

Direito Internacional da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano

MIGUEL SANTOS NEVES *

Introdução

A água é a base da vida na Terra e talvez o elemento mais característico do Planeta Azul sendo a sua maioria água dos oceanos (97,5%) e uma percentagem marginal de água doce (2,5%). Apesar de a água doce existir em relativa abundância na natureza e ser suficiente para satisfazer as necessidades de toda a população humana, a maioria das reservas não são acessíveis às comunidades humanas uma vez que se situam nos glaciares nas calotes polares (67,4%), com a maior reserva na Antártida, e nas águas subterrâneas (30,1%), representando a água de superfície e atmosférica apenas 0,4% de toda a água doce, da qual 2/3 concentrada nos lagos e apenas 1,6% em rios. Ora, por razões culturais, históricas e técnicas é precisamente a água dos rios e a água da chuva (água verde) que constituem a fonte mais importante de abastecimento da população humana.

Os problemas de incerteza e evolução errática na disponibilidade da água para consumo humano, assim como fenómenos de escassez física em algumas regiões, têm-se agravado em consequência da interação entre um triângulo de três factores: (i) demografia, crescimento populacional e crescente pressão sobre os recursos nas regiões mais populosas do planeta, em especial na Ásia onde estão concentrados 60% da população humana mas só 36% da água doce acessível, e nos dois países

JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 261-291. ISSN: 2182-6900.

* Professor do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes; Director da Network of Strategic and International Studies (NSIS).

mais populosos a China e a Índia ambos já em situação de stress hídrico; (ii) alterações climáticas decorrentes do processo de aquecimento global que tornam mais irregular e incerta a disponibilidade de água, sucedendo-se períodos de seca e períodos de cheias, para além de o aumento do nível de água do mar provocar uma salinização dos cursos de água doce, designadamente os rios; (iii) o impacto do desenvolvimento económico com mudança em grande escala de hábitos alimentares decorrentes da ascensão das classes médias em economias emergentes, em particular a China e a Índia, que implicam maior consumo de proteínas animais e maior intensidade de consumo de água na sua produção.

Para tornar mais complexa a equação, a estas tendências estruturais que têm impacto sobre a oferta e a procura de água, soma-se a circunstância de os recursos mais importantes que abastecem de água doce a maioria da população humana serem recursos partilhados entre dois ou mais Estados, designadamente 263 rios internacionais,¹ entre os quais os principais do planeta, e mais de 100 lagos. Estas 263 bacias hidrográficas, onde vivem 40% da população mundial e se concentra 60% do fluxo de água doce para abastecimento humano, são objecto de direitos soberanos concorrentes, estimando-se que 145 Estados sejam Estados ribeirinhos de uma ou mais destas 263 bacias. Apesar desta enorme interdependência, até 2013 não existiu nenhum tratado internacional universal que estabelecesse as regras de partilha e a proteção destes recursos e, por outro lado, só em 117 das bacias existiam instituições formais de gestão.

Neste contexto, os riscos de agravamento da conflitualidade internacional, assim como intraestatal, têm vindo a aumentar constituindo uma grave ameaça à segurança internacional. Casos como o do rio Nilo, com tensões latentes entre o Egito e a maioria dos outros Estados ribeirinhos decorrentes de uma utilização não equitativa que favorece o Egito que faz valer a sua condição de potência militar regional para impedir regras de partilha mais justas; ou o do conflito entre Israel e a Palestina em que um dos fatores decisivos, que funciona como um sério obstáculo à paz, é o controlo da água, designadamente dos três aquíferos subterrâneos existentes por debaixo dos territórios palestinianos² de que Israel é crescentemente dependente, são exem-

¹ International River Basin Register, Oregon State University, Institute for Water and Watersheds, Program in water conflict management and transformation (update July 2012). A distribuição de bacias de rios internacionais por continente é a seguinte: Europa é o continente com mais rios internacionais 69, seguido da África 59, da Ásia com 57, América do Norte 40 e América do Sul 38. Os maiores rios têm um número muito elevado de Estados ribeirinhos, casos do Danúbio (17), Zaire (13), Nilo (11), Amazonas (9), Reno (9), Ganges (8), Hindu (7), Mekong (6), La Plata (5). <http://www.transboundarywaters.orst.edu/database/interriverbasinreg.html>, consultado em 28.5.2013). Ver Wolf et al, 2003, *International Waters: identifying basins at risk*, in *Water Policy*, 5:31-62.

² Israel está fortemente dependente (50%-60%) para o seu abastecimento dos 3 aquíferos subterrâneos existentes por debaixo do West Bank, aquíferos de Yarkon-Tannimim, de Nablus-Gilboa e o Eastern Aquifer. Ver Strategic Foresight Group, 2010, *The Blue Peace: Rethinking*

plos paradigmáticos do fenómeno. Contudo, o ponto mais “quente” é, sem dúvida, o do Planalto do Tibete, um dos pontos do planeta com maior valor geoestratégico onde nasce todo o sistema de rios da Ásia, na sua maioria do lado da China que a braços com um sério problema de insegurança hídrica está altamente dependente desta água para abastecer a sua população desviando águas, construindo barragens e não respeitando as regras de partilha equitativa com os Estados vizinhos, o que tem gerado tensões sérias com a Índia (sobretudo à volta do rio Brahmaputra) e vários países do Sudeste Asiático (à volta do rio Mekong).³

O direito internacional da água emerge assim como uma válvula de segurança para gerir e atenuar os riscos de crescentes tensões internacionais estimulando a cooperação, por um lado, e garantir a satisfação das necessidades básicas de todos os seres humanos, por outro. O presente artigo está estruturado em três partes. A primeira parte aborda a questão da relevância da *soft law* e das suas relações com a *hard law* enquanto factor marcante na estruturação do direito internacional da água procurando explicar as razões desta tendência. A segunda parte analisa as tendências de evolução do direito internacional da água, os seus princípios estruturantes e as inovações introduzidas pelos instrumentos mais recentes. A terceira parte discute a emergência do direito humano à água, a sua natureza e conteúdo e as implicações para os Estados, as políticas públicas e a própria transformação do direito internacional da água. Em sede de conclusão procura-se refletir sobre os limites dos direitos internacionais da água e a sua real capacidade para responder aos desafios e controlar as ameaças decorrentes do problema global da água.

1. Soft law e regulação internacional

A *soft law* corresponde a um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem carácter vinculativo e a cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas. A sua adopção tem natureza voluntária e concretiza-se numa combinação de “peer pressure” e “benchmarking”, assente no efeito de demonstração de boas práticas eficazes na solução de problemas concretos, cuja violação é sancionada com sanções não jurídicas mas em muitos casos extremamente eficazes em termos de pressão sobre os destinatários

Middle East Water disponível em <http://www.strategicforesight.com/Highlights%20The%20Blue%20Peace.pdf>, consultado em 20.6.2013). A criação de um Estado Palestino implicaria direitos soberanos sobre os aquíferos e colocaria em causa o acesso privilegiado de Israel a estes recursos, constituindo um dos obstáculos de fundo à solução da questão palestiniana.

³ Ver Institute for Defence Studies and Analyses, IDSA Comment, Hari Bansh Jha, *Tibetan Waters: a source of cooperation or conflict?* 30.9.2011 (disponível em http://www.idsa.in/idsacomments/TibetanWatersASourceofCooperationorConflict_hbjha_300911, consultado em 20.6.2013); Brahma Chellaney, 2009, *Coming Water Wars*, in *International Economy*, Fall 2009, pp.38-39.

para conformação com o standard normativo. Os exemplos recentes de instrumentos de *soft law* como os *stand-by agreements* celebrados pelo FMI com Estados para concessão de financiamento ou as regras de Basileia III produzidas pelo Basel Committee on Banking Supervision do Bank of International Settlements para reforço da regulação, supervisão e gestão de risco do sector bancário,⁴ ilustram bem a relevância e assertividade das sanções não-jurídicas em caso de incumprimento.

A crescente relevância da *soft law* no desenvolvimento do direito internacional e no reforço da regulação global pós 1945 constitui uma das tendências estruturantes do direito internacional atual que se materializa em mecanismos distintos que variam com o tipo de *soft law* em causa. A *soft law* primária ou autónoma teve um impacto inovador ao constituir o pilar estruturante da génese de novas áreas do direito internacional, como sucedeu nos casos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em relação ao direito internacional dos direitos humanos e da Declaração de Estocolmo de 1972 relativamente ao direito internacional do ambiente. A *soft law* secundária está associada a, e dependente de instrumentos de *hard law*, em especial tratados internacionais, contribuindo para a sua interpretação ou para a integração de lacunas como no caso dos comentários gerais elaborados pelo Comité dos Direitos Humanos, no âmbito dos Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

As relações entre a *soft law* e a *hard law* são complexas e a perspectiva é influenciada pela posição teórica adoptada sobre a natureza do sistema jurídico enquanto instituição social e os seus fins. Para a perspectiva do juspositivismo,⁵ com os seus pressupostos de separação do sistema jurídico dos restantes sistemas sociais, inexistência de conexão entre direito e ética e política, e a definição do direito em função do elemento da coação, a *soft law* é “não direito”, não partilha das características da juridicidade, por consequência marginal para a regulação. Assim, o juspositivismo olha para a *hard law* e a *soft law* como polos opostos, numa lógica binária de vinculatividade/não vinculatividade, em que predominam as relações de separação, ou em algumas circunstâncias alternativas, encarando a *soft law* como um “second best”, uma solução alternativa e inferior quando a via da criação de normas de *hard law* não tem viabilidade ao nível internacional.

⁴ Bank for International Settlements, para detalhes sobre as regras de Basileia III, ver International regulatory framework for banks (Basel III) (<http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm>, consultado em 25.5.2013).

⁵ Norberto Bobbio, 1995, *O positivismo jurídico - lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Icone pp. 130 e ss.

A perspectiva construtivista que encontra em Dworkin⁶ um dos principais expoentes, não estabelece uma diferença qualitativa entre *soft law* e *hard law* considerando que existe uma coexistência e interação profunda entre formas distintas mas em muitos casos complementares de regulação social, partilhando características essenciais e variações ao longo de uma linha contínua. A abordagem construtivista⁷ coloca o acento tónico não tanto na fase formal da criação da norma e elemento sancionatório, mas mais na eficácia da norma na fase de implementação, na vivência social e na solução do gap entre “law in books” e “law in action”, rejeitando a visão binária e salientando a eficácia das sanções não jurídicas, sobretudo as relacionadas com a fragilização da reputação do Estado.

O debate sobre os limites relativos, as vantagens e desvantagens da *soft law* e da *hard law* é vasto e tem beneficiado de múltiplos contributos.⁸ Não cabendo aqui aprofundar este debate, importa apenas salientar os três factores que devem ser considerados decisivos para o recurso à *soft law* e ao seu desenvolvimento. Em primeiro lugar, face aos problemas de decrescente eficácia social das regras de *hard law* e de perda do monopólio dos Estados no sistema internacional, a *soft law* permite responder a alguns dos desafios colocados pelo crescente poder dos atores não-estatais e respectiva capacidade de resistência ao cumprimento da norma, permitindo a participação ativa destes no processo de criação da norma, a assunção de obrigações e o reforço das condições para um cumprimento voluntário que aumente a eficácia da regulação.

Em segundo lugar, algumas novas áreas do direito internacional envolvem uma intensa e permanente interação entre o direito e a ciência/técnica e a conseqüente necessidade de adaptar os standards normativos à evolução rápida do conhecimento científico e a uma crescente incerteza. Nesta perspectiva, a *soft law* assegura uma flexibilidade e adaptabilidade a mudanças rápidas, ao impor “custos de soberania” menores em áreas sensíveis, que a *hard law* com processos negociais longos e uma lógica de soluções que correspondem ao “mínimo denominador comum” não consegue assegurar.

⁶ Ronald Dworkin, 1986, *Law's Empire*, Cambridge Massachussets: Belknap Press.

⁷ Ver David Trubek et al. “*Soft Law*”, “*Hard Law*” and *EU integration* in Grainne de Burca e Joanne Scott (eds.), 2006, *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford and Portland, Hart Publishing. Para uma análise comparativa das diferentes abordagens ver Gregory Shaffer e Mark Pollack, 2010, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, complements and Antagonists in International Governance*, Legal Studies Research Paper Series, Research paper 9-23, University of Minnesota Law School.

⁸ Sobre este debate ver Kenneth Abbott and Duncan Snidal, 2000, *Hard and soft law in International Governance*, in *International Organization*, vol 54, 3 Summer 2000, pp.421-456; John Kirton e Michael Trebilcock, 2004, *Introduction: Hard choices and soft law in sustainable global governance*, in John Kirton e Michael Trebilcock (eds.), 2004, *Hard choices, soft law: voluntary standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate.

Em terceiro lugar, a *soft law* permite lidar melhor com a diversidade no sistema internacional e a promoção de coordenação entre sistemas jurídicos e culturas distintas ao permitir maior margem de manobra de adaptação dos grandes princípios às condições locais, facilitando o processo de *multilevel governance*, contrariamente a uma lógica de standards uniformes e uniformização.⁹

As questões suscitadas pela regulação da água, em especial num contexto de um risco de crise global do recurso, são um bom exemplo da relevância destes factores para a adopção de instrumentos de *soft law*, desde a diversidade como a água é encarada em diferentes culturas, passando pela relevância do conhecimento científico emergente ao nível ambiental até à crescente influência dos atores não-estatais que tentam apropriar-se da água.

A perspetiva adoptada, embora reconheça os potenciais pontos de tensão entre *hard law* e *soft law*, sublinha sobretudo a complementaridade entre ambas.¹⁰ Com efeito a *soft law*, em particular a primária, tende a introduzir novos princípios e a preparar as condições para a emergência de *hard law* de conteúdo semelhante, ou porque a consolidação da prática dos Estados conduz à formação de costume internacional ou porque a gradual implementação do instrumento de *soft law* cria as condições de convergência política que vem a viabilizar a negociação de um tratado. Nem sempre a *soft law* precede ou prepara a *hard law*. Pode verificar-se o inverso, a *soft law* desenvolve-se subsequentemente como instrumento de interpretação ou de integração de lacunas de tratados internacionais, ou codificando costume pré-existente tornando-o mais preciso através de um texto escrito. As sentenças de tribunais internacionais ou os comentários gerais de órgãos de tratados internacionais de direitos humanos são bons exemplos deste tipo de *soft law*.

Se encontramos várias manifestações de complementaridade, a realidade também nos revela casos de oposição e contradição designadamente em situações em que um Estado ou grupo de Estados desenvolvem instrumentos de *soft law* contendo orientações contrárias a tratados internacionais em vigor, e que consideram já não servirem os seus interesses, como estratégia para desenvolver um movimento no sentido de enfraquecer o instrumento de *hard law* em vigor e viabilizar a sua alteração.

⁹ Em boa medida a adopção da via da *soft law* pela UE como estratégia de responder a uma crescente heterogeneidade dos membros e assimetrias das condições económicas e políticas em consequências dos alargamentos. Neste sentido Dinah Shelton, 2008, *Soft Law*, Public Law and Legal Theory working paper n° 322, The George Washington University Law School.

¹⁰ Sobre as relações entre *hard law* e *soft law* ver Dinah Shelton, op.cit., pp.7-14 e Gregory Schaffer, op.cit., pp. 721-727.

2. Direito Internacional da Água: evolução e tendências marcantes

A estruturação do direito internacional da água, tal como outras áreas do direito internacional, tem tido como motor a *soft law* dinamizada por duas organizações não-governamentais internacionais, o Institute of International Law e a International Law Association, que sistematicamente têm dado contributos decisivos através da adoção de diversos standards normativos. As Nações Unidas através da International Law Commission procuraram integrar-se nesta dinâmica através do trabalho de preparação e negociação do tratado internacional UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses adoptada em 1997 após mais de 23 anos de trabalhos preparatórios, mas que ainda não entrou em vigor.

A evolução do direito internacional da água foi marcada por três fases distintas. A primeira fase iniciada com a aprovação das Regras de Helsínquia de 1966 e que se consolidará com a Declaração de Estocolmo de 1972. A segunda fase iniciada com a aprovação e entrada em vigor da Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas UNECE Water Convention¹¹ de 1992 e que envolve igualmente a adoção da UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses de 1997. A terceira fase que se iniciou com a aprovação das Regras de Berlim de 2004 e se desenvolveu recentemente com a entrada em vigor da Convenção UNECE global, que corresponde à emergência de um novo paradigma.

2.1. As Regras de Helsínquia

A aprovação das Regras de Helsínquia em 1966 constituiu o culminar de um processo gradual iniciado com duas resoluções da International Law Association, a de Dubrovnik de 1956, que consagrava o controlo soberano de cada Estado sobre o rio internacional dentro das suas fronteiras mas salientando um factor de moderação já que deveria ser exercido tendo em conta as consequências para outros estados ribeirinhos, e a de Nova Iorque, de 1958, que consagrou a ideia de que cada Estado ribeirinho tinha direito a uma parte razoável e equitativa da utilização das águas partilhadas. Este princípio da utilização equitativa e razoável iria tornar-se na pedra angular das Regras de Helsínquia e no princípio jurídico fundacional do direito internacional da água.

As “Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers” surgiram assim como um instrumento de *soft law* primária, não vinculativo, promovido por uma Organização Não Governamental, com o objectivo de regular os rios internacionais e as bacias hidrográficas, essencialmente as águas de superfície, embora

¹¹ UNECE Water Convention (<http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201936/v1936.pdf>).

também previssem a aplicação marginal à água subterrânea dos aquíferos apenas nos casos em que estes tivessem ligação direta à água de superfície. Por outro lado, as regras regulavam a utilização dos rios quer para fins de navegação quer para fins não relacionados com a navegação, introduzindo como inovação neste domínio a consagração da paridade entre os diferentes usos ao eliminar a primazia tradicional do uso para navegação sobre outros tipos de uso (art.VI). Importa sublinhar que embora a generalidade das Regras de Helsínquia fossem *soft law* existia uma exceção relativamente a algumas regras sobre o uso para fins de navegação uma vez que neste domínio foram consagradas regras de *hard law* que refletiam costume internacional, caso do princípio de que cada Estado ribeirinho tem o direito de livre navegação em todo o curso do rio numa base de reciprocidade.

A grande inovação introduzida pelas Regras de Helsínquia foi a consolidação do princípio da utilização razoável e equitativa entre os Estados ribeirinhos como trave mestra do direito internacional da água. Este princípio não implica uma repartição igual do recurso antes uma repartição proporcional segundo critérios de equidade e razoabilidade¹². Apesar de ser referenciado como um único princípio é possível argumentar que na verdade estamos perante uma articulação entre dois princípios distintos, o princípio do uso/utilização razoável, o qual tem sido objecto de reduzida atenção, e o princípio da utilização equitativa.

A utilização razoável está diretamente relacionada com a forma como a água é utilizada, se o fim da utilização e tipo de uso assim como a quantidade usada são razoáveis nas circunstâncias concretas. Daqui decorrem três implicações essenciais. Em primeiro lugar, a utilização razoável não é um conceito abstrato ou estático nem um critério fixo, antes é dotado de flexibilidade adaptando-se às mudanças de circunstâncias naturais, económicas e de políticas determinadas por factores naturais ou humanos. Existe, assim, um elemento temporal essencial que implica que o que é razoável hoje possa não o ser amanhã. Estamos perante um critério relativo e não absoluto.

Em segundo lugar, a razoabilidade constitui uma medida do uso e um factor de limitação ao uso por cada Estado ribeirinho com base numa análise comparativa conferindo aos Estados ribeirinhos a faculdade de examinar e comparar o uso efetivo da água entre os diferentes Estados ribeirinhos. A relevância do critério da utilização razoável aumenta proporcionalmente com o nível de agravamento das condições de

¹² Margaret J. Vick, *The Law of International Waters: Reasonable Utilization* Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law, Volume 12, Issue 1, Spring 2012, pp.143-178.

disponibilidade de água, atingindo maior intensidade em situações de stress hídrico (disponibilidade entre 1000-1700 m³/pessoa/ano) e de escassez hídrica (inferior a 1000 m³/pessoa/ano) em que as situações dilemáticas entre diferentes usos se agravam.

Em terceiro lugar, o efeito jurídico fundamental é o de que só os usos razoáveis são protegidos pelo direito internacional, os usos não razoáveis não têm proteção nos termos previstos no art. VIII parágrafo 3 das Regras de Helsínquia.

Nestes termos, os usos não razoáveis retiram legitimidade para um Estado protestar contra dano significativo ou interferência com a sua partilha equitativa das águas na parte do uso que é desprovido de razoabilidade¹³. A questão da não razoabilidade do uso pode estar associada a dois factores distintos: falta de razoabilidade do tipo de uso em confronto com usos alternativos com maior prioridade em face de circunstâncias concretas; uso ineficiente da água envolvendo desperdícios ainda que para fins adequados.

Por seu turno, a dimensão “utilização equitativa” relaciona-se com a divisão de todo o curso do rio entre os Estados ribeirinhos e a partilha da quantidade de água de acordo com diferentes critérios que, de forma não exaustiva, são enunciados no art. V das Regras de Helsínquia, designadamente: a geografia da bacia e a parte do rio integrada no território de cada Estado; a hidrologia da bacia e o contributo de água da responsabilidade de cada Estado; a dimensão da população dependente das águas da bacia em cada Estado; disponibilidade de recursos alternativos; utilização histórica das águas. Importa salientar que a obrigação de não causar dano sério não surge como um princípio autónomo, apenas se refere que o dano que resultar do uso do rio seja considerado como um dos critérios para aferir a utilização equitativa. Este será um princípio que irá progressivamente emergir e ganhar autonomia e atingir mesmo um estatuto de relevo no contexto das Regras de Berlim.

Apesar de os princípios da utilização razoável e da utilização equitativa serem distintos e terem alcances diversos, não podem operar isoladamente uma vez que estão acoplados e integrados num conceito operacional único pelo que se revestem de uma lógica de complementaridade. Contudo, existem potenciais tensões entre ambos em circunstâncias específicas, em especial em condições de escassez e stress hídrico, já que pode existir utilização equitativa sem utilização razoável e, em tese, as utilizações não razoáveis que não merecem proteção à luz do direito internacional podem fundamentar desvios à equidade na partilha. Tal implica que a coerência interna não esteja automaticamente garantida e que é necessário um esforço para articular de forma coerente estas duas dimensões. A questão tem sido menos problemática na

¹³ Neste sentido Margaret J. Vick, *op.cit.*, pp.174.

medida em que tem preponderado a perspectiva da utilização equitativa com a consequente marginalização da dimensão da utilização razoável.

As Regras de Helsínquia correspondem assim a um instrumento que reflete um paradigma sobre a regulação internacional da água doce assente em três aspectos principais: (i) centrada nos rios internacionais e nas águas de superfície, consideradas de per se e desenquadradas do ecossistema com uma limitada abordagem ambiental; (ii) assente no direito dos Estados à água decorrente da soberania sobre os recursos naturais e com limites apenas decorrentes da coexistência de soberanias e da necessidade de partilha; (iii) centrada nos aspectos quantitativos e na partilha da água, em especial na utilização equitativa.

2.2. A fase de transição e o papel da *hard law*: a UNECE Water Convention e a UN Watercourses Convention.

A emergência do ambiente como prioridade na agenda internacional está fortemente associada à aprovação da Declaração de Estocolmo de 1972, instrumento de *soft law* que definiu os princípios estruturantes fundamentais do Direito Internacional do Ambiente. Entre estes destaca-se o princípio 21 da Declaração que veio introduzir uma decisiva mudança de paradigma ao combinar no mesmo princípio o direito dos Estados aos recursos naturais e sua exploração com o dever jurídico de não causar dano ambiental nos territórios de outros Estados ou nas regiões que não estão sujeitas à jurisdição de qualquer Estado, os *global commons*.¹⁴ Este binómio direito-dever introduziu uma limitação à soberania dos Estados e colocou em crise uma concepção de soberania absoluta sobre os recursos, consagrada em diversas resoluções anteriores da Assembleia Geral das Nações Unidas, em especial a Resolução n.º 1803 (XVII) de 1962, temperando os direitos dos Estados sobre os recursos naturais com as suas responsabilidades ambientais.

A consolidação do princípio 21 de Estocolmo como regra de costume internacional teve um impacto significativo na evolução do direito internacional da água já que fez nascer um dever jurídico para os Estados de não causar dano sério às águas de rios internacionais, complementado com um dever de prevenção. Esta mudança de paradigma veio a ser marcante na emergência da segunda fase de evolução do direito internacional da água que envolve a aprovação de instrumentos de *hard law* para regulação das questões da água consagrando regras já integradas nas Regras de Helsínquia e novas regras desenvolvidas na sequência da Declaração de Estocolmo consolidadas pela prática dos Estados.

¹⁴ Sobre este princípio ver Sands, P. 2003, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., pp. 235-246.

O primeiro instrumento internacional relevante é um tratado internacional regional a Water Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes de 1992, aprovada no âmbito da Comissão Económica para a Europa da ONU (UNECE). A atenção concentra-se geralmente na Convenção das Nações Unidas International Watercourses de 1997 não sendo reconhecida por muitos autores a verdadeira relevância do tratado que regula a questão das águas no continente europeu. Este tratado possui vários elementos de interesse. Em primeiro lugar, entrou em vigor em 1996 contrariamente ao que sucedeu com a Convenção de 1997. Em segundo lugar, incorporou de forma surpreendente e revolucionária um conjunto de princípios que vão para além das Regras de Helsínquia tendo ido mais longe do que a Convenção de 1997, embora esta tenha sido aprovada posteriormente. A UNECE Water Convention surge na sequência de um conjunto de diversos instrumentos de *soft law* de que se destaca a 1980 Declaration of Policy on Prevention and Control of Water Pollution, including Transboundary Pollution e a que se seguiram outros, os quais foram promovendo a convergência de posições entre os Estados e facilitando a difusão de boas práticas.¹⁵

A UNECE Water Convention tem a singularidade de ser o único tratado-quadro internacional em vigor sobre questões da água regulando a gestão das águas transfronteiriças. Apesar de ter nascido como um tratado regional sofreu uma transformação fundamental já que recentemente em fevereiro de 2013 se tornou numa convenção global. Com efeito, tendo em conta a experiência positiva na sua implementação, foi aberta à adesão de todos os Estados membros da ONU em 2003 tendo em novembro de 2012 recolhido o número mínimo de ratificações para entrar em vigor como instrumento global. Esta é uma evolução com enorme significado permitindo também ultrapassar o impasse que resulta da não entrada em vigor da UN Watercourses Convention de 1997.

Como tratado-quadro está vocacionado para promover a cooperação entre os Estados parte com base em princípios gerais que define, incentivando a celebração de acordos bilaterais ou multilaterais ou arranjos institucionais. Nesse sentido, tem uma estrutura dualista que combina dois tipos de obrigações: obrigações gerais para todos os Estados parte previstas na Parte I; obrigações específicas aplicáveis aos Estados ribeirinhos que partilham recursos hídricos e que se encontram previstas na Parte II.

Relativamente à substância, as inovações introduzidas são diversas importando destacar quatro aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, consagrou o dever de não

¹⁵ Entre esses instrumentos de *soft law* contam-se os seguintes: 1982 Decision on International Co-operation on Shared Water Resources; 1984 Declaration of Policy on the Rational Use of Water; 1986 Decision on Co-operation in the Field of Transboundary Waters; 1989 Charter on Groundwater Management; 1990 Code of Conduct on Accidental Pollution of Transboundary Inland Waters.

causar dano ambiental, com a obrigação dos Estados ribeirinhos de prevenir, controlar e reduzir a poluição da água. Afastando-se da orientação das Regras de Helsínquia, foi estabelecido um equilíbrio, numa posição de paridade, entre o princípio do uso razoável e equitativo (art. 2.º, n.º 2 c)) e o princípio de não causar dano significativo (art. 2.º, n.º 2 a)), por outras palavras, tornou-se vinculativa a articulação entre, e a prossecução simultânea dos aspectos quantitativos e qualitativos na gestão da água. Importa também salientar que adopta um conceito de dano ambiental amplo o qual inclui três componentes, o dano aos recursos naturais, o dano ao património cultural e uma dimensão mais imaterial, o dano à paisagem, integrando os elementos naturais e os elementos humanos do ambiente. A abordagem holística é um dos traços marcantes da Convenção.

Em segundo lugar, adopta uma visão mais integrada da água não a considerando isoladamente como um mero recurso mas como parte de um ecossistema mais complexo cuja conservação constitui uma obrigação dos Estados (art.2.º, n.º 2, d)).

Em terceiro lugar, a Convenção é claramente influenciada pelos novos princípios que se desenvolvem a partir da Conferência de Estocolmo, que refere expressamente no seu preâmbulo, adoptando três princípios chave como orientadores da ação dos Estados: princípio da precaução, princípio do poluidor-pagador e princípio da equidade intergeracional (art. 2.º, n.º 5). A consagração do princípio da precaução, cujo reconhecimento como princípio geral de direito internacional do ambiente é ainda objecto de polémica, constitui uma inovação de grande relevância ao consagrar que a incerteza científica sobre onexo causal entre uma atividade e um dano ambiental não pode justificar a inação em casos de elevado risco social em que estejam em causa danos graves e irreversíveis, antes impõe uma ação que evite a concretização desses danos. Em consequência, é atribuída grande relevância à investigação e desenvolvimento e à investigação científica conjuntas, de modo a poder monitorizar os riscos e agir em conformidade numa interação permanente entre o direito e a ciência/tecnologia.

Por outro lado, ao consagrar o princípio da equidade intergeracional, uma das dimensões do princípio do desenvolvimento sustentável que se estruturou a partir de finais dos anos 80, a Convenção expande o conceito de utilização razoável e equitativa da água previsto nas regras de Helsínquia ao implicar que não seja apenas respeitada a equidade intrageracional, entre as gerações presentes, mas também a equidade na repartição dos recursos entre gerações presentes e gerações futuras. A equidade deixa assim de estar restrita ao curto prazo e às circunstâncias presentes e tem igualmente de ter em conta o longo prazo e as tendências de evolução futuras relativamente à disponibilidade de água.

O princípio do poluidor-pagador, herança de Estocolmo, vem acentuar a responsabilidade internacional dos Estados que violem as suas obrigações jurídicas e o dever

do poluidor de suportar os custos da reparação em qualquer das suas modalidades, restituição, compensação e satisfação.

Em quarto lugar, a Convenção expande o âmbito da regulação relativamente às Regras de Helsínquia incluindo para além das águas de superfície (rios e lagos) também todas as águas subterrâneas, e não apenas as que tiverem ligação direta com as águas de superfície.

As obrigações de cooperação entre os Estados ribeirinhos são particularmente exigentes nos termos dos arts. 11.º a 15.º da Convenção prevendo-se quer a definição de objectivos comuns em termos de qualidade da água, quer a monitorização e avaliação conjunta e o desenvolvimento de investigação e desenvolvimento conjuntas entre os Estados ribeirinhos. A Convenção prevê ainda regras e mecanismos sobre a solução de controvérsias no art. 22.º que representa uma opção por uma abordagem jurídica das mesmas, garantindo assim que a solução de litígios entre os Estados é feita com referência às regras de direito internacional. Ao afastar-se da tradicional abordagem político-diplomática, a Convenção contribui para a despolitização de eventuais conflitos reduzindo o seu potencial efeito erosivo sobre as relações entre os Estados ribeirinhos, funcionando como um mecanismo eficaz de moderação do nível de conflitualidade na gestão do rio partilhado.

Nesta segunda fase foi também adoptado pela Assembleia Geral da ONU um segundo instrumento de *hard law*, a Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, em 1997.¹⁶ É um instrumento universal que começou a ser preparado pela International Law Commission em 1971 com um longo processo de gestação e cuja ratificação tem sido problemática não tendo ainda entrado em vigor uma vez que, até ao momento, e passados mais de 15 anos, ainda só foi ratificada por 27 Estados não tendo atingido o mínimo de 35 ratificações necessárias (art. 36.º, n.º 1). Esta Convenção foi fortemente influenciada pelas Regras de Helsínquia e em boa medida pretendia transformar as regras de *soft law* em regras jurídicas internacionais vinculativas. Em alguns aspectos a Convenção procede à codificação de costume internacional formado a partir de algumas das regras de Helsínquia. Apesar de ser um instrumento adoptado depois da UNECE Water Convention, a Convenção de 1997 é menos inovadora do que esta e está mais próxima das Regras de Helsínquia, em parte porque o seu processo de elaboração começou muito anos antes e em parte porque teve de ser negociada entre um número muito maior de Estados com perspectivas mais divergentes. Importa referir que se trata de uma Convenção-quadro o que pressupõe que não estabelece uma regulação exaustiva substantiva, mas essencialmente princípios fundamentais e aspectos processuais, e deverá

¹⁶ A adopção teve um apoio maioritário mas não esmagador com 103 votos a favor, 3 contra (China, Turquia e Burundi) e 27 abstenções mas 52 Estados não participaram na votação.

ser complementada por acordos específicos entre os Estados ribeirinhos adaptados às características específicas de cada curso de água.

Relativamente ao âmbito de aplicação a Convenção adopta a mesma regra que tinha sido consagrada nas Regras de Helsínquia, ou seja, a regulação das águas de superfície e de águas subterrâneas mas apenas as que tenham ligação direta com as primeiras, tal como consta da definição art. 2.º (a), excluindo todas as outras. Desta forma é um âmbito mais restritivo do que o consagrado na Convenção da UNECE que regula todas as águas subterrâneas.

Em segundo lugar, a Convenção de 1997 consagra o princípio da utilização razoável e equitativa como a regra fundamental do direito internacional da água no seu art.5º, a qual deve ser aferida segundo os critérios do art. 6.º que, no essencial, correspondem aos previstos no art. V das Regras de Helsínquia. A convenção consagra também a obrigação de não causar dano significativo ao curso de água e a outros Estados ribeirinhos, nos termos do art. 7.º, levantando-se a questão da sua articulação com o princípio da utilização razoável e equitativa.

A análise desta questão não é consensual mas nesta matéria considera-se mais fundamentada a posição de Salman¹⁷ que considera existir uma relação hierárquica entre os dois princípios na Convenção de 1997, a qual subordinou a obrigação de não causar dano significativo ao princípio da utilização razoável e equitativa. Esta posição fundamenta-se na interpretação integrada dos arts. 5.º, 6.º e 7.º e em especial na disposição do n.º 2 do art. 7.º, que determina que no caso de dano significativo o Estado responsável deve tomar “todas as medidas apropriadas tendo em atenção os artigos 5.º e 6.º...” que se referem exclusivamente ao princípio da utilização razoável e equitativa. Tal implica uma prevalência deste último princípio como princípio fundamental, na linha da orientação das Regras de Helsínquia, interpretação que foi confirmada pela jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no acórdão do caso Gabcikovo-Nagymaros (Hungria vs. Eslováquia) de 1997 no qual a Convenção de 1997 é citada referindo-se o tribunal apenas ao princípio da utilização razoável e equitativa.¹⁸

¹⁷ Salman M. A. Salman, 2007, The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: perspectives on International Water Law, in *Water Resources Development*, vol.23, nº4,625-640, December 2007, pp.633-634.

¹⁸ ICJ case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) 1997, “Czechoslovakia deprived Hungary from its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube, failed to respect the proportionality which is required by international law.” pp. 53, para.85. No parágrafo 147, o acórdão cita o art. 5º, nº2 do Convenção de 1997 e conclui que a Hungria “... had a basic right to an equitable and reasonable share of the resources of an international watercourse.”

A relação entre os dois princípios não é uma questão neutra ou marginal. Com efeito, trata-se de um aspecto fundamental na gestão dos interesses entre os Estados ribeirinhos emergindo duas posições contraditórias consoante a posição geográfica dos mesmos é mais a montante ou a jusante do curso de água. Os Estados a montante mais próximos da nascente, designados por “upper riparians”, tendem a favorecer o princípio da utilização razoável e equitativa já que lhes dá mais liberdade para utilizar a sua parte da água do rio para atividades que podem gerar efeitos negativos para outros Estados.

Em sentido contrário, os Estados a jusante mais próximos da foz, designados por “lower riparians”, tendem a favorecer a regra de não causar dano significativo uma vez que esta os protege melhor dos efeitos negativos dos usos por parte de Estados a montante, limitando de forma mais efetiva a supremacia territorial dos “upper riparians”. O equilíbrio entre as duas regras representa um compromisso entre os interesses dos Estados a montante e dos Estados a jusante; pelo contrário a prevalência de um deles implica a superioridade dos interesses de um grupo de Estados sobre o outro. Salman sugere mesmo que a resistência à ratificação da Convenção de 1997 poderá ser em parte explicada pelo facto de a solução aí consagrada quanto à gestão das relações entre os dois princípios não ser equilibrada o que leva os “lower riparians” a ter resistências quanto à ratificação.¹⁹ Curiosamente a Convenção da UNECE consagrou uma solução mais equilibrada entre os dois princípios, como atrás se mencionou.

Importa sublinhar que em relação à regra do uso razoável e equitativo, e não existindo acordo ou costume em contrário, nenhum tipo de uso da água tem prioridade sobre os outros nos termos do art. 10.º. No caso de conflito entre usos deverá ser resolvido com recurso aos artigos 5.º a 7.º devendo ser tidos em conta requisitos de necessidades humanas vitais o que não significa necessariamente a sua prevalência. Este será um aspeto que sofrerá alteração relevante na terceira fase como se verá adiante.

Finalmente, uma questão relevante na Convenção de 1997 são as novas disposições adoptadas sobre a obrigação geral de cooperação (art. 8.º) que se manifesta de diferentes formas, designadamente a obrigação de troca regular de informação sobre as condições do curso de água bem como de notificação de medidas planeadas (art. 12.º).

¹⁹ Salman, *op.cit.*, pp.634.

2.3. As Regras de Berlim 2004

A terceira fase é marcada pela elaboração das Regras de Berlim pela International Law Association em 2004, um esforço para atualizar as regras de Helsínquia e responder aos novos desafios em termos de partilha de águas e de crescentes riscos de conflitualidade neste domínio. As Regras de Berlim também incorporam outras influências, não apenas da UNECE Water Convention mas também da evolução da doutrina sobre o direito à água como direito humano. Trata-se de um novo impulso dado pela *soft law* para a evolução do direito internacional da água com a introdução de seis inovações fundamentais que permitem falar de uma mudança de paradigma.

Em primeiro lugar, a adoção de uma abordagem holística a dois níveis. Desde logo a expansão significativa do âmbito de aplicação em duas direções: por um lado passa a abranger as águas de superfície e todas as águas subterrâneas existindo pela primeira vez todo um capítulo dedicado a estas últimas (cap. VIII); por outro, abrange não só as águas internacionais, à semelhança dos instrumentos anteriores, mas também as águas nacionais (art. 1.º). Tal demonstra a necessidade de abolir fronteiras artificiais e adoptar um quadro global reconhecendo assim que várias regras de costume internacional já se aplicam em simultâneo a águas nacionais e internacionais.

A abordagem holística também se manifesta na circunstância de se regular não apenas a água de forma isolada mas também o ambiente aquático nos termos arts. 22.º e seguintes, à semelhança do que sucedia com a UNECE Water Convention.

Em segundo lugar, as Regras de Berlim ao consagrarem autonomamente o dever de não causar dano significativo (art. 16.º) e ao sujeitarem cada um dos princípios ao outro, como salienta Salman,²⁰ alteraram de forma decisiva a relação entre o princípio da utilização razoável e equitativa e o princípio de não causar dano sério, atribuindo-lhes o mesmo nível de prioridade e garantindo um estatuto de igualdade e paridade que contrasta com a solução consagrada nas Regras de Helsínquia e na Convenção de 1997 de prevalência do princípio da utilização razoável e equitativa. Tal solução tem duas implicações fundamentais. Por um lado um maior equilíbrio dos interesses das diferentes categorias de Estados ribeirinhos. Por outro, uma interdependência e obrigação de assegurar em simultâneo a quantidade e a qualidade da água, refletindo a situação de que existe um crescente número de Estados que se debatem com problemas sérios de qualidade das águas, apesar de a quantidade poder ser adequada, o que levanta sérias dificuldades para satisfazer as necessidades das suas populações.

Em terceiro lugar, foi inserida uma nova perspectiva que encara o direito de acesso à água como um direito humano como claramente se consagra no art. 17.º. Esta cor-

²⁰ Salman, op.cit, pp.637.

responde a uma mudança de paradigma fundamental. A água que até aqui fora apenas regulada pelo direito internacional na perspectiva dos direitos dos Estados à água, assente na soberania sobre os recursos, passa também a regular o direito dos indivíduos à água, e os deveres dos Estados em garantir esse direito. Existe, assim, uma nova síntese proposta entre o princípio da soberania e o princípio dos direitos humanos de tal modo que estes funcionam como um factor de limitação do direito dos Estados. Trata-se de uma manifestação da doutrina da soberania da responsabilidade que coloca o acento tónico nos deveres dos Estados, em que a sua primeira obrigação é a protecção dos direitos das populações no seu território.

A referência ao direito humano de acesso à água é não só na perspectiva dos direitos individuais quer de primeira quer de segunda geração, mas também na perspectiva da protecção dos direitos colectivos de terceira geração, em especial das minorias étnicas e dos povos indígenas (art. 20.º) que estão sujeitos a maior risco de violação dos seus direitos.

Em quarto lugar, e em resultado desta nova visão dos direitos humanos relativos à água, foi introduzida uma mudança fundamental que passa pela alteração do princípio tradicional da neutralidade entre usos, não preferência entre usos, consagrando pela primeira vez a prioridade absoluta do uso da água para satisfazer necessidades humanas vitais sobre qualquer outro uso, como refere o art. 14.º n.º 1. Deste modo consagra-se a obrigação de o Estado para determinar o uso razoável e equitativo ter de alocar a água prioritariamente para esse fim não o podendo sacrificar em favor de qualquer outro.

Em quinto lugar, as Regras de Berlim são na realidade um instrumento misto ao consagrarem simultaneamente regras de costume internacional já consolidadas, que são na realidade regras de *hard law* vinculativas para todos os Estados, a par de regras emergentes de costume internacional que ainda não estão consolidadas e têm por isso uma natureza de *soft law* não vinculativa, embora a utilização da mesma expressão “shall” não permita distinguir entre as duas categorias.²¹ Esta solução mista reveste-se de grande originalidade e demonstra a complexidade e centralidade da interacção entre *hard law* e *soft law* na regulação internacional.

Em sexto lugar, são também consagradas regras de direito internacional humanitário relativas à protecção da água no âmbito de conflitos armados quer internacionais quer não-internacionais (arts. 50.º a 55.º), proibindo os combatentes de envenenarem as águas indispensáveis à saúde e sobrevivência da população civil e de atacar ou destruir águas. Estas regras decorrem do princípio da distinção entre combatentes e não-

²¹ Ver sobre esta questão o prefácio ao texto das Regras de Berlim elaborado por Joseph W. Dellapenna, Rapporteur do Water Resources Committee da International Law Association.

combatentes,²² regra fundamental de direito internacional humanitário que proíbe ataques a civis ou a alvos civis, já que ao tornarem a água imprópria para consumo estariam a provocar indiretamente a morte de civis. As águas são assim equiparadas a alvos civis insusceptíveis de ser atacadas. Estas disposições complementam as regras consagradas nas Convenções de Genebra que proibem o ataque, destruição ou inutilização de objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil, entre outros as instalações e reservas de água potável nos termos art. 54.º, n.º 2 do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra.

Esta terceira fase é ainda marcada por um desenvolvimento fundamental que é a transformação da UNECE Water Convention num tratado global tornando-se num instrumento fundamental de regulação e de harmonização de boas práticas na gestão conjunta dos rios e das águas subterrâneas ao nível internacional, com base numa experiência consolidada de mais de 20 anos na Europa. A Convenção adopta uma abordagem holística, tal como as Regras de Berlim, articulando as questões da quantidade, da qualidade e da preservação do ecossistema. Tem como outro traço distintivo o facto de adoptar uma abordagem de *multilevel governance* ao combinar medidas e intervenções nos planos local, nacional e transfronteiriço/internacional.

Por outro lado, como tratado quadro pretende estimular a adopção de acordos bilaterais entre os Estados ribeirinhos que se adaptem às circunstâncias específicas de cada caso tendo registado um sucesso assinalável no apoio à implementação de vários acordos como os casos do Danúbio, do Reno ou do Lago Peipsi e na promoção da cooperação nos Balcãs, Europa de Leste, Cáucaso e Ásia Central. Neste plano importa salientar que em termos de implementação não foram adoptados apenas instrumentos de *hard law* mas também diversos instrumentos de *soft law*, declarações e “guidelines”, que contribuíram para flexibilizar e permitir uma rápida adaptação às alterações de circunstâncias.

Em suma, a evolução do direito internacional da água é marcada por uma intensa interação dialéctica entre a *soft law* e a *hard law* num ciclo em que a *soft law* primária foi decisiva na génese do seu desenvolvimento, inovando e definindo os princípios fundamentais, e constituindo uma antecâmara para o desenvolvimento de *hard law* por duas vias distintas: alguns princípios influenciaram a prática dos Estados e acabaram por dar origem à formação de regras de costume internacional; ao mesmo tempo que os instrumentos de *soft law* criaram a convergência internacional que permitiu negociar e adoptar instrumentos de *hard law* sob a forma de tratados, em especial as duas Convenções-quadro. Por seu turno a implementação da UNECE Water Convention acabou por ser concretizada em larga medida por instrumentos de *soft law* secundária, numa área em que a evolução do conhecimento científico e a

²² Constitui uma regra de costume internacional e foi também explicitamente consagrado no art. 48º do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949.

sua interação com o direito exige uma grande flexibilidade e adaptabilidade. Também a *soft law* secundária, o comentário geral da CDESC, de desenvolvimento e interpretação de um tratado, acabou por introduzir uma importante inovação desencadeando um processo de transformação de paradigma alicerçado no reconhecimento do direito à água como direito humano que constitui hoje um dos motores do desenvolvimento do direito internacional da água.

Esta evolução é também marcada por uma tripla transição. Em primeiro lugar de uma abordagem fragmentada que encarava a água de per se, como um recurso isolado e com um âmbito restrito às águas de superfície transfronteiriças para uma abordagem holística em que a água é vista como parte de um ecossistema, com um âmbito abrangente incluindo todos os tipos de água doce (nacionais e internacionais, de superfície e subterrâneas), regulando o comportamento dos diversos atores quer em tempo de paz quer em contexto de conflito armado.

Em segundo lugar, uma transição de uma abordagem exclusivamente quantitativa sobre a água e a sua partilha entre Estados ribeirinhos que resulta do predomínio do princípio do uso razoável e equitativo, para uma abordagem que combina os aspectos quantitativos e qualitativos, assente num estatuto paritário entre este princípio e a obrigação de não causar dano significativo.

Em terceiro lugar, a transição de uma abordagem centrada nos direitos dos Estados e na soberania sobre os recursos, para uma abordagem que também incorpora os deveres dos Estados, numa concepção de soberania da responsabilidade mais limitada, e os direitos dos indivíduos à água, numa fase inicial como direito simples e posteriormente como direito humano, assim como a posição e os deveres dos atores não-estatais.

Tendo em conta a essencialidade do reconhecimento da água como direito humano para a evolução futura do direito internacional da água numa lógica de *multilevel governance*, será esta questão analisada na próxima seção procurando identificar os contornos desse direito bem como as implicações fundamentais do seu reconhecimento.

3. O direito de acesso à água como direito humano

Podemos identificar diferentes paradigmas sobre a concepção da água que se foram afirmando sequencialmente. Um primeiro paradigma encara a água como recurso natural, inicialmente inesgotável e por isso não regulado mas progressivamente encarado como limitado, escasso em algumas regiões, e por isso devendo ser sujeito a regulação e proteção ambiental como consagrado na Declaração de Estocolmo de 1972.

O segundo paradigma corresponde à visão da água predominantemente como bem económico, transacionado no mercado e sujeito às regras da oferta e da procura, susceptível de exploração numa perspectiva empresarial segundo uma lógica de maximização do lucro. Este paradigma começou a afirmar-se no final da década de 80 e foi consagrado no Dublin Statement on Water and Sustainable Development de 1992, designadamente no seu princípio 4²³ mas a sua interpretação é objecto de polémica. Esta perspectiva acabou por fundamentar todo o movimento de privatização da água e dos sistemas de abastecimento nos anos 90 com consequências negativas em muitos países já que originou um aumento muito significativo dos preços da água, incumprindo o critério do preço comportável, excluindo do acesso à água os mais pobres, ao mesmo tempo que gerou uma degradação das infraestruturas por ausência de investimentos na rede. Nesta transição alguns interpretaram o conceito de bem económico como fundamentando a apropriação privada de um bem público.

O terceiro paradigma é o da emergência da água como um direito humano dotado das características essenciais da universalidade, inalienabilidade e interdependência. Tal representa uma evolução em relação a fases anteriores em que se reconheceu o direito à água mas não com o estatuto de direito humano, desprovido do conjunto de características essenciais dos direitos humanos e sem o nível reforçado de intensidade de proteção e vinculatividade de deveres para os Estados e atores não-estatais associados aos direitos humanos.

Este terceiro paradigma tem uma gestação longa cujas origens remontam à década de 70, em especial à mudança fundamental introduzida pela Conferência das Nações Unidas de Mar del Plata de 1977 em cujo plano de ação foi consagrado pela primeira vez o direito à água apenas como direito, não ainda como direito humano. Depois da hesitação na consagração em diferentes instrumentos internacionais de *soft law* e de *hard law* da água como necessidade básica ou como direito, o Comentário Geral n.º 15 de 2002 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), veio dar um contributo decisivo para a afirmação do conceito da água como direito humano com o conteúdo definido no parágrafo 2 do documento.²⁴

²³ Produzido como documento final da Dublin International Conference on Water and the Environment o texto do princípio 4 confirmava "...water has an economic value in all its competing uses and should be recognized as an economic good". Importa referir que a Declaração também reconhece o direito de todos os seres humanos terem acesso a água potável e saneamento a um preço comportável mas este critério não é concretizado.

²⁴ UN Economic and Social Council, E/C.12/2002/11, 20 January 2003 Texto parágrafo 2 "*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 diseases and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements.*"

O Comité considerou existir um direito humano à água, apesar de não ser explícito em nenhum instrumento jurídico internacional, de natureza implícita fundamentando juridicamente em três argumentos integrados. Em primeiro lugar recorrendo à técnica da inferência,²⁵ o direito é derivado e inferido de direitos consagrados no próprio Pacto e outros instrumentos internacionais, designadamente no direito a um nível adequado de vida consagrado no art. 11.º, n.º 1 do PIDESC na referencia a alimentação adequada, vestuário e habitação, e no direito a um elevado standard de saúde, física e mental, consagrado no art. 12.º.

O segundo argumento é o da centralidade do direito à água como condição, essencial para a realização de outros direitos consagrados no PIDESC e noutros instrumentos internacionais, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o direito à alimentação adequada, já que a água é indispensável à produção de alimentos, e o direito à saúde. Sem reconhecer o direito à água muitos direitos humanos perderiam o efeito prático e seriam esvaziados de conteúdo.

O terceiro argumento é o da consagração prévia do direito à água noutros instrumentos internacionais de *hard law* de direitos humanos e de direito humanitário – art. 14.º (2) da Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979), no art. 24.º (2) da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e na III Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra (arts. 20.º, 26.º, 29.º, 46.º) e IV Convenção de Genebra sobre proteção dos civis (arts. 85.º, 89.º 127.º) – e em vários instrumentos de *soft law* como o Plano de Ação de Mar del Plata, a Agenda 21 do Rio ou a Declaração de Dublin.²⁶

Com base nestes argumentos o Comité fundamenta a existência de um direito à água com um conteúdo normativo específico e que envolve 3 dimensões fundamentais: disponibilidade; qualidade; acessibilidade.

A disponibilidade implica que o abastecimento de água seja suficiente e contínuo, sem interrupções para usos pessoais e domésticos. O critério da suficiência não é definido no Comentário mas têm sido feitas várias tentativas para o objectivar consi-

²⁵ Esta linha de argumentação já havia sido utilizada por autores como McCaffrey e Gleick, ver Peter Gleick, *The Human Right to Water*, 1 *Water Policy*, 492 (1998). O próprio Comité no Comentário geral nº 6 de 1995 já tinha referido o acesso à água como direito humano vd. parágrafos. 5 e 32 do Comentário geral No. 6 (1995) on the economic, social and cultural rights of older persons.

²⁶ Preâmbulo Mar del Plata Action Plan of the United Nations Water Conference; Agenda 21, para.18.47 Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I and Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III and Vol. III/Corr.1); Princípio No. 3, The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, International Conference on Water and the Environment (A/CONF.151/PC/112)

derando a Organização Mundial de Saúde que qualquer ser humano necessita entre 50-100 litros de água por dia para satisfação de necessidades básicas.

Relativamente à qualidade, tal implica que a água seja segura, sem micro-organismos, substâncias químicas ou radiações de modo a evitar problemas graves de saúde já que a água contaminada constitui uma séria ameaça à segurança humana, muito mais séria do que os conflitos armados violentos, estando associada às principais causas de mortalidade humana, por ex. à diarreia, a segunda maior causa de mortalidade infantil no mundo, e à malária que constitui a terceira.²⁷ A articulação com o direito ao saneamento básico é essencial uma vez que a ausência deste é um dos factores mais importantes da contaminação da água, quer das águas de superfície (rios e lagos) quer das águas subterrâneas.

A dimensão acessibilidade é a mais complexa porque é aquela que depende de factores sociais, políticos e institucionais. Envolve diferentes componentes como refere o comité:

- (i) Acessibilidade física que implica a proximidade do ponto de abastecimento da casa, escola ou local de trabalho mas não é definida objectivamente pelo Comentário geral. A OMS avançou com propostas de concretização tendo sugerido que a distância não seja superior a 1000m e o tempo de recolha não seja superior a 30 minutos. A recolha de água em muitos países em desenvolvimento é uma atividade extremamente penosa que é geralmente da responsabilidade das mulheres e raparigas, envolvendo longas caminhadas e muitas horas diárias, e que tem efeitos extremamente negativos no acesso à educação das raparigas já que o tempo dedicado à recolha de água é responsável por problemas de assiduidade escolar e uma causa essencial de taxas mais baixas de escolarização.
- (ii) Acessibilidade económica relacionada com o preço da água e a necessidade de garantir um “affordable price”, conceito vago que não é definido no comentário. O PNUD no RDH de 2006 veio sugerir que tal critério implica que os custos com a água não sejam superiores a 3% do rendimento familiar²⁸ salientando que o preço da água é em geral altamente regressivo, inversamente proporcional ao rendimento já que os mais pobres são os que mais pagam.²⁹
- (iii) Não-discriminação proibindo-se quer a discriminação *de jure* quer a discriminação *de facto*.
- (iv) Acessibilidade à informação sobre questões relacionadas com a água

²⁷ PNUD, Relatório de Desenvolvimento Humano 2006, Cap. 1 “Beyond Scarcity: Power, poverty and the global water crisis”, Nova Iorque.

²⁸ PNUD, op.cit, pp. 66.

²⁹ PNUD, op.cit, pp. 51.

A inclusão da cláusula da não-discriminação pelo Comité na dimensão acessibilidade introduz alguma confusão sugerindo uma restrição quando na realidade esta é uma cláusula geral que se deve aplicar a todas as dimensões do direito e não apenas à acessibilidade, para além de ser uma cláusula geral para todos os direitos do PIDESC nos termos do seu art. 2.º, n.º 2, como aliás o Comité reconhece.

A distinção entre estas diferentes dimensões do direito humano à água permite perceber a importância da qualidade da água para a segurança humana, para a saúde e a preservação da vida, e a sua complementaridade com a necessidade de disponibilizar a quantidade de água adequada. Tal tem duas implicações para o direito internacional na regulação das relações entre Estados na gestão de recursos hídricos partilhados. Em primeiro lugar, implica a necessidade de paridade entre o princípio do uso razoável e equitativo, que se relaciona com os aspectos quantitativos, e o princípio de não causar dano significativo, relacionado com os aspectos qualitativos, tal como previsto nas Regras de Berlim, como condição para garantir o direito humano à água e a segurança humana. São objectivos que têm de ser prosseguidos em simultâneo e de forma integrada, existindo uma obrigação de minimizar as eventuais tensões e de adoptar as soluções que promovam as sinergias e complementaridade.

Em segundo lugar, reforça a ideia de hierarquia de usos surgindo a satisfação das necessidades humanas vitais protegidas pelo direito humano à água como o uso prioritário que prevalece sobre os restantes. Tal implica que o uso da água num Estado para fins básicos de satisfação das necessidades diárias (beber, cozinhar, higiene) deve prevalecer sobre a utilização noutro Estado para geração de energia eléctrica, podendo justificar limitações à repartição equitativa. A prioridade do uso não pode apenas ser analisada na perspectiva das relações entre usos no plano interno de cada Estado, tem também de ser equacionada no plano transnacional, implicando comparações de usos entre Estados.

O reconhecimento do estatuto de direito humano tem um conjunto de efeitos jurídicos fundamentais no que respeita aos deveres jurídicos dos Estados na realização do direito. Está em causa um complexo de deveres que vai muito para além do dever de não violação directa por parte do Estado, envolvendo cinco tipos fundamentais:

- (i) O dever de implementação de instrumentos jurídicos nacionais que traduzam a obrigação internacional do Estado, designadamente legislação adequada e uma estratégia nacional para tornar efetivo o direito à água;
- (ii) O dever de respeito, não violando o Estado através dos seus agentes ou funcionários o direito, designadamente ao fixar tarifas de águas excessivas que inviabilizem o acesso dos cidadãos de menores rendimentos ou ao não controlar nem garantir a qualidade da água, não interferir com o gozo do direito

- por exemplo com sistemas tradicionais e regras costumeiras de distribuição da água;
- (iii) Dever de proteção, impedindo a violação do direito por terceiros, designadamente atores não-estatais, impedindo e controlando processos de poluição das águas por empresas privadas ou regulando o comportamento de empresas privadas concessionárias de serviços de água e a fixação das tarifas;
 - (iv) Dever de *fulfill*, uma vez que estamos perante um direito económico e social de realização progressiva, cabendo ao Estado promover o direito e garantir proteção das fontes de água e o uso racional evitando desperdícios, ou realizar os investimentos necessários para expandir a rede de infraestruturas para garantir acessibilidade física;
 - (v) Dever de reparação, que envolve o dever de punição dos responsáveis por violações do direito bem como de indemnização dos danos às vítimas dessas violações, por exemplo do corte arbitrário de abastecimento de água.

Embora seja um instrumento de *soft law* secundária e não tenha um carácter vinculativo para os Estados parte do Pacto, o Comentário Geral teve um enorme impacto e influência quer a nível internacional quer nacional. No plano internacional motivou a produção de outros instrumentos de *soft law* com elevada carga política designadamente a Resolução 64/292 da Assembleia Geral da ONU de 2010³⁰ que pela primeira vez reconheceu formalmente o direito à água e saneamento básico como direito humano essencial para a realização de todos os direitos humanos (ponto 1.). O conteúdo da resolução ao referir “o direito à água e ao saneamento” introduz também uma inovação relativamente ao Comentário Geral e levanta uma nova questão que é a de saber se estamos perante dois direitos distintos ainda que interligados, ou perante um único direito que funde as duas dimensões. A manutenção da autonomia parece a orientação mais correta não só porque o nível de essencialidade para a existência humana é diferente como a fundamentação jurídica construída pelo Comité dos Direitos Económicos e Sociais não é automaticamente extensível ao direito ao saneamento.

Outro instrumento de *soft law* orientado para a implementação prática e efetiva do direito é o manual de boas práticas produzido em 2012 pela Relatora Especial da ONU,³¹ o qual articula a ação e deveres dos Estados com a ação e deveres dos atores não-estatais na realização e proteção do direito.

No plano nacional o impacto tem sido significativo originando a criação de instrumentos de *hard law* nacionais, não apenas leis mas sobretudo a constitucionalização

³⁰ Resolução A/RES/64/292 da AG da ONU de 28.7.2010.

³¹ United Nations, UN Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, 2012 *On the Right Track. Good practices in realizing the rights to water and sanitation*, March 2012, New York.

do direito à água nas Constituições de um número crescente de Estados como ilustram os casos da Bolívia (art. 16.º em 2009), República Democrática do Congo (art. 48.º em 2005), Quênia (secções 43. e 56. da nova Constituição de 2010), Maldivas (art. 23 (a) em 2008), Nicarágua (2005), Equador (art. 12.º em 2008), Uruguai (art. 47.º em 2004), El Salvador (art. 69.º em 2012), México (art. 4.º em 2011). Este número tem vindo a crescer desde 2002 e sobretudo depois da resolução da AG da ONU 64/292. Por outro lado, mesmo em casos em que não houve consagração constitucional, o comportamento dos Estados alterou-se através das decisões dos tribunais e da consolidação de nova jurisprudência. O caso da Índia é paradigmático uma vez que, apesar de a Constituição não consagrar o direito à água e saneamento, quer os tribunais federais quer estatais têm interpretado o art. 21.º da Constituição sobre o direito à vida como incluindo o direito à água.³² Outro exemplo significativo é a jurisprudência do Supremo Tribunal de Israel que num caso recente de 2011 considerou que o direito à água é merecedor de proteção constitucional.³³

Contudo, o caso mais significativo é o caso pioneiro da África do Sul, o primeiro país que consagrou o direito à água na sua constituição de 1996, art. 27.º, n.º 1, como “direito a alimentação e água adequadas”. Esta consagração é em boa medida explicada pelo facto da discriminação no acesso à água ter sido um dos símbolos e imagens de marca do regime do apartheid. O sistema de realização do direito é bastante completo, incluindo o Water Services Act de 1997 e o National Water Act de 1998, e inovador já que adopta soluções que constituem boas práticas como a definição de objectivos precisos para garantir um abastecimento suficiente garantindo 50-60 litros diários a cada pessoa, ou a política de “free basic water” precisada em 2001 segundo a qual todos os municípios devem fornecer gratuitamente 25 litros por dia a cada pessoa ou 6.000 litros por família/mês, o que corresponde à definição de “basic water supply”,³⁴ só sendo pago o consumo acima deste nível. Esta água tem de estar disponível a uma distância até 200m e tem de ser assegurada continuidade sendo fixado um limite máximo de 7 dias por ano de não fornecimento.

³² The Rights to Water and Sanitation Portal, Disponível em <http://www.righttowater.info/progress-so-far/timeline/legal-redress/the-right-to-water-under-the-right-to-life-india-2/>, consultado em 12.6.2013.

³³ Caso 9535/06 Abadallah Abu Massad et al v. Water Commissioner and Israel Lands Administration, 2011 vd. Sharmila L. Murthy, JD, MPA, and Mark K. Williams, JD. *The Human Right to Water in Israel: A Case Study of the Unrecognised Bedouin Villages in the Negev*, Israel Law Review, Vol 46, Issue 01, March 2013, pp.25-59.

³⁴ Ver Water Services Regulations 2001 “3. *The minimum standard for basic water supply services is (a) the provision of appropriate education in respect of effective water use; and (b) a minimum quantity of potable water of 25 litres per person per day or 6 kilolitres per household per month - (i) at a minimum flow rate of not less than 10 litres per minute; (ii) within 200 metres of a household; and (iii) with an effectiveness such that no consumer is without a supply for more than seven full days in any year.*” Government Gazette, Regulation Gazette n° 7079, vol 432, 8.6.2001.

Neste contexto, mesmo para quem conteste a construção jurídica do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e ponha em causa a técnica da inferência a partir de outros direitos para contestar a existência de um direito humano à água, tem pelo menos de admitir como seguro que está em curso um processo de formação gradual de uma norma de costume internacional, que se tem vindo a consolidar em consequência de uma convergência da prática dos Estados, quer no contexto da ONU de que é prova a resolução da AG de 2010, quer no plano nacional, observável ao nível dos governos nacionais e locais e de outros órgão de soberania como os tribunais, que irá a breve trecho dar origem a uma regra de *hard law*, vinculativa para todos os Estados, que consagra o direito à água como direito humano. Num quadro de crescente escassez física e noutros casos de escassez económica (relacionada com a incapacidade institucional e de gestão para o tratamento e distribuição) de água e de incerteza sobre a sua disponibilidade, é possível argumentar que esta regra se poderá vir a transformar mesmo numa norma de *jus cogens*, imperativa, integrando o direito constitucional internacional.

Em geral, e na perspectiva do próprio CDESC, o direito à água tende a ser integrado nos direitos humanos de segunda geração, direitos económicos e sociais, caracterizados como direitos positivos, que pressupõem uma prestação positiva e políticas proactivas do Estado, contingentes, cuja realização efetiva não está garantida à partida dependendo do sucesso do processo de desenvolvimento, marcados pela desigualdade *de facto* no seu gozo à partida pressupondo-se que a ação do Estado venha a permitir a prazo uma igualdade do gozo à chegada. Assim, os direitos económicos, sociais e culturais estão sujeitos ao princípio da realização progressiva, a que está associada a obrigação específica de “fulfill” por parte dos Estados, mas que deve ser incremental. Apesar disto, existem obrigações de efeito imediato para o Estado designadamente a obrigação de não-discriminação assim como a obrigação de não adoptar medidas retrogressivas.

Esta classificação suscita dúvidas, face à própria argumentação que sustenta a sua natureza de direito humano, levantando uma questão interessante que se relaciona com a natureza híbrida do direito à água. Tal decorre da sua profunda interligação com o direito à vida e o reconhecimento de que uma componente do direito à água constitui condição imprescindível para garantir a sobrevivência básica do ser humano, não apenas um nível de vida adequado e a realização do potencial humano de cada pessoa. Com efeito, a água pode ser objecto de vários usos, o mesmo recurso satisfaz necessidades básicas mas também necessidades não essenciais. Nesta perspectiva, o direito à água pode ser visto como contendo também características de direito de primeira geração na vertente que se relaciona com o uso para satisfazer necessidades vitais, e por conseguinte considero pertinente sustentar a sua natureza mista entre a primeira e segunda geração. Tal é apenas mais uma demonstração de que as barreiras rígidas entre as diferentes gerações de direitos humanos são artificiais, quer porque os direitos são interdependentes quer porque existem direitos que

na sua essência são duais, e que prevalece um princípio fundamental de unidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

A realização progressiva dos direitos económicos e sociais envolve um elevado nível de incerteza e dificuldade em determinar a existência de violação da obrigação de *fulfill* pelos Estados, não obstante o esforço inovador do CDESC no desenvolvimento de indicadores e benchmarks para medir o grau de realização dos direitos³⁵ (estruturais, de processo e de resultado), exceto no caso de medidas visivelmente retrogressivas que implicam violação imediata.

O reconhecimento da natureza mista do direito à água tem consequências jurídicas relevantes a dois níveis. Em primeiro lugar, na lógica do direito de primeira geração, a obrigação de garantir acesso ao mínimo de água segura indispensável à sobrevivência humana, que de forma inovadora a África do Sul adoptou com o conceito de “free basic water”, torna-se mais intensa e exigível de imediato, forçando os Estados a atribuir-lhe absoluta prioridade nos planos de desenvolvimento e na afectação de recursos públicos, e não apenas quando for possível, e impedindo a aplicação de tarifas que criem obstáculos ao acesso. Em segundo lugar, configura como violação do direito toda a decisão que na escolha entre usos da água não consagre a prevalência do uso para fins humanos vitais sobre quaisquer outros, pelo que a prioridade deste tipo de uso se torna vinculativa.

O reconhecimento do direito à água como direito humano implica assim uma mudança de paradigma sobre a água e tem implicações de enorme alcance. Entre as diferentes implicações destacaria três que têm potencialmente um impacto considerável sobre as políticas públicas e sobre a relação entre o Estado e os cidadãos. A primeira relaciona-se com a política de tarifas da água e a forte contenção a que têm de ser sujeitas de modo a manter preços razoáveis e a não colocar em causa o gozo do direito e a acessibilidade económica. O aumento significativo dos preços das tarifas ou a ideia de privatização do sistema de abastecimento numa lógica empresarial de maximização do lucro são claramente incompatíveis com a realização do direito humano à água pelo que o Estado tem de controlar e regular o sector privado no caso em que este explora os serviços de abastecimento. O princípio de serviço tendencialmente gratuito, que se tem aplicado a alguns serviços sociais como a educação e saúde mas paradoxalmente não à água, tem de aplicar-se também à água pelo menos na parte que corresponde ao nível básico de satisfação de necessidades vitais.

³⁵ Ver Catarina Krause and Martin Scheinin, 2009, *International Protection of Human Rights: a textbook*, Abo Akademi University, Institute for Human Rights, pp.144-146. Ver também Comentário Geral nº 14 do CDESC, *The right to the highest attainable standard of health* (art. 12), 2000.

Este problema é tanto mais premente quanto existem riscos crescentes de os grandes conglomerados económicos controlarem parte significativa do sector da água a nível global e poderem vir a criar um verdadeiro cartel da água com consequências dramáticas (atualmente os quatro gigantes no sector da água são o Grupo Danone, Coca-Cola Company, Nestle SA e PepsiCo). A enorme dimensão do mercado de água engarrafada,³⁶ consequência da insuficiência da rede de abastecimento ou falta de qualidade da água em muitos casos deliberadas, ou a polémica envolvendo a Nestlé e declarações do seu Presidente Peter Brabeck são um sinal deste fenómeno.

A segunda implicação estrutural é a necessidade de empoderamento dos utentes reforçando o papel e a participação direta dos utentes, titulares do direito, na gestão do sistema de abastecimento por forma a garantir standards de qualidade e cobertura e a monitorizar o cumprimento das obrigações por parte do Estado. Esta participação pode assumir diversas formas: a consagração do direito de participação de representantes dos utentes no conselho de administração das entidades gestoras ou a criação de associações de utentes ao nível local que garantam um sistema de monitorização credível do sistema e denunciem as violações do direito.

A terceira implicação é a consagração de deveres de conservação e uso racional da água pelos vários tipos de utentes, em especial dos agricultores que consomem cerca de 70% do total, com sanções para os casos de enorme desperdício que não passem apenas pelo pagamento de preços mais elevados mas também pela interrupção de fornecimento, garantindo sempre a prioridade do uso vital de modo a assegurar o abastecimento estável e a respeitar o princípio da igualdade intergeracional salvaguardando os interesses das futuras gerações.

Conclusão

A estruturação do direito internacional da água consolida-se a partir da década de 60, dinamizada por instituições da sociedade civil e pela produção de instrumentos de *soft law*, com especial destaque para as Regras de Helsínquia e as Regras de Berlim. A evolução registada pautou-se por uma tripla transição: de uma abordagem fragmentada para uma abordagem holística em que a água é vista como parte de um ecossistema; de uma abordagem exclusivamente quantitativa para uma abordagem que combina os aspectos quantitativos e qualitativos, assente num estatuto paritário entre o princípio do uso razoável e equitativo e a obrigação de não causar dano signi-

³⁶ Dados da Zenithinternational, empresa consultora especialista no ramo, mostram que o consumo global total de água engarrafada aumentou de 192 mil milhões de litros em 2006 para 261 mil milhões de litros em 2011 ocupando a China o 1º lugar com 40 mil milhões, os EUA o 2º com 31 mil milhões e o México o 3º com 20 mil milhões. (disponível em http://www.zenithinternational.com/pdf/events/00101_slides.pdf, consultado em 10.6.2013)

ficativo; de uma abordagem centrada nos direitos dos Estados e na soberania sobre os recursos, para uma abordagem que também incorpora os deveres dos Estados e os direitos dos indivíduos à água. Toda esta evolução resultou de uma interação intensa e criativa entre a *hard law* e a *soft law*, num jogo dialético que tem evidenciado mais complementaridade do que tensão.

O reconhecimento da água como direito humano, com uma natureza híbrida entre a primeira e a segunda geração, sustentado numa regra de costume internacional emergente, ou mesmo já consolidada, que cubra pelo menos a satisfação das necessidades vitais através de uma água suficiente, de qualidade e acessível (física e economicamente), é a inovação determinante que desencadeou uma mudança de paradigma e um novo quadro de evolução do direito internacional da água. Este tem de responder aos dois tipos de ameaças a que os titulares do direito estão sujeitos, não apenas a ação arbitrária de um Estado que ponha em causa a quantidade e a qualidade da água disponível num curso de água partilhado mas também a ação arbitrária no plano interno e transnacional de atores não-estatais que se apropriem indevidamente da água. Se aos Estados foram definidos os deveres quer horizontais, na relação com outros Estados, quer verticais, na relação com os cidadãos (deveres de respeito, de proteção, de fulfill), já a regulação do comportamento dos atores não-estatais e a capacidade de lhes impor obrigações jurídicas se revela muito mais problemática e é uma das fragilidades e limitações do direito internacional, precisamente num momento em que o domínio dos grandes conglomerados e o risco de formação de um cartel da água aumentou.

A consagração do acesso à água como direito humano tem diversas implicações de grande alcance em especial no plano da política de tarifas da água que têm de manter preços razoáveis de modo a não colocar em causa o gozo do direito e a acessibilidade económica. Por outro lado, o empoderamento dos utentes reforçando o papel e a participação direta destes na gestão do sistema de abastecimento. Finalmente, a terceira implicação é a consagração de deveres de conservação e uso racional da água pelos vários tipos de utentes, em especial dos agricultores que consomem cerca de 70% do total, e a alteração da hierarquia de usos prevalecendo o uso vital que se impõe a qualquer outro.

Não obstante o progresso registado e as inovações introduzidas, designadamente pelas Regras de Berlim, o direito internacional da água no seu estado atual, englobando quer instrumentos de *hard law* quer de *soft law*, não se revela suficientemente robusto, holístico e coerente para responder aos enormes desafios que se colocam à generalidade dos Estados e da população humana associados a uma eventual crise global da água que resulte de uma combinação explosiva entre escassez física/stress hídrico, elevada conflitualidade interestatal, incluindo o risco de conflitos armados, e estratégias predatórias dos grandes conglomerados privados. A consolidação do direito internacional da água será uma condição necessária mas não suficiente, sendo

fundamental articulá-la com a exploração de instrumentos não jurídicos que passam pela mobilização das associações de cidadãos na defesa do seu direito humano à água e na limitação do poder dos conglomerados; pela alteração de padrões de comportamento social em especial para uma agricultura mais sustentável; e pelo aperfeiçoamento de soluções tecnológicas que permitam reciclar a água e utilizar as reservas até hoje inacessíveis.

Referências bibliográficas

- Bobbio, Norberto, 1995, *O positivismo jurídico - lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Icone
- Chellaney, Brahma, 2009, *Coming Water Wars*, in *International Economy*, Fall 2009, pp.38-39
- Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 15, 2002.
- Gleick, Peter, The Human Right to Water, 1 in *Water Policy*, 492 (1998)
- International Court of Justice, ICJ case concerning Gabcikovo- Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) 1997.
- International River Basin Register, Oregon State University, Institute for Water and Watersheds, Program in water conflict management and transformation, 2012.
- Krause, Catarina and Martin Scheinin, 2009, *International Protection of Human Rights: a textbook*, Abo Akademi University, Institute for Human Rights
- Margaret J. Vick , 2012, *The Law of International Waters: Reasonable Utilization* in *Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law* , Volume 12, Issue 1, Spring 2012
- PNUD, Relatório de Desenvolvimento Humano 2006, Cap. 1 “Beyond Scarcity: Power, poverty and the global water crisis”, Nova Iorque.
- Sands, P. 2003, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2nd ed
- Salman M. A. Salman, 2007, The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: perspectives on International Water Law, in *Water Resources Development*, vol.23, n.º 4,625-640, December 2007
- Shaffer, Gregory e Mark Pollack, 2010, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, complements and Antagonists in International Governance*, Legal Studies Research Paper Series, Research paper 9-23, University of Minnesota Law School.
- Shelton, Dinah, 2008, *Soft Law*, Public Law and Legal Theory working paper n.º 322, The George Washington University Law School
- Trubek, David et al. “Soft Law”, “Hard Law” and EU integration in Grainne de Burca e Joanne Scott (eds.), 2006, *Law and the New Governance in the EU and the US*, Oxford and Portland, Hart Publishing.
- United Nations, UN Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, 2012 *On the Right Track. Good practices in realizing the rights to water and sanitation*, March 2012, New York.