZYDLOWSKI, George F. The Commoditization of Water : a Look at Canadian Bulk Water Exports, the Texas Water Dispute, and the Ongoing Battle under NAFTA for Control of Water Resources. In: *Colorado journal of international environmental law and policy*, vol. 18, issue 3, 2007, p. 665-686.

TAKS, Javier. Los significados del Acuífero Guaraní. In: TAKS, Javier (Coord.). *El Acuífero Guaraní en debate.* Montevideo: Red-Vida (Red de Vigilancia Interamericana por el Derecho al Agua); PIDHDD (Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarollo – Iniciativa Mercosur); Parlamento del Mercosur (Comisión de Desarollo Regional Sustentable, Ordenamiento Territorial, Vivienda, Salud, Medio Ambiente y Turismo), 2009, p. 9-16.

THE ECONOMIST SPECIAL REPORT. For want of a drink. *The Economist*. May 22nd

2010, p. 3-5.

_____. Enough is not enough: it must also be clean. *The Economist*. May 22nd 2010, p. 6-7.

_____. To the last drop: how to avoid water wars. *The Economist*. May 22nd 2010, p. 17-19.

_____. A glass half empty: it won't fill up without lots of changes on the ground – and much greater restraint by users. *The Economist*. May 22nd 2010, p. 19-20.

THOMAS, Vinod; PARKER, Ronald. Está cada vez mais difícil achar água potável. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 14 de julho de 2010, p. A2.

THOMÉ, Clarissa. Novos vilões ameaçam abastecimento. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H9.

_____. Com excedente hídrico, Rio sofre com poluição. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2010, p. H4.

TOMAZELA, José Maria. Projetos de irrigação secam no NE. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 20 de março de 2008, p. H7.

TOPOL, Sarah. Líbia floresce com "água fóssil". *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 30 de agosto de 2010. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 31/8/2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do direito cosmopolita. In: ALVES PEREIRA, Antonio Celso; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; DIREITO, Carlos Alberto. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 919-939.

TOSTA, Wilson. Rede de esgoto cresce em ritmo mais lento que o da população. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 9 de setembro de 2010, p. H5.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Lisboa: Europa-América, 1993.

TREVISAN, Cláudia. Megaprojeto chinês causa êxodo de 330 mil. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 5 de setembro de 2010, p. A19.

TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI*: enfrentando a escassez. São Paulo: RiMa, IIE, 2003.

_____. *A água*. São Paulo: Publifolha, 2005.

_____. Recursos hídricos no futuro: problemas e soluções. In: *Estudos Avançados da USP*, n. 63, volume 22, maio/agosto 2008. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2008, p. 7 – 16.

TURQUIA, Iraque e Síria disputam o fornecimento de água. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 3 de setembro de 2009. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 3/9/2009.

UNITED NATIONS - UN. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, 1972. Disponível em http://www.unep.org/Documents, acesso em 10/8/2008.

_____. *Report of the United Nations water conference*, Mar Del Plata, 1977. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap, acesso em 20/12/2008.

_____. *Dublin statement on water and sustainable development*, 1992. Disponível em Fonte: http://www.wmo.ch/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html , acesso em 12/1/2009.

_____. *Bonn Ministerial Declaration*, 2001. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap, acesso em 20/12/2008.

_____. *Bonn recommendations for action*, 2001. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap, acesso em 20/12/2008.

_____. *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*. New York, 21 May 1997. Disponível em http://untreaty.un.org/cod/avl/intro.html, acesso em 10/12/2008.

_____. *Documents.* Disponível em http://www.un.org/en/documents/index.shtml, acesso em 10/12/2009.

_____. *United Nations Treaty Collection*: Status of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 21 May 1997. Disponível em: http://treaties.un.org/pages/, acesso em 10/9/2010.

UNITED NATIONS; ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL; COMITEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General Comment n. 15*, 20/1/2003. Disponível em http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/General_Comment151.pdf, acesso em 5/6/2009.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. *The World Water Assessment Programme*. Disponível em: http://www.unesco.org/water/wwap/description/index.shtml, acesso em 23/8/2009.

_____. *The 1st United Nations World Water Development Report*: Water for People, Water for Life. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr1/table_contents/index.shtml. Acesso em 21/8/2008.

_____. *The 2nd United Nations World Water Development Report*: Water, a shared responsibility. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr2/index.shtml. Acesso em 21/8/2008.

_____. *The 3rd United Nations World Water Development Report*: Water in a changing world. Disponível em http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3, acesso em 29/6/2009.

_____; INTERNATIONAL HYDROLOGICAL PROGRAMME – IHP. *Atlas of transboundary aquifers*: global maps, regional cooperation and local inventories. Paris: UNESCO, 2009.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. *Global Environment Outlook: environment for development (GEO-4)*. Disponível em: http://www.unep.org/geo/, acesso em 7 de novembro de 2007.

_____. *Vital Water Graphics:* an overview of the state of the world's fresh and marine waters, 2nd edition, 2008. Disponível em http://www.unep.org/dewa/vitalwater/index.html. Acesso em 15/1/2009.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Permanent sovereignty over natural resources*. AG/Res/1803 (XVII), 14 December 1962.

_____. *Declaration on the inadmissibility of intervention in the domestic affairs of States and the protection of their independence and sovereignty*. AG/Res/2131, 21 December 1965. Disponível em www.un.org/documents, acesso em 31/3/2010.

_____. *Declaration on principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Chater of the United Nations*. A/Res/2625 (XXV), 24 October 1970. Disponível em www.un.org/documents, acesso em 31/3/2010.

_____. *Permanent sovereignty over natural resources of developing countries*. A/Res/3016 (XVII), 18 December 1972. Disponível em www.un.org/documents, acesso em 31/3/2010.

_____. *Charter of economic rights and duties of States*. A/Res/3281 (XXIX), 12 December 1974. Disponível em www.un.org/documents, acesso em 31/3/2010.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly 64/123 on the Law of the Transboundary Aquifers* – A/Res/64/123, 15 January 2009. Disponível em www.un.org/documents, acesso em 1/9/2009.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly on the The human right to water and sanitation* – A/64/L.63/Rev.1, 28 July 2010. Disponível em: www.un.org/documents, acesso em 10/9/2010.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION. *GA/10967*: General Assembly adopts Resolution recognizing acess to clean water, sanitation as Human Right, by recorded vote of 122 in favour,none against, 41 abstentions, 28 July 2010. Disponível em: http://www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm, acesso em 10/9/2010.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL – UN/HRC. *Decision 2/104*: Human rights and access to water, 27 November 2006. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/issues/water/Iexpert/resolutions.htm, acesso em 5/6/2009.

_____. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments* (A/HRC/6/3), 16 August 2007. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/issues/water/, acesso em 4/6/2009.

_____. *Resolution 7/22* (A/HRC/RES/7/22), 28 March 2008. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/Iexpert/resolutions.htm, acesso em 10/9/2010.

_____. *Resolution 12/8*: Human rights and access to safe drinking water and sanitation (A/HRC/RES/12/8), 1 October 2009. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/Iexpert/resolutions.htm, acesso em 10/9/2010.

UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS. *Affaire du Lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 November 1957, volume XII, p. 281-317. Disponível em http://untreaty.un.org/cod/riaa/index.html, acesso em 4/9/2010.

USUÁRIOS do São Francisco começam a pagar pela água. *O Estado de São Paulo*, 2 de setembro de 2010. Disponível em www.estadao.com.br, acesso em 9/9/2010.

VERSOLATO, Bruno. Alerta no único rio limpo de SP. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 de março de 2009, p. H10.

VIALLI, Andrea. Indústria reduz custos com reúso: empresas investem em reaproveitamento de água não potável, mas ainda faltam estimativas nacionais. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 de março de 2009, p. H8-H9.

_____. Mercosul faz acordo para conservar Guarani. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 de agosto de 2010, p. A19.

VIEIRA, Paulo Freire. Introdução. In: VIEIRA, Paulo Freire; BERKES, Fikret; SEIXAS, Cristiana. *Gestão integrada e participativa de recursos naturais*: conceitos, métodos e experiências. Florianópolis: Secco/APED, 2005, p. 13-42.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

VILLAR, Pilar Carolina. *Gestão das áreas de recarga do Aquífero Guarani*: o caso do município de Ribeirão Preto. São Paulo. Orientador: Wagner Costa Ribeiro. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. 184f.

VILLIERS, Marq de. *Água*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

VOGLER, John. The Politics of the Global Environment. In: BRETHERTON, Charlotte; PONTON, Geoffrey (eds.). *Global Politics*: an introduction. 1996, pp. 194-219.

_____; IMBER, Mark. *The environment & international relations*. London, New York: Routledge, 1996.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu*: a retórico do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

WATER MORE THAN an economic good, says Pope. *Zenit: the world seen from Rome*, 15/7/2008. Disponível em: http://www.zenit.org/article-23216?l=english. Acesso em 13/1/2009.

WEISS, Edith Brown; BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. *Fresh water and International Economic Law*. Oxford University Press, 2005.

WEISS, Stanley A. Água pode levar à paz regional. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 de julho de 2009, p. A20.

WILLIAMS, Melina. Privatization and the human right to water: challenges for the new century. *Michigan Journal of International Law*, v. 28, winter 2007, p. 469-505.

WOLF, Aaron. Criteria for equitable allocations: the heart of international water conflict. *Natural Resources Fórum*, vol. 23, February 1999, p. 3-30. Disponível em http://www.transboundarywaters.orst.edu/publications/allocations/, acesso em 1/6/2009.

_____. Shared Waters: conflict and cooperation. *Annual Review of Environment and Resources*, 2007, p. 3.1-3.29. Disponível em http://environ.annualreviews.org, acesso em 2/6/2009.

_____; GIORDANO, Meredith. Sharing waters: Post Rio international water management. *Natural Resources Forum***,** vol. 27, 2003, p. 163-171.

_____; HAMNER, Jesse. Patterns in International Water Resource Treaties: The Transboundary Freshwater Dispute Database. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1997 Yearbook, 1998, p. 157-177.

_____. *Updating the international water events database*, 2009. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/, acesso em 20/6/2009.

WORLD WATER COUNCIL. *World Water Vision*: making water everybody's business. Executive Summary. Disponível em http://www.worldwatercouncil.org/index.php?id=961&L=0%22%20onfocu%252, acesso em 20/6/2009.

_____. *World water vision*: Vision statement and key messages. Disponível em http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Library/WWVision/Chapter1.pdf, acesso em 24/6/2009.

_____; *The 5th World Water Forum*: Istanbul Ministerial Statement, 22 March 2009. Disponível em: http://www.worldwaterforum5.org/, acesso em 24/6/2009.

_____; _____. *Istanbul water consensus for local and regional authorities*. Disponível em: http://www.worldwaterforum5.org/, acesso em 24/6/2009.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Água: bem privado, bem público ou bem difuso? In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato**.** *Recursos hídricos*: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e sócio-ambientais, v. 1. Campinas/SP: Editora Alínea, 2007, p. 37-56.