

AS NOÇÕES DE ILHA E DE ROCHEDO - DA FUNDAMENTAÇÃO DOUTRINÁRIA NO QUADRO DA CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY AO SEU PAPEL NO ÂMBITO DO DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA MUNDIAL

Pedro Quartin Graça*

RESUMO

Os conceito de ilha e de rochedo estão, na actualidade, no centro de um conjunto alargado de manifestações económicas, políticas e estratégicas de Estados à escala internacional e que, partindo da Convenção de Montego Bay mas não se cingindo a esta, têm vindo a ser desenvolvidos na prática nem sempre à volta dos princípios de equidade e de justiça, antes demonstrando que o direito se vai assumindo como crescentemente situacional na sua aplicação indo de forma crescente ao encontro dos interesses económicos dos Estados.

The notion of island and rock – from the doctrinal basis at the UNCLOS III towards their role in the framework of the development of world economy

ABSTRACT

The concept of the island and rock are, presently, in the center of a broad set of economic, political and strategic events, from States at international level and that, based on the UNCLOS but not girding to it, have been developed in practice not always around the equity and justice principles, but demonstrating that the law Law sees itself as increasingly situational in its application going increasingly to meet the economic interests of States.

PALAVRAS CHAVE

Canárias; Direito Internacional; Direito do Mar; Espaços marinhos; Estado; Ilhas; Limites Marítimos; Mar; Mar Territorial; UNCLOS; Zona Económica Exclusiva.

KEYWORDS

Canárias; Economic Exclusive Zone; International law; Islands; Law of the Sea; Maritime spaces; Sea; Territorial Sea; UNCLOS.

*Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), Dinâmia/CET, Lisboa, Portugal.

Universidade do Porto (UP), CIIMAR - Centro Interdisciplinar de Investigação Marinha e Ambiental, Porto, Portugal

Doutor em Políticas Públicas pelo ISCTE - IUL. DEA em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade da Extremadura. E-mail: Pedro.Quartin@iscte.pt

Só com o movimento de preparação da codificação do Direito do Mar o conceito jurídico de ilha foi objecto de análise aprofundada e de posterior consagração nos diversos projectos que, no âmbito das diferentes matérias com elas relacionadas, foram sendo apresentadas ao longo das várias Conferências.

Até ao início das primeiras Conferências, as pequenas ilhas, junto ou perto das costas dos Estados litorais ou ribeirinhos, não eram consideradas para efeitos de fixação das linhas de base a partir das quais se mede o Mar Territorial. Elas eram consideradas partes integrantes do Estado e era a partir das costas deste que se media um espaço de 3 milhas sobre as quais ele exercia a sua soberania e que constituía, na expressão constante da acta da Conferência de Haia, o seu Mar Territorial.

No decurso do tempo, outras situações congêneres foram surgindo e foram resolvidas, nem sempre da mesma maneira é certo, ou seja, considerando-as por vezes como parte do Estado em questão e medindo-se a partir das suas costas o limite interior do Mar Territorial e, outras vezes, não devendo ser atendidas para efeitos de delimitação.

Esta determinação casuística e dependente da formação ou não de costumes revela, a nosso ver, a necessidade de revisão desta matéria e a eventual formulação de um novo conceito jurídico de ilha. Não é, todavia, esse o objectivo do presente estudo.

Ainda assim, é por demais evidente a necessidade associada de definir as outras figuras de ilhote, de rochedo ou outras afins.

A razão de ser de um regime diferenciado à volta de diferentes tipos de formações insulares, a saber, ilha, ilhote e rocha, residia na íntima relação que se estabelece entre o homem, a terra que ele habita e o mar que a banha e que lhe fornece também a sua sobrevivência. Logo, a não verificação destes pressupostos torna(va) injustificável a atribuição de espaços marítimos correspondentes.

Este espírito, adoptado pela Convenção de Direito do Mar assinada em Montego Bay, ficou plasmado no art. 121º, nº 3, que determina que "Os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida económica, não devem ter Zona Económica Exclusiva nem Plataforma Continental". A inclusão deste nº 3 correspondeu à solução de equilíbrio que foi possível obter perante as duas posições extremadas que se confrontavam: a dos Estados que eram compostos por grandes territórios insulares e que pretendiam ver reconhecidos os seus direitos quanto às zonas marítimas adjacentes às suas costas e em igualdade de circunstâncias (aliás para combater a tese de que como era a terra que gerava o direito às superfícies marítimas e as ilhas normalmente de reduzida dimensão beneficiavam de grandes espaços marítimos, algumas delegações invocaram o argumento da existência de Estados compostos por ilhas de dimensão muito superior à de outros Estados de composição exclusivamente continental e costeiros) e a posição dos Estados continentais que, fundamentando-se na necessidade de preservar o Alto Mar, pretendiam o não reconhecimento de espaços marítimos às ilhas, não aceitando, tão pouco, a figura do arquipélago.

Saliente-se que, muitos dos argumentos que foram apresentados pelos vários Estados nas diferentes teses, vieram a constituir a fundamentação com base na qual o Tribunal Internacional de Justiça tem vindo a sustentar as suas teses aquando das decisões que toma, como viémos a verificar mais tarde ter ocorrido, pela leitura das respectivas justificações e considerandos e nos múltiplos casos que têm sido submetidos à apreciação desta instância (caso da proposta apresentada conjuntamente por Argélia, Camarões, Iraque, Irlanda, Líbia, Madagáscar, Nicarágua, Roménia e Turquia que propunha que "As ilhas situadas na Plataforma Continental ou na Zona Económica Exclusiva de outro Estado ou que na sua sobreposição afectem aquelas superfícies normais de outro Estado, não terão zona económica nem Plataforma Continental própria")

De forma a obter um consenso foram, pois, atribuídos e reconhecidos espaços marítimos que seriam atribuídos às ilhas mas instituiu-se a figura do rochedos; distinguindo-se o rochedo da ilha. Entretanto, e ainda que a propósito do regime dos mares fechados e semi – fechados, o Irão declarou que os ilhotes que fossem potencialmente aptos para a vida humana, ou para permitirem vida económica própria que não se encontrassem limitados por condicionalismos climáticos ou insuficiência de recursos, ou outras limitações, entrariam no parágrafo 2 e não no 3º do art. 121º, devendo, conseqüentemente, ter direito a gerar toda a classe de espaços marítimos próprios.

É precisamente com base nesta distinção que parte da doutrina veio, mais tarde, a distinguir, dentro dos rochedos, os que possam gerar vida económica própria e permitam a vida humana, dos que não a possuem, submetendo, nesse caso, os rochedos que reúnem aquelas condições ao regime do n.º 2 do art. 121º e não no nº 3, cujo conteúdo ficaria assim restringido à aplicação a rochedos que não possuam aqueles requisitos.

Entretanto, e na sequência de todas as propostas assumidas relativas ao regime das ilhas, verificou-se uma "corrida" à reivindicação da soberania sobre ilhas por parte de Estados que pretenderam alargar os seus direitos sobre extensões marítimas consideráveis, gerando por vezes situações de conflito.

1. As ilhas e os rochedos

Por força da nova regulamentação instituída pela Convenção de Montego Bay, os rochedos aparecem como figura nova e como criação de um conceito que até ali pouco utilizado. Diferenciando-se das meras rochas que existem frequentemente junto a algumas zonas costeiras, e que apenas podem intervir no sentido da fixação das linhas de base que servem para medir o Mar Territorial, o novo conceito de rochedo aparece ao lado do conceito de ilha, não apresentando elementos físicos na sua caracterização que o permitam distinguir da referida ilha. Terão sido essencialmente critérios socio-económicos e políticos, utilizados de forma instrumental pelos Estados em função dos seus interesses, que originaram a diferenciação entre os dois conceitos.

Com efeito, os rochedos, do ponto de vista geológico e geográfico não apresentam diferenças assinaláveis em relação às ilhas. Tão pouco a distinção entre eles parece basear-se em critérios de superfície ou em quaisquer outros critérios relativos à sua natureza.

Susana Antas Fernandes Videira, no seu Relatório de mestrado, considera que rochedos e ilhas se integram no mesmo conceito jurídico isto é, trata-se de formações terrestres, naturalmente formadas, que se encontram rodeadas de água por todos os lados e se mantêm constantemente a descoberto. As diferenças existentes não se situam ao nível do conceito mas, antes, no âmbito do regime jurídico instituído para cada uma delas e este parece ser também o entendimento dado pela Convenção que, no capítulo dedicado às ilhas, refere igualmente a noção de rochedos. A autora refere ainda que, em sentido inverso, se pronunciou parte da doutrina portuguesa, que entende que, com esta designação, se pretende definir todas as formações rochosas com exclusão de ilhas e ilhotas.

A problemática dos rochedos terá antes de ser vista à luz de todas as transformações sociais, científicas, económicas e políticas que marcaram profundamente a ordem internacional, a partir da década de quarenta do século XX e que se vieram a reflectir na III Conferência do Direito do Mar originando aquilo que todos os autores são unânime a considerar como uma Nova Ordem Jurídica Internacional.

Só por mera distinção jurídica, plasmada na Convenção de Montego Bay, se justifica dizer que o rochedo é uma figura afim da ilha.

De facto, às posições dos Estados que pretendiam tratar os rochedos da mesma forma que as ilhas, invocando que eles são ilhas de reduzida dimensão, e como tal não deveriam ser submetidas a um regime jurídico diferenciado, se opunham as grandes potências marítimas que, já de si, não queriam ver as ilhas como fenómeno gerador de grandes espaços marítimos e, por maioria de razão, menos queriam que aos simples rochedos fosse atribuída qualquer importância significativa.

O estabelecimento do regime dos rochedos representa a única excepção ao princípio geral de igualdade de tratamento entre territórios continentais e insulares e foi a contrapartida atribuída nas negociações do estatuto das ilhas às grandes potências marítimas.

1.2. O novo regime jurídico internacional das ilhas saído de Montego Bay

Até 1982, as várias Convenções analisavam os diversos aspectos das ilhas a propósito dos diferentes espaços marítimos. Com a Convenção de Montego Bay denota-se um esforço das várias comissões no sentido de sistematizar os regimes jurídicos e, pela primeira vez, às ilhas é dedicada uma parte ou capítulo autónomo: o VIII da aludida Convenção.

O paralelismo de regimes entre ilhas e território continental é estabelecido, desde logo, no nº 1 do art. 121º da Convenção.

1.3. A ilha e o Mar Territorial

No nº 2 do art. 121º define-se que a ilha dispõe de Mar Territorial, determinado em conformidade com as disposições da Convenção. O Mar Territorial da ilha será constituído pela franja de águas adjacentes à terra firme, águas interiores e arquipelágicas, numa faixa de largura uniforme que, em princípio, obedecerá aos contornos do recorte da costa ou às linhas de base ou linhas de fecho estabelecidas se aquelas apresentarem recortes profundos ou reentrâncias, como dispõe o art. 7º da Convenção de Montego Bay.

Não existe pois, quanto à delimitação das linhas de base, quaisquer diferenças de regime relativamente às ilhas, sendo-lhes aplicáveis as regras gerais previstas para as linhas de base que serão aplicáveis aos territórios continentais.

Os poderes que o Estado – ilha pode desenvolver no seu Mar Territorial são os poderes soberanos constantes do art. 2º, nº 1 da Convenção. Nos termos do nº 2 do mesmo preceito, essa soberania estende-se ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao leito e subsolo desse mar. Esta soberania deve, todavia, considerar-se limitada pelo direito de passagem inofensiva, consignado no art. 17º da Convenção, que a todos assiste, e que implica o dever de sujeição para o Estado costeiro de não se opor à passagem pelas suas águas territoriais, quer estas abranjam estreitos ou incluam outras rotas (art. 34º e seguintes da Convenção).

1.4. A ilha e as águas interiores

Nos termos do art. 8º da Convenção dedicado às águas interiores, consideram-se águas interiores, com excepção do preceituado na parte IV da Convenção dedicada ao regime dos Estados Arquipelágicos, as águas situadas entre a linha da costa na baixa-mar até ao interior das linhas de base do Mar Territorial.

Combinando este artigo com os artigos 3º e 5º desta mesma Convenção, verificamos que as águas interiores compreendem os rios e lagos situados no interior do território desse Estado, bem como as águas compreendidas entre a linha da baixa-mar e a de máxima preia-mar, ou linha de base a partir da qual se estabelecem os limites interiores do Mar Territorial. Como esta, de acordo com um critério naturalista, deve seguir o recorte natural da costa, águas interiores são o espaço compreendido entre a terra firme e a linha estabelecida ao longo da costa e que seguirá o recorte natural da mesma.

Nos casos em que as costas apresentem reentrâncias (deltas, recortes ou outras alterações) que aconselhem o estabelecimento de linhas rectas que unam esses pontos ao longo da costa, como estabelece o artigo 7º nº 1 da Convenção, as águas situadas entre a terra firme e essas linhas serão águas interiores.

Podem estabelecer-se igualmente, e fixarem-se, linhas de fecho que unam os pontos naturais de entrada de baías e a linha da baixa-mar ao longo da costa, como determina o nº 3 do art. 10º. Porém, se a distância desta linha não exceder as 24 milhas, poderá fixar-se uma linha de

demarcação entre as duas linhas e as águas assim encerradas, serão consideradas como interiores (art. 10º, nº 4).

No caso de um rio desaguar directamente no mar, a linha recta pode ser traçada "entre os pontos limites da linha da baixa-mar das suas margens", como dispõe o art. 9º da Convenção.

Por último, devemos fazer uma breve referência ao facto de que as águas que se encontram situadas entre as diferentes ilhas que integram um arquipélago serem denominadas de águas arquipelágicas e não de águas interiores, sendo o seu regime mais assimilável ao regime a que estão adstritas as águas do Mar Territorial do que ao regime das águas interiores, seja no que respeita à pesca (art. 47º, nº 6 e 51º, nº 1), passagem inofensiva (art. 52º), ao direito de passagem (art. 49º, nº 4 e 53º) ou à instalação de quaisquer cabos submarinos (art.51º).

1.5. A ilha e a Zona Contígua

A Zona Contígua é a faixa de águas adjacente ao Mar Territorial, cuja largura não pode, nos termos do artigo 33º da Convenção de Montego Bay, exceder as 24 milhas contadas a partir das linhas de base a partir das quais se mede o Mar Territorial (nº 2). Todas as questões que se levantam a propósito da Zona Contígua em geral, colocam-se igualmente quanto às ilhas pois, a estas, aplica-se o regime geral de todas as figuras que são conceptualizadas e regulamentadas a propósito dos territórios continentais.

É apenas de assinalar que, quanto às ilhas, a Zona Contígua não apresenta questões de maior monta pois que se trata de uma extensão para o exercício de competências determinadas apenas e, conseqüentemente, as disputas sobre a sua admissibilidade não geraram a discussão que aconteceu a propósito de outras figuras. Note-se, também, que aos próprios rochedos é reconhecida a atribuição de uma Zona Contígua, o que indica a passividade da atribuição desta área de jurisdição às ilhas, se por estas forem reivindicadas ainda que, quanto a estes, haja outra questão que se pode levantar no que respeita às linhas de delimitação destes espaços.

Como refere Y. Barbéran, esta figura pode situar-se numa zona de Alto Mar em que as competências são atribuídas em função da respectiva finalidade. De facto, pode assim acontecer, não apenas no caso em que as superfícies marítimas preconizadas, como é o caso da Zona Económica Exclusiva e Plataforma Continental, não possam ver-se delimitadas como acontece, quer quando há sobreposição de direitos sobre espaços marítimos entre Estados vizinhos e que não tenham concluído e acordado as delimitações previstas, quer no caso de ilhas localizadas na proximidade de costas de territórios continentais, quer, ainda, no caso de ilhas-rochedos.

Como não é de mais referir, para lá dos limites do Mar Territorial poderá existir a Zona Contígua, se esta for reivindicada, a qual estará submetida a finalidades diferentes e que poderá sobrepor-se à Zona Económica Exclusiva (se esta for igualmente reivindicada), a qual estará igualmente submetida a diferente tipo de jurisdição. Caso nenhuma delas seja ou possa

ser reivindicada, o regime geral que vigorará é o do Alto Mar e, como tal, os direitos que o Estado costeiro aí poderá desempenhar não integram a natureza de soberania, assistindo aos demais Estados os direitos correspondentes à natureza e regime de Alto Mar.

Do ponto de vista doutrinal, apenas recentemente se considera a criação e desenvolvimento de Zonas Contíguas com definição de finalidades específicas condicionantes dos diferentes regimes. Foi com Gidel que o conceito da Zona Contígua adquiriu sistematização e coerência. No entanto, a figura não colheu grandes desenvolvimentos e, nas convenções internacionais, como veremos, não se faz menção à natureza de Alto Mar sobre o qual o conceito doutrinal foi originalmente construído.

1.6. A ilha, a Zona Económica Exclusiva e a Plataforma Continental

Esta foi a grande novidade trazida pela Convenção de Montego Bay e cuja denominação (Zona Económica Exclusiva) foi adoptada por influência dos países africanos.

O debate em torno destas figuras esteve intimamente relacionado com o debate sobre o regime das regiões insulares, tendo acabado por ter vencimento a tese da atribuição destes espaços àquelas regiões, dando-se porém provimento às exigências apresentadas pelas potências marítimas de exceptuarem deste regime os rochedos que não preenchem os dois pressupostos referidos.

Assim, as ilhas beneficiam dos seguintes espaços marítimos: a Zona Económica Exclusiva, a qual compreende o leito e subsolo das áreas submarinas, que se estende desde os limites exteriores do Mar Territorial até à distância de 200 milhas marítimas. Esta distância poderá ser inferior e depende, em última análise, da declaração do Estado em questão que terá, todavia, que atender na sua declaração, aos eventuais espaços marítimos pertencentes a outros Estados que com ele confluam; a Plataforma Continental, que compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu Mar Territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do Mar Territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

2. A noção de rochedo

A noção de rochedo contém em si mesma, de forma implícita, o processo natural da sua formação que a permite distinguir, à semelhança do que acontece com as ilhas, das formações não naturais.

Consagrou-se, pois, para os rochedos, um regime jurídico diferenciado do de outras formações naturais como sejam os baixios a descoberto e as elevações.

Os rochedos são, assim, as formações naturais que não apresentam condições que se prestem à habitação humana ou à vida económica própria. Vejamos então:

- a) Como refere Armando Marques Guedes no seu parecer nº 36 feito a pedido da Comissão de Direito Marítimo Internacional, as duas supra referidas condições são alternativas e não cumulativas, donde resulta que os rochedos que sejam habitáveis, ou possuam condições para neles se desenvolver vida económica, não se subsumem na previsão do nº 3 do art. 121º da Convenção de Montego Bay, mas sim no nº 2, beneficiando, assim, de regime idêntico ao das ilhas;
- b) Por outro lado, segundo a letra deste artigo, as formações terrestres não têm de ser habitadas mas apenas "prestarem-se à habitação" ou seja, disporem de condições necessárias para serem habitadas ou habitáveis. Ora, é frequentemente assinalado que, entre essas condições, a existência de água doce é considerada fundamental para que uma superfície seja habitável. No entanto, e como salienta Marques Guedes no supra referido parecer, a inexistência de condições naturais de habitabilidade pode ser suprida pelo homem e "por exemplo a Grande Canária só é habitável graças a instalações de dessalinização que asseguram o abastecimento de água doce à população que nela vive", afirma;
- c) Assim, e como resulta, quer de uma parte da doutrina portuguesa, quer, também, de alguns e mais recentes desenvolvimentos doutrinários estrangeiros, para a equiparação do estatuto dos rochedos ao das ilhas não é necessária a constatação actual daquele pressuposto, mas, apenas, que a ilha "tenha tido no passado população ou possa vir a tê-la no futuro";
- d) Não será tão pouco necessário que a população aí habite de forma continuada ou permanente;
- e) Quanto ao segundo requisito enunciado, de igual modo não se prescreve que o rochedo ou ilha tenha de dispor de vida económica própria, mas apenas se determina que disponha de condições para a poder gerar. Com a evolução que se tem verificado neste último meio século, onde a escassez do petróleo, ou a consciência da sua esgotabilidade, tem levado os Estados a procurarem fontes alternativas de energia nos fundos marinhos, dos quais igualmente retiram outras matérias primas que aplicam nas mais diversas indústrias ou actividades, bem fácil se torna depreender que as actividades económicas que se podem estabelecer e desenvolver nas, e em torno, daquelas formações terrestres são evidentes e inúmeras.

Atente-se ao que escreve Yann-Huei Song¹: "proposals on the regime of islands were made during the second session of UNCLOS III in 1974.[11]Upon the conclusion of the sixth session of UNCLOS III in July 1977, the result of the work of the conference appeared in the Informal Composite Negotiating Text (ICNT), which was informal in character, served purely as a procedural device, and only provided a basis for negotiation without affecting the rights of any

¹ Cf: http://nghiencuubiendong.vn/en/conferences-and-seminars-/505-the-application-of-article-1213-of-the-law-of-the-sea-convention-to-the-five-selected-disputed-islands-in-the-south-china-sea#_ftnref8..

delegation to suggest revisions in the search for a consensus. The question of the regime of islands was dealt with in Part VIII of the ICNT, which contained only one article, namely article 121.”

E mais acrescenta este autor: “Being considered “main trends” in the development of a legal regime of islands in the early 1970s, these statements, suggestions, or proposals indicated that: the definition of an island as given in Article 10, paragraph 1 of the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone should be retained; the same criteria applicable for the delimitations of the territorial sea and the continental shelf of continental land masses should also be applied to islands; islands, in the same manner as continental land masses, should also generate an EEZ or patrimonial sea of their own; and for the purpose of determining the relevant maritime spaces of islands, a series of criteria should be taken into account, including such as the population, geomorphological structure and configuration, and the capacity requirements in particular concerning habitation and economic life”.

Por isso, como mais adiante o mesmo autor de novo refere, entre a 7ª e a sessão final UNCLOS III, isto é entre 1978 e 1982, foram apresentadas uma série de propostas e alterações ao nº 3 do artigo 121 da Convenção. Muitos Estados apresentaram mesmo propostas no sentido da retirada do nº 3 daquele preceito. Tal foi o caso do Japão, Grécia, Venezuela, Reino Unido, França, Venezuela, Brasil, Portugal, Irão, Equador e Austrália. Estes Estados contaram, contudo, com a oposição, quase simultânea, da Irlanda, República Dominicana, Singapura, Alemanha, União Soviética, Argélia, Coreia, Dinamarca, Mongólia, Turquia e Colômbia.

Refira-se que o Irão, opondo-se a esses inclusos, declarou aquando da ratificação o seguinte:

“Islets situated in enclosed and semi-enclosed seas which potentially can sustain human habitation or economic life of their own, but due to climatic conditions, resource restriction or other limitations, have not yet been put to development, fall within the provisions of paragraph 2 of article 121 concerning “Regime of Islands”, and have, therefore, full effect in boundary delimitation of various maritime zones of the interested Coastal States.”

A Roménia, que nas palavras do citado autor prestou um contributo fundamental para o delinear do art. 121, apresentou uma proposta de alteração mediante a junção de um nº 4, nos seguintes termos: “[u]nhabited islets should not have any effect on the maritime spaces belonging to the main coasts of the States concerned.

Apesar dos esforços desenvolvidos, o regime de ilha que veio a ser consagrado na Parte VIII da Convenção correspondeu na íntegra aos *drafts* que já tinham sido apresentados no ICNT (*Informal composite negotiating text*). A 30 de Abril de 1982 a Convenção foi adoptada com os votos contra dos Estados Unidos, Venezuela, Turquia e Israel. A União Soviética, a par de alguns países industrializados, absteve-se.

E, se algumas normas da Convenção representam apenas a codificação de direito consuetudinário internacional, como acontece até com os nº 1 e 2 do artigo 121º do texto que

foi adoptado, já o mesmo não se pode dizer do nº 3 do mesmo preceito. Quanto ao regime estabelecido nos nº 1 e 2, na medida em que reflectiam a prática de há muito generalizada entre Estados, considera-se que são vinculativos mesmo para os Estados não Partes na Convenção. Ficam esses Estados assim vinculados apenas pelo facto de tais normas integrarem o direito consuetudinário, relativamente a matérias referentes à Zona Económica Exclusiva e à Plataforma Continental. Já em relação ao nº 3, apenas as Partes signatárias da Convenção se encontram vinculadas pelo texto na medida em que se considera que este não constitui uma norma geralmente aceite e utilizada com carácter de obrigatoriedade e de forma generalizada pela maioria dos Estados que compõem a Comunidade Internacional.

Esta opinião funda-se, quer na doutrina, quer na prática dos tribunais que têm vindo a ser chamados a decidir sobre esta matéria.

Relativamente à doutrina, escreve, de novo, Yann-Huei Song: “Jon M. Van Dyke and Robert A. Brooks have explained that Article 121 of UNCLOS should be interpreted according to Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Because the purposes for establishing coastal EEZs cannot justify claims to EEZs around uninhabited islands situated far away from their coasts, Van Dyke and Brooks have argued that it is not consistent with the main purpose for adopting UNCLOS for remote rocks or reefs to generate extended maritime zones. Accordingly, only if stable communities of people live on the island and use the surrounding ocean areas, can islands generate ocean space, such as an EEZ or a continental shelf.[46]Van Dyke has argued that from the perspective of history, if a rock or reef cannot sustain human habitation permanently for 50 people, then it cannot claim an EEZ or a continental shelf.[47]Other international legal scholars such as Ely,[48]Pardo,[49]Gidel[50]and Hodgson[51]hold similar view.”

Mais acrescenta o aludido autor: “Jonathan I. Charney adopted a broader interpretation towards the issue of whether rocks can enjoy rights to EEZs or continental shelves under Article 121(3). Charney held that rocks or reefs are a kind of island, and if they are not, then there is no need for Article 121(3) to be included in Part VIII of UNCLOS. In addition, because Article 121 (3) uses the word “or” between “human habitation” and “economic life of their own”, it is only necessary to prove that an island or rock can sustain human habitation OR economic activity of its own to be able to claim an EEZ or continental shelf”.

Escreve, ainda, o referido autor: “After examining the travaux preparatoires of the UNCLOS III, Charney argued that the habitation referred to in the article does not need to be of a permanent nature, and economic activity does not need to be capable of sustaining a human being throughout the year. In addition, the economic activity referred to in Article 121 (3) can also include industry or exploitation of the living or mineral resources found in the territorial sea of the island or rock in question. Moreover, Charney was of the opinion that this economic activity can be a future condition, based on future technological advances. Profits from ocean minerals could support the equipment and staff necessary to extract the resource and to import energy,

food and water for a long period of time. Under these circumstances, can a rock claim an EEZ or a continental shelf according to Article 121(3) of UNCLOS”

Charney defende que não se subsume à descrição do nº 3 do art.121 a ilha onde se tenham descoberto recursos minerais, hidrocarbonetos ou outros recursos de valor entre os quais espécies piscícolas ou mesmo a localização para negócios lucrativos cuja exploração permita sustentar uma economia que permita apoiar a actividade através da compra de bens externos.

Também um número crescente de comentadores políticos, como Barbara Kwiatkowski e Alfred H.A. Soons – ambos citados na mesma obra por Yann-Huei Song - , têm manifestado a opinião de que construções de auxílio à navegação, de faróis, ou outras que contribuam para facilitar esse tipo de circulação, permitem atribuir à ilha o carácter exigido no nº 2 do art. 121.

Igualmente Barry Hart Dubner, igualmente citado pelo mesmo autor, sustenta: “...using military forces; occupying and fortifying the rocks where possible; creating structures and markers; creating scientific research stations of sorts; enacting statutes; incorporating the rocks into nearby provinces; publicizing maps showing their respective claims and releasing “historical documents” to back up the territorial claims; allowing tourists and journalists to visit the rocks; granting concessions to oil companies; arresting fishermen; and creating a “tourist resort” complete with hotel and airstrip...” são condições que justificam a integração da ilha, ilhote ou rochedo na inscrição dúbida do nº 3 do artigo 121º.

Alex G. Gude Elferink, investigador sénior do *Institute of the Law of the Sea*, igualmente citado, é da opinião que apenas as ilhas muito pequenas se podem qualificar na categoria do referido nº 3 e refere: “...While some small island may qualify as such a rock because of their size, they may still be able to sustain human habitation or economic life of their own. In addition, the available arguments indicate that the threshold that has to be met with regard to sustaining human habitation or having economic life of their own is “rather low and almost certainly is lower than the most far-reaching requirement, a stable community”].

Roger O’Keefe argumenta, por sua vez, que desde que os países estejam dispostos a gastar somas consideráveis, no mundo moderno actual, - mundo onde as novas tecnologias têm permitido criar e desenvolver um conjunto grande de actividades – até pequenas ilhas podem ter actividade económica própria.

E, num exemplo que se nos afigura como importante, de novo citamos de forma indirecta, agora Jonathan L. Hafetz, por remissão do aludido artigo de Song, que opina: “... marine conservation can constitute an economic use within the meaning of Article 121(3) because it can bring net economic benefits and sustainable development through devices such as the establishment of marine and coastal protected areas (MACPAs or MPAs). He gives the following example in support of the argument: ... a State that establishes a marine park or protected area around a pristine coral reef should not be penalized by being forced to forego the expansion of its maritime jurisdiction that it would likely have gained from pursuing a more traditional form of economic development. Instead such States should be given an incentive to

preserve the marine environment where such preservation is also economically beneficial and thus consistent with the "economic life" criterion of Article 121(3).["

Estes critérios revelam-se, na expressão daqueles autores, "arbitrários" e "pouco fiáveis para efeitos de equiparação ou da distinção de rochedos às ilhas". Esta incongruência de diferenciação de regimes, que permite a atribuição daqueles espaços marítimos (Zona Económica Exclusiva e Plataforma Continental) às ilhas – ainda que estas não sejam aptas a abrigar população nem se prestam ao desenvolvimento de vida económica –, põe em causa os fundamentos últimos de atribuição de quaisquer espaços marítimos a quaisquer territórios, por inexistirem as ligações que, desde o início, as caracterizavam, traduzidas nos especiais laços que existem entre a terra, o homem e o mar. Assim, alguns Estados têm ignorado estas estipulações do nº 3 do art.121º e têm atribuído espaços marítimos às ilhas e ilhéus que os integram.

A Convenção de Montego Bay não consagra, todavia, nenhuma definição de rochedo. Aliás, esta definição não se encontra tão pouco na Convenção anterior, nem no direito consuetudinário e, assim, para além dos critérios arbitrários estabelecidos no nº 3 do art. 121º, não foram adoptados quaisquer outros relativos à superfície, população ou distância.

Alguns autores portugueses, entre os quais Armando Marques Guedes, Paulo Otero, Fausto Quadros e Jorge Bacelar Gouveia, levantam a questão de saber se as determinações do art. 121º, nº 3, têm natureza imperativa ou se, pelo contrário, pode ser derogado, uma vez que a expressão aí empregue é a "não devem" e não a "não podem" (ter Mar Territorial, ZEE e Plataforma Continental, os rochedos que por si próprios não se prestem à habitação humana nem ao desenvolvimento de vida económica). Segundo esta doutrina, é através das práticas seguidas pelos Estados, antes e depois da Convenção de Montego Bay, que se pode aferir da natureza que foi atribuída à norma.

Quanto às condutas anteriores, poderá afirmar-se que não havia qualquer Direito consuetudinário formado no sentido de diferenciar regimes jurídicos das duas figuras, e ambas dispunham dos espaços marítimos que então se atribuíam, em geral, às ilhas. A Convenção de Genebra de 1958 apenas previa a distinção entre ilhas e elevações a descoberto para os quais estipulava as diferenças de regime assinaladas (as elevações, recorde-se, poderiam ser tidas em conta para efeitos de fixação da linha da baixa mar a partir da qual se media o Mar Territorial, enquanto as ilhas eram legalmente equiparadas ao continente no que respeita à atribuição de espaços marítimos). A Convenção de Montego Bay foi inovadora, mais uma vez, quanto a esta matéria.

Impõe-se, conseqüentemente, a seguinte pergunta: que estatuto deveria a partir de então ser atribuído àquelas extensões de terra que, à luz das Convenções anteriores, eram vistas como ilhas e relativamente às quais os Estados invocaram os espaços marítimos a que tinham direito e que, perante o estabelecido na nova Convenção, eram classificadas como rochedos sem possibilidade de se prestarem à habitação e sem capacidade de gerarem vida económica própria?

A questão que subjaz é, no fundo, a de se saber se a nova Convenção retroage ou deve retroagir. A resposta a esta questão passará por se saber se, com a entrada em vigor da Convenção (ou mesmo em momento anterior à sua entrada em vigor), se gerou um costume internacional, consonante com aquela norma. Em princípio aplica-se neste domínio, como em todos os outros ramos do Direito, o princípio da não retroactividade, pelo que os direitos do Estado sobre tais rochedos se manteriam intactos.

Quanto aos comportamentos assumidos pelos Estados após a Convenção de Montego Bay, não se constata uma uniformidade de procedimentos pois, a par da efectiva observância do disposto no nº 3 do art. 121º por parte de alguns Estados, outros há que, por vezes, ignoram aquela estatuição (casos anteriormente referidos nomeadamente o do Estados Unidos relativamente aos ilhéus a noroeste das ilhas Hawai mas que, por vezes, contestam a possibilidade de outros Estados os exercerem, como foi, em regra, a posição assumida pelos Estados Unidos ao longo das negociações das várias propostas apresentadas nas várias sessões da Terceira Conferência) e atribuem Zona Económica Exclusiva a diversos ilhéus que, na acepção da nova Convenção, são verdadeiros rochedos.

Quer Marques Guedes, quer Fausto Quadros, Paulo Otero e Bacelar Gouveia, fazem, neste âmbito, alusão às ilhas Selvagens a propósito de uma referência feita por Lynce de Faria na sua tese de mestrado, onde este autor refere uma nota inédita da Direcção de Faróis de 13 de Novembro de 1959 e uma pequena resenha de 10 de Setembro de 1991 do Comando Naval da Madeira no qual se faz menção à solicitação do governo espanhol no sentido de pedir a cooperação do Governo português para o estabelecimento de um farol de primeira ordem natural numa das ilhas do arquipélago das Selvagens, incluídas na Região Autónoma da Madeira, Portugal, tendo sido mencionada especificamente a palavra ilha. Daqui retira Marques Guedes, e na sua sequência os outros três autores, a extrapolação de que, por vezes, os Estados instrumentalizam as situações segundo os seus interesses e conveniências para, com mero respeito formal da convenção de Montego Bay, poderem beneficiar de regimes que, de outra forma, dele não poderiam dispor. Portugal e Espanha figurariam, assim, como exemplo do segundo grupo de países ou Estados que não davam senão um cumprimento formal à Convenção de Montego Bay. Concluem, em seguida, Quadros, Otero e Bacelar, que a prática adoptada pelos Estados, antes e depois da Convenção de Montego Bay, permite apurar que a norma da Convenção que determina a exclusão dos rochedos do regime atribuído às ilhas não assume a natureza de *ius cogens* pelo que daí retiram duas importantes conclusões:

"Relativamente aos actos unilaterais ou convencionais anteriores à Convenção de Montego Bay pelos quais tenham declarado ou reconhecido Zona Económica Exclusiva ou Plataforma Continental a rochedos que por si próprios não se prestam à habitação humana ou a vida económica não se devem considerar nulos pois não violam de forma superveniente uma norma de Direito Internacional Geral, desde que não tenham deparado com o protesto de qualquer Estado com interesses conflitantes".

Aqueles autores concluem afirmando que, com o apoio da interpretação literal, se deve respeitar a ideia de que se trata de um "não devem" e não de "não podem", pelo que o rochedo que não detenha as características poderá beneficiar da Zona Económica Exclusiva bem como da Plataforma Continental se, por via convencional, tal vier a ser estabelecido.

No mesmo sentido aponta Manuel de Almeida Ribeiro embora não siga o caminho indicado e invoque apenas uma manipulação do nº 3 do art. 121º de forma a manobrar segundo os interesses próprios de cada Estado.

De qualquer forma, pela prática seguida, parece de facto não poder seguir-se a orientação de que a regra é inderrogável e, portanto, que a mesma tenha a natureza de *ius cogens*.

Já não poderá, contudo, é dizer-se que não se tenha vindo a desenvolver tendencialmente um costume no sentido apontado ou seja, de respeito pela regra do nº 3, a qual será aplicável se, noutra sentença, não convierem os Estados. Relembramos, a este propósito, que o Direito do Mar é eminentemente situacional e, como tal, dependendo das circunstâncias concretas de cada caso se poderá prosseguir num ou noutra sentença.

3. As práticas internacionais

Para além dos exemplos já apresentados dos faróis instalados em ilhas ou elevações que, muitas vezes, apenas se encontram a descoberto na maré baixa (Eddystone, entre outros), outros exemplos de práticas internacionais devem ser referidos a este propósito e, como comprovativo de que o nº 3 do artigo 121º da Convenção, não só tem levantado dúvidas, como ainda existe uma prática estadual que não lhe reconhece um valor absoluto.

Tal é o caso de Rockall, ilha localizada no Oceano Atlântico Norte, a cerca de 160 Km da costa noroeste da Escócia e que foi reivindicada como território Inglês. Em 1976, o Reino Unido aprovou a Lei de Limites das Pescas, desenhando uma zona marítima de 200 milhas marítimas, que se estende desde o seu início englobando a sua zona de pesca exclusiva. Posteriormente, os mapas marítimos do Reino Unido mostraram uma zona marítima de 200 milhas náuticas em torno Rockall, o que determinou a contestação da Irlanda, Islândia e Dinamarca. Inglaterra veio a recuar na sua posição após ter assinado a Convenção da Jamaica.

Por outro lado, se observarmos as ilhas francesas, podemos constatar realidades sensivelmente semelhantes às analisadas nas ilhas asiáticas. Também a reivindicação, em 1979, por parte da França às 200 milhas náuticas em torno da ilha de Clipperton no Oceano Pacífico é mais um exemplo deste tipo de situações. Para além deste exemplo, outras ilhas que se encontram sob a administração directa ou não directa por parte de França, as quais são praticamente desabitadas e sem vida económica própria.

É o caso do Domínio Francês de Santa Helena, propriedade privada do Estado Francês, situada no Atlântico sul a leste do Brasil. Mas também o das ilhas Éparses, das ilhas Gloriosas,

da mais pequena ilha do Reino Unido, Tristan da Cunha, habitada por apenas sete famílias, do Brasil, com as ilhas de S. Pedro e S. Paulo, das ilhas australianas de Heard e McDonald e de inúmeras ilhas asiáticas como Itu Aba (Taiping), de Danwan Jiao/Celerio/Layang Layang/Dao Hoa Lau (Swallow Reef), entre muitas outras.

Ilhas houve que foram, inclusivamente, objecto de decisão do Tribunal Internacional de Justiça que sobre o caso decidiu, caso das ilhas Snake ou Serpentes. Como se viu pelos exemplos acima citados, tratam-se de ilhas de dimensão reduzida, quase todas com pistas de aviação e porto onde se fazem *raids* aéreos para controlo do território e manifesto exercício de soberania e que são ainda utilizados para fornecimentos de mantimentos e demais mercadorias necessárias ao dia-a-dia das populações. Como se viu igualmente, são aí instaladas estações de investigação, de recreio, e de turismo que atraem múltiplos visitantes. Com actividades próprias e adequadas aos vários ambientes, são aí criadas as habitações necessárias para albergar uma população que é, em parte, habitante permanente e, noutra parte, visitante. São também disponibilizados os demais meios tecnológicos hoje considerados indispensáveis, pelo que estas ilhas são fonte de despesa mas, igualmente, fonte de receitas próprias.

Curioso é notar que todas as ilhas se encontram a distâncias consideráveis dos territórios administrantes; nem todas têm água potável, as populações nunca são numerosas e a população flutuante é sempre grande mas, ao mesmo tempo, é inequívoca a sua consideração como recurso turístico inestimável, permitindo desenvolvimento de actividades atractivas em ambientes que, por vezes, só em locais mais isolados e mesmo inóspitos, são possíveis existir.

Apesar de, à partida, não disporem das características que parecem ser as de “primeira linha” para integrar o conceito de ilha nos termos do artigo 121º, nº 3, elas revelam contudo características que, frequentemente, os territórios continentais não desenvolveram. Referimo-nos naturalmente às zonas não litorais de muitos países, entre os quais se contam Portugal e Espanha, cujas terras do interior são frequentemente desabitadas e que não têm desenvolvidas, ou perderam ao longo dos anos, as estruturas necessárias para aí fixarem populações. Aqui parece residir, aliás, um ponto importante: a capacidade para fixar a população. Ora o preceito legal citado não nos indica o número de habitantes necessários mas, tão só, que sejam habitáveis ou possam ter vida económica própria.

Uma última nota respeita, à interpretação, com que concordamos, segundo a qual as ilhas apenas terão de preencher um dos critérios, de forma alternativa. Ora, como se viu, o da habitabilidade gera frequentemente o elemento de vida económica. No entanto, não é menos verdade que o critério económico pode passar pela não habitabilidade na medida em que sirva de fonte de alimento a uma população, em que os minerais que da ilha se extraem financiem uma população e onde a criação de elementos de observatório, de estudo, de investigação são tão necessários a um mundo carente de fenómenos de preservação de meios ambientes e ecológicos raros e de preservação do ambiente. Assim, porque haveria a sua Administração de se ver obrigada a adoptar medidas de serviço-financiamento que determinem o

desaparecimento das suas características naturais? É esta imposição que, por um lado, nos tem dado a conhecer o nosso mundo mas, que, por outro, força os Estados a recorrerem a meios necessários para dotar esses lugares de formas de auto-financiamento. Como vimos este é possível. Mas será necessário?, pergunta-se.

Talvez seja preferível, assim, considerar a legislação internacional marcada por interesses de uns quantos que, arbitrariamente, estabelecem regras de forma a prejudicar o exercício de direitos por terceiros Estados que deles são mais carenciados. Deixamos, pois, colocada uma outra questão: não poderiam estas ilhas/rochedos/rochas gerar uma ZEE ou uma Plataforma Continental, de acordo com o artigo 121º da Convenção de Montego Bay?

Sendo que a ambiguidade do artigo 121º tem permitido interpretações diversas e, conseqüentemente, a caracterização das situações que se integram nos nº 1 e 2, por um lado, ou no nº 3, por outro, tem variado. Assim, as integrações nos diferentes conceitos de ilhas, ilhotas, rochedos e rochas tem evoluído, como vimos. A prática fundamentada tem evoluído, também, a par e passo com as diferentes fundamentações. Por outro lado, a actual e diferente posição dos Estados Unidos, que sempre intervieram como “policia fiscalizadora” ao serviço das Nações Unidas – apesar de não terem ratificado a sua Convenção que tanto negociaram - tem permitido uma utilização dos conceitos diferente da dos termos estritos em que, nalgumas situações, foram elencados. Por outro lado, as reuniões anuais dos Comités que apoiam os Estados na aplicação da Convenção (*Meeting of the State Parties to the Law of the Sea Convention - SPLoS*), não têm levantado problemas quanto à caracterização das figuras e o estabelecimento de limites. Mas, também, constata-se que a comunidade internacional não tem exercido a pressão que inicialmente fizera, sendo que esse comportamento tem sido seguido individualmente por alguns Estados.

Apercebemo-nos, ainda, que algumas das potências que assinaram a Convenção, como é o caso do Brasil, da França, e Japão, a 22/12/88, 11/4/1996 e 20/6/1996, respectivamente, têm, devido à falta de clarificação do normativo, apresentado delimitações à Comissão de Limites da Plataforma Continental que não cumprem o que ali estava estabelecido, o que tem permitido aumentar a confusão na aplicação da mesma Convenção. Também algumas potências europeias têm feito reivindicações e proclamações relativamente a situações que não respeitam, na íntegra, as prescrições do artigo 121º em relação à caracterização de ilhas, ou mesmo quanto aos arquipélagos, por considerarem a existência de direitos quanto a estes no que toca a definição de linhas de base arquipelágicas quando não está em causa um Estado-arquipélago.

Perante os casos atrás elencados, é possível concluir que temos assistido a um aumento generalizado das situações de interpretação em sentido lato do artigo 121º por parte de Estados que se integram em regiões e se preparam para irem regularizando por regiões e em grupos as respectivas políticas marítimas, as quais influenciarão certamente outras.

Por último, também a jurisprudência tem acompanhado esta evolução na medida em que tem insistido que os critérios não são de aplicação rígida e dependem das circunstâncias dos casos

concretos (sobretudo no caso de ilhas situadas em zonas marítimas sobrepostas e onde se pretendem fazer delimitações entre Estados vizinhos). O conceito de equidade tornou-se, assim, fundamental, sendo que, antes dele, está apenas o acordo entre Estados. Cada situação é um caso: o direito é situacional na sua aplicação, conclui-se.

A terminar, dois notas finais: a primeira no sentido de se poder afirmar que as posições que foram adoptadas regionalmente, aqui e além, influenciarão naturalmente o comportamento de outros Estados; a emergência de tecnologias tem contribuído para um avanço tecnológico diário, e as potências novas com poder acrescido, sejam elas grandes do ponto de vista da geografia ou Estados com menor dimensão territorial terão, naturalmente, uma palavra a dizer no futuro. Uma segunda nota para deixar claro que se torna crescentemente importante traçar de forma juridicamente clara, o que se vem afigurando como tarefa quase impossível, a diferença entre “ilha” e “rocha”.

Desta situação dependerá, e muito, o desenvolvimento das economias mundiais e, evidentemente, desde logo por força da sua localização geográfica, das da América Latina.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Nuno Sérgio Marques, A delimitação de espaços marítimos, Relatório de mestrado de Direito internacional público, Lisboa, 1996.

BASTOS, Fernando Manuel Pereira de Loureiro, “Algumas contribuições para a compreensão da natureza jurídica da Zona Económica Exclusiva: os pressupostos de enquadramento do problema”, Relatório de mestrado em Direito Internacional Público, Lisboa, 1988.

GOUVEIA, Jorge Bacelar/Quadros, Fausto/Otero, Paulo, Portugal e o Direito do Mar, edição do Instituto Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, Lisboa, 2004.

GRAÇA, Pedro Martin ou Pedro Q G Simão José, A importância das ilhas no quadro das políticas e do direito do mar – o caso das Selvagens, Lisboa, 2014.

RIBEIRO, Manuel Almeida, A Zona Económica Exclusiva, ISCSP, Lisboa, 1992.

RIBEIRO, Marta Chantal (Coord.), 20 Anos da entrada em vigor da CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar, Porto, CIIMAR - FDUP, 2015, e-book disponível em <http://www.ciimar.up.pt/>.

VIDEIRA, Susana Antas Fernandes, O Regime das Ilhas: Algumas considerações sobre o direito Interno português, Lisboa, 1997.