

ESPAÇOS MARÍTIMOS, DELIMITAÇÃO E COLISÃO DE DIREITOS (*)

MIGUEL GALVÃO TELES

I. A TESE ALEMÃ DO INDIVISO E SUA PARTILHA NOS CASOS DA PLATAFORMA CONTINENTAL DO MAR DO NORTE

1. Nos casos da *Plataforma Continental do Mar do Norte* ⁽¹⁾, a República Federal da Alemanha, ao invés do que acontecia com a Dinamarca e com a Holanda, não aparecia como parte na Convenção de Genebra de 1958 sobre a plataforma continental.

O art. 6 da Convenção determinava que, na falta de acordo, tanto no caso de Estados com costas opostas como no de Estados com costas contíguas, e a menos que circunstâncias especiais justificassem outra delimitação, esta se faria segundo o método da equidistância, isto é, segundo uma linha (a que, na hipótese de costas opostas, a Convenção chama linha mediana) de que todos os pontos são equidistantes dos pontos mais próximos das linhas de base a partir das quais é medida a largura do mar territorial.

A utilização de linhas de equidistância para delimitar a plataforma continental entre a República Federal da Alemanha, a Holanda e a Dinamarca mostrava-se altamente desfavorável à primeira. Devido à concavidade geral das costas, com a costa alemã situada no centro, as linhas de equidistância convergiam, produ-

(*) Uma versão inicial do presente texto, com o título “Delimitação Marítima e Concurso de Direitos”, foi apresentada num colóquio organizado pela Ecojus e pelo Instituto de Defesa Nacional, subordinado ao tema “*Towards the international protection of the oceans: from rules to compliance*”, realizado em Lisboa em Setembro de 1998. Nas Secções I e II limitei-me a introduzir pequenos ajustamentos e actualizações. Já a Secção III foi muito ampliada. O Professor Doutor Armando Marques Guedes ensinou-me Direito Administrativo. Tornou-se depois o grande nome português no Direito do Mar e conseguiu manter a disciplina viva entre nós. É com toda a consideração e amizade que lhe dedico o presente artigo.

⁽¹⁾ *Casos da Plataforma Continental do Mar do Norte* (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Holanda), peças processuais em *I.C.J., Reports of Pleadings, Oral Hearings, Documents*, 1968, e decisão em *I.C.J., Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1969.

zindo, a respeito da Alemanha, aquilo a que esta chamou, em linguagem que o Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 1969 adoptou, um *efeito de amputação* (2).

2. A República Federal da Alemanha desenvolveu a sua argumentação fundamentalmente em duas direcções, embora interligadas. Uma era predominantemente negativa e visava afastar pelo menos a aplicação pura, no caso, do método da equidistância. Nesse sentido, a R.F.A. alegou que o art. 6 da Convenção de Genebra não correspondia a direito consuetudinário e que o método da equidistância poderia conduzir, e conduziria na situação, a resultados iníquos. Subsidiariamente arguiu que a concavidade da costa constituiria uma circunstância especial, que justificaria outra delimitação (3).

A direcção a que poderemos chamar positiva da argumentação alemã traduzia-se nas ideias de *indiviso* e de *partilha* e no *princípio da parte justa e equitativa*, como critério ou princípio de divisão. Sempre que uma mesma plataforma continental fosse adjacente a diversos Estados, pôr-se-ia um problema de partilha ou divisão. Tratar-se-ia de um problema de *justiça distributiva*, devendo a divisão respeitar a igualdade entre os Estados e fazer-se mediante a atribuição a cada um de uma parte justa e equitativa. A R.F.A. não considerou que houvesse um método necessário para a divisão. Mas propôs, no caso, como equitativo, um método de divisão por sectores, baseado na extensão da fachada marítima de cada Estado (4).

3. O Tribunal reconheceu que o método da equidistância não era imposto pelo direito consuetudinário (5), acolheu, no essencial, a crítica alemã daquele método (6) e, na parte conclusiva do julgamento, afirmou que a sua utilização não era obrigatória entre as partes, não o indicando (7) (lembre-se que as convenções de jurisdição entre a Alemanha e a Dinamarca e a Alemanha e a Holanda cometiam apenas ao Tribunal Internacional de Justiça o encargo de indicar os prin-

(2) "Cut-off effect" ou "effet d'amputation" — Acórdão, par. 8, pp. 17-18, par. 18, p. 22. O Acórdão do Tribunal Arbitral no caso da *Determinação da Fronteira Marítima* (Guiné/Guiné-Bissau), de 1985, falou de *efeito de encravamento* (par. 100). A decisão encontra-se publicada em *International Legal Materials XXV-2* (1986), pp. 251 ss., e, na versão original francesa, na *Révue Générale de Droit International Public*, 89-2 (1985), pp. 484 ss.

(3) P. ex., Memória, *I.C.J. Reports, North Sea Continental Shelf cases, Pleadings*, 1968, I, p. 37 ss., e Réplica, *ibidem*, I, pp. 396 ss.

(4) Memória, *ibidem*, I, pp. 30 ss. e 78-79; Réplica, *ibidem*, I, pp. 391 ss. e 425 ss.; alegações orais (Prof. Jaenicke), *ibidem*, II, especialmente pp. 32 ss.

(5) Pars. 60 a 81, pp. 38-46.

(6) Pars. 7 e 8, 57 e 58, 89 e 90, pp. 18, 19, 37-38 e 50.

(7) Par. 101, A), p. 54.

cípios e as regras de direito internacional que deveriam ser observados na delimitação, não o de proceder a esta própria). De tal condenação não viria a equidistância, nas delimitações entre Estados com costas contíguas, no plano jurisprudencial e pelo menos até há muito pouco, a reabilitar-se, primeiro no que toca à plataforma continental, depois no que respeita também à zona económica exclusiva ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Anote-se que, em 1977, o Tribunal Arbitral no caso da *Delimitação da Plataforma Continental* (Reino Unido/França), procurando interpretar o art. 6 da Convenção de Genebra à luz do direito consuetudinário, havia afirmado, em *dicta* que ficaram célebres: “Article 6 ... does not formulate the equidistance principle and “special circumstances” as two separate rules. The rule stated in each of the two cases is a single one, a combined equidistance — special circumstances rule ... The fact that the rule is a single one means that the question whether “another boundary is justified by special circumstances” is an integral part of the rule providing for application of the equidistance principle”. E, ainda, “... the travaux préparatoires of Article 6 ... show that this condition [special circumstances] was introduced into paragraphs 1 and 2 of the Article because it was recognized that, owing to particular geographical features or configurations, application of the equidistance principle might not infrequently result in an unreasonable or inequitable delimitation of the continental shelf. In short, the role of the “special circumstances” condition in Article 6 is to ensure an equitable delimitation; and the combined “equidistance — special circumstances rule”, in effect, gives particular expression to the general norm that, failing agreement, the boundary between States abutting on the same continental shelf is to be determined on equitable principles” (*International Legal Materials*, XVIII-1 (1979), pars. 68 e 70). No que toca a delimitações laterais, ou que de algum modo pudessem ser como tais entendidas, a equidistância não foi empregue no caso *Tunísia/Líbia* (*Plataforma Continental* (Tunísia/Jamahiriya Árabe Líbia), *I.C.J. Reports, Judgements*, 1982, pp. 18 ss.), onde aliás nenhuma das partes a defendeu. No caso do *Golfo do Maine* (*Delimitação da Fronteira Marítima na Região do Golfo do Maine* (Canadá/E.U.A.), *I.C.J. Reports, Judgements*, 1984, p. 246), apenas no segundo sector, caracterizado pelo Tribunal predominantemente como de costas opostas, foi utilizada uma linha de equidistância corrigida. No caso das duas Guiné, onde a Guiné-Bissau sustentava uma linha de equidistância corrigida e a Guiné-Conakry um paralelo, adoptou-se uma perpendicular à direcção geral de uma “costa longa” (pars. 110-111). No caso de *St. Pierre et Miquelon* (*Delimitação das Áreas Marítimas entre o Canadá e a França* (*St. Pierre et Miquelon*), *ILM*, XXXI-5 (1992), pp. 1145 ss.), o Tribunal Arbitral, que concebeu a relação entre as costas predominantemente como de contiguidade, excluiu a equidistância porque recusaria projecção marítima a importantes segmentos da costa sul da Terra Nova, acabando por efectuar aquilo que um dos árbitros (Prosper Weil) caracterizou, no seu voto de vencido, como uma “delimitação na estranha forma de cogumelo”. Já no que toca a situações de costas opostas, o recurso à equidistância, num modo ou noutro, é usual. Adoptou-a a sentença arbitral franco-britânica de 1977, embora atribuindo efeito reduzido às ilhas (do Canal da Mancha). No caso *Líbia-Malta* (caso da *Plataforma Continental* (Jamahiriya Árabe Líbia/ Malta) (*I.C.J. Reports, Judgements*, 1985, pp. 13 ss.), o Tribunal tomou a linha mediana como linha provisória, ainda que deslocasse depois a linha final, aproximando-a das costas de Malta. E caminho semelhante de adopção da mediana como linha provisória foi seguido nos casos de *Jan Mayen* (*Delimitação Marítima na Região situada entre a Groenlândia e Jan Mayen*) (Dinamarca c. Noruega), *I.C.J. Reports, Judgements*, 1993, p. 4 ss.), na decisão arbitral no caso *Eritreia-Iemen* (2.ª fase), 1999 (<http://pca-cpa.org>) e no caso *Catar/Bahrain* (*Delimitação Territorial e Questões Territoriais entre Catar e Bahrain* (Catar c. Bahrain), Mérito, 2001

Ao mesmo tempo, porém, a decisão afastou as teses positivas da RFA, embora não deixando de ressaltar que considerava não poder aceitá-las “*pelo menos na forma que lhes foi dada*” (9). Rejeitou, em particular, que a delimitação constituísse partilha ou divisão e que se traduzisse ou devesse traduzir em atribuir a cada Estado uma parte justa e equitativa de uma área previamente indivisa.

A crítica da noção de partilha ou divisão e de parte justa e equitativa foi reforçada pela decisão arbitral anglo-francesa de 1977 (10) e a ideia não é sequer mencionada nas decisões do Tribunal Internacional de Justiça dos casos *Tunísia/Líbia* (1982) e do *Golfo do Maine* (1984), assim como na arbitragem *Guiné/Guiné-Bissau* (1985).

4. A minha sugestão é que a tese alemã (chamemos-lhe agora simplesmente assim) tinha mais mérito do que aquele que em 1969 o Tribunal Internacional de Justiça lhe reconheceu; e que, a partir de 1985, com a decisão, nesse ano, pelo Tribunal Internacional de Justiça, do caso *Líbia/Malta* e com a decisão, em 1993, do caso de *Jan Mayen*, a jurisprudência (embora com a decisão arbitral do caso de *St. Pierre et Miquelon*, de 1992, de algum modo em contra-corrente) se tendeu a aproximar de posições que têm alguma coisa de comum com aquela tese, ainda que tal aproximação seja, porventura e em larga medida, inconsciente.

Numa palavra: a sugestão que faço consiste em que o modo conceptual porventura mais exacto de dar hoje conta da situação jurídica que precede a delimitação e do significado desta, bem como o modo porventura menos insatisfatório de enquadrar o problema dos critérios de delimitação, apresenta pontos de contacto com a tese alemã — embora esta tenha de ser sujeita a reformulação.

(www.icj-cij.org). No Acórdão de 1969, o Tribunal Internacional de Justiça havia sublinhado, em termos porventura excessivos, a diferença, quanto à aplicabilidade do método da equidistância, entre as situações de Estados com costas opostas e de Estados com costas contíguas (pars. 57-58, pp. 37-38). Recentemente, no caso *Camarões-Nigéria (Fronteira Terrestre e Marítima entre os Camarões e a Nigéria)* (Camarões c. Nigéria, intervindo a Guiné Equatorial), 2002 (www.icj-cij.org), o Tribunal Internacional de Justiça adoptou mais uma vez o processo de tomar a linha de equidistância como ponto de partida para definir a fronteira a sul daquilo a que chamou o ponto X (ponto, com as coordenadas 8.º 21' 20" de longitude este e 4.º 17' 00" de latitude norte, de intersecção entre a linha de equidistância e o ponto terminal da linha estabelecida na Declaração de Maroua). E considerou que não havia razão para deslocar ou corrigir tal linha. A novidade está em que as costas da Nigéria e dos Camarões são contíguas, embora com configuração que não permite falar de contiguidade pura.

(9) Pars. 18-20, pp. 22-24.

(10) Par. 78.

5. Quero deixar claro que o que a seguir se dirá se mostra largamente tributário de uma obra fundamental na teoria da delimitação marítima, ainda que velha já de quinze anos. Refiro-me ao livro de Prosper Weil, *Perspectives du Droit de la Délimitation Maritime* ⁽¹¹⁾. O presente texto é, em boa medida, o resultado de um diálogo com essa obra.

6. Há liminarmente que distinguir dois planos: um respeita ao modo como se caracteriza a situação jurídica dos espaços marítimos independentemente de delimitação ou antes dela e à forma como esta opera, relativamente a tal situação jurídica; o segundo refere-se aos “critérios” e métodos de delimitação. Cingir-me-ei, na exposição seguinte, ao primeiro dos planos acabados de referir. Considero apenas os espaços marítimos susceptíveis de “jurisdição” dos Estados, isto é, hoje, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva (ZEE) e a plataforma continental.

No que toca a “critérios” (palavra que uso aqui sem compromisso) de delimitação marítima, assinalar-se-á apenas que, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), de 1982, a referência à equidistância (associada às “circunstâncias especiais”) é mantida somente a respeito do mar territorial (art. 15.º); que aquela, a propósito da ZEE e da plataforma continental, afirma que “*a delimitação ... entre Estados com costas opostas ou contíguas deve ser feita por acordo, em conformidade com o direito internacional a que faz referência o artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, a fim de se alcançar uma solução equitativa*” (arts. 74.º, n.º 1, e 83.º, n.º 1); que se entende que a alusão a acordo abrange os acordos de jurisdição ou arbitragem, que, nestes pontos, as formulações da CNUDM correspondem a direito consuetudinário e vinculam os tribunais e que a *solução equitativa* deve ser obtida na base da consideração de todas as *circunstâncias relevantes*.

II. DO PROLONGAMENTO NATURAL À SOBREPOSIÇÃO DE TÍTULOS

7. Na base da crítica da tese alemã pelo Acórdão de 1969 poderão distinguir-se dois níveis. Num primeiro, o Tribunal afirmou, em termos que ficaram célebres, o direito inerente, existente *ipso facto* e *ab initio*, do Estado costeiro a uma área da plataforma continental ⁽¹²⁾. Num segundo, introduziu a ideia de

⁽¹¹⁾ Pedone, Paris, 1988. Pode, na teoria da delimitação marítima, falar-se de um *antes* e *depois* da obra referida de Prosper Weil.

⁽¹²⁾ Par. 19, p. 23.

prolongamento natural do território terrestre, a qual identificaria o objecto do direito de cada Estado costeiro (13).

De tudo resultaria, em primeiro lugar, que a delimitação fosse “*um processo que envolve estabelecer as fronteiras de uma área já, em princípio, pertencente ao Estado costeiro e não a determinação de novo de uma tal área*” (14); decorreria, em segundo lugar, que não haveria previamente “*qualquer coisa indivisa para partilhar*”. Poderão existir “*zonas cinzentas*” em áreas marginais, a delimitação deverá ser feita segundo princípios ou critérios equitativos, mas isso não significa que tenha havido “*uma divisão de qualquer coisa que previamente consistisse num integral, menos ainda num todo indiviso*” (15). A tudo corresponderia aquilo que Prosper Weil interpretou como uma concepção *declarativa*, ou predominantemente declarativa, da delimitação (16).

8. O conceito de *prolongamento natural*, que marcou durante anos a teoria da plataforma continental e que ainda hoje encontra alguma expressão no art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (17), traduzia uma ideia ambígua e de certo modo ingénua.

A ambiguidade resultava de se conjugarem uma noção *geológica* ou *geomorfológica*, que tinha algum apoio no art. 1 da Convenção de Genebra, e uma noção *geográfica* de prolongamento natural.

9. O conceito *geológico* ou *geomorfológico* servia, no quadro da Convenção de Genebra de 1958 e do direito consuetudinário a ela associado, para determinar onde existia plataforma continental, pelo menos enquanto a evolução tecnológica não tornasse possível a exploração para além dos 200 metros de profundidade (18). Mas ser útil para efeitos de pré-determinação ou delimitação

(13) Pars. 43-45, pp. 32-33.

(14) Par. 18, p. 22.

(15) Par. 20, pp. 23-24.

(16) *Ob. cit.*, pp. 26-29.

(17) O art. 76, 1, diz que “*a plataforma continental de um Estado costeiro 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 o 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*”. O preceito significa que a plataforma continental se pode estender para além das 200 milhas náuticas, se se verificarem os pressupostos, nos termos e com os limites e observados os requisitos previstos nos pars. 2 a 8 do referido art. 76.

(18) De harmonia com o art. 1 da Convenção de Genebra, “*a expressão “plataforma continental” é utilizada para designar: a) o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes às costas mas situadas fora do mar territorial até uma profundidade de 200 m ou, para além deste limite, até o ponto onde a profundidade das águas superjacentes permita a explora-*

da plataforma continental dependia de existirem ou não, em concreto, acidentes que pudessem ser tidos por relevantes. Aliás, em delimitações laterais isso só por raro acaso poderia acontecer, porque se tornaria necessário que tais acidentes se localizassem junto do termo das fronteiras terrestres (ou do termo da delimitação que se tomasse do mar territorial).

O conceito naturalístico de prolongamento natural foi responsável por numerosos debates sobre geologia e geomorfologia nos processos de delimitação marítima até 1985. Mas, por diversas razões, nunca a delimitação acabou por ser feita com base em critérios dessa natureza — em particular, nem no caso *Tunísia/Líbia* ⁽¹⁹⁾, nem no caso do *Golfo do Maine* ⁽²⁰⁾, nem no caso *Guiné/Guiné-Bissau* ⁽²¹⁾.

Acresce que o conceito é obviamente inutilizável para a zona económica exclusiva, que, entretanto, costumeiramente se consolidou; e que, pelo menos no interior das 200 milhas, foi posto em causa pelo reconhecimento, através da Convenção de Montego Bay, de 1982, ao qual rapidamente se deu valor consuetudinário, do direito de cada Estado costeiro a uma plataforma continental de 200 milhas, quaisquer que sejam as características do leito e subsolo do mar.

Se o acórdão no caso *Tunísia/Líbia* tinha já assinalado que “o conceito de prolongamento natural... era e continua a ser um conceito para ser examinado no contexto do direito consuetudinário e da prática dos Estados” ⁽²²⁾, se o acórdão da Câmara do Tribunal Internacional de Justiça no caso do *Golfo do Maine* havia sublinhado que, “a respeito da adjacência, a Câmara reconhece que em muitos casos este conceito pode ser creditado com a capacidade de exprimir talvez melhor que o de prolongamento natural a relação entre a soberania de um Estado e os seus direitos sobre a terra submersa adjacente” ⁽²³⁾, o passo decisivo será dado pelo Acórdão que decidiu o caso *Líbia/Malta*: “desde que o desenvolvimento do direito autoriza um Estado a reclamar que a plataforma continental que lhe pertence se estenda até as 200 milhas de distância da sua costa, quaisquer que sejam as características geológicas do leito do mar e do subsolo correspondentes, não há razão para atribuir qualquer papel a factores geológicos ou geofísicos dentro daquela distância tanto na verificação do título jurídico dos Estados em causa como ao proceder à delimitação entre as suas pretensões” ⁽²⁴⁾.

ção dos recursos naturais das ditas regiões; b) o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas análogas que são adjacentes às costas das ilhas”.

⁽¹⁹⁾ Pars. 61-68, pp. 53-58.

⁽²⁰⁾ Pars. 45-53, pp. 273-276.

⁽²¹⁾ Pars. 113-117.

⁽²²⁾ Par. 43, p. 42.

⁽²³⁾ Par. 103, p. 296.

⁽²⁴⁾ Par. 39, p. 35. Assinale-se que entre a Líbia e Malta, mais próximo da costa desta última que da primeira, se encontram os acidentes geomorfológicos designados por “fossa de Malta”,

Os factores geológicos ficam assim limitados, na definição do conceito de plataforma continental, àquilo a que o juiz Oda chamou a *plataforma externa*, situada para além das 200 milhas ⁽²⁵⁾. E só quanto a ela se pode hoje discutir a sua relevância para fins de delimitação.

10. Restava o conceito *geográfico* de prolongamento natural, que corresponde à ideia de uma projecção marítima “para a frente”, à qual veio muito mais tarde a referir-se a sentença arbitral no caso de *St. Pierre et Miquelon: “a tendência... para as costas se projectarem frontalmente, na direcção em face”* ⁽²⁶⁾. A ele ligou a decisão de 1969 o princípio da *não-intromissão* ⁽²⁷⁾.

Era manifesto, porém, que, no caso de Estados com costas opostas e plataforma contínua, jamais um tal conceito de prolongamento natural poderia pre-determinar a área a que cada Estado tivesse direito inerente exclusivo, porque a projecção marítima da costa de cada Estado se estende até a costa do outro.

Isto levou a que, no caso *Líbia/Malta*, o Tribunal Internacional de Justiça, que aí introduziu o conceito de *título* de cada Estado a certos espaços marítimos ⁽²⁸⁾, viesse reconhecer que os títulos de um e outro dos Estados se sobreponham. E a que, no caso de *Jan Mayen*, definisse uma *zona de sobreposição dos títulos potenciais* correspondentes respectivamente à Groenlândia e à ilha de Jan Mayen, limitada pelas linhas de 200 milhas contadas a partir de cada uma das costas, distinta da *zona de sobreposição de pretensões* das partes ⁽²⁹⁾.

A verdade, todavia, e antes de mais, é que, para além da relatividade da distinção entre costas opostas e costas contíguas ⁽³⁰⁾, não há razão que justifique a restrição da sobreposição de títulos à situação de costas opostas. Basta que as costas contíguas formem um ângulo de menos de 180° para que projecções frontais se sobreponham.

Acresce — e é o mais importante — que tão pouco existe fundamento para limitar a projecção marítima das costas à projecção dita frontal. Não há maneira

“fossa de Pantelleria” e “fossa de Sinosa”. A Líbia sustentava, de acordo com a ideia de prolongamento natural, que aqueles acidentes corresponderiam a uma “*zona de afundamento, que separaria os direitos das partes*”. O Tribunal rejeitou a sua relevância (pars. 35-41, pp. 34-37).

⁽²⁵⁾ Opinião dissidente no caso *Líbia/Malta*, pp. 155-156.

⁽²⁶⁾ Par. 73.

⁽²⁷⁾ “Non-encroachment” ou “non empiètement” — par. 101, (C), (1), p. 54.

⁽²⁸⁾ “Entitlement” ou “titre” — par. 27, p. 30.

⁽²⁹⁾ “*Area of overlapping potential entitlements*” ou “*zone de chevauchement des titres potentiels*” e “*area of overlapping claims*” ou “*zone de chevauchement des revendications*”, respectivamente — pars. 18 e 19, p. 47. A decisão no caso *Camarões c. Nigéria* fala de “zonas de jurisdições coincidentes” — “*zones of coincident jurisdictions*” ou “*zones de jurisdictions coincidentes*” — par. 288 (www.icj-cij.org).

⁽³⁰⁾ Casos *Tunísia/Líbia* e do *Golfo do Maine*, par. 78, p. 63, pars. 186 ss., pp. 323 ss., respectivamente. Caso *Guiné/Guiné Bissau*, par. 91.

de conceber esta última a não ser delimitando-a por perpendiculares ao segmento de recta que corresponda à direcção geral da costa ou à direcção da costa na zona mais próxima da fronteira terrestre. Para se compreender o carácter ingénuo da restrição dos títulos dos Estados à projecção frontal, basta assinalar o seguinte: se os segmentos de recta correspondentes à direcção das costas ou de parte das costas de dois Estados formarem, do “lado do mar”, um ângulo de mais de 180.º, haveria uma zona, situada entre os “lados marítimos” dos dois ângulos rectos que se concebessem para definir a projecção frontal, sobre a qual nenhum dos Estados teria título! De igual modo, e conforme foi assinalado por Prosper Weil, seriam impensáveis os títulos do reino Unido e da França sobre a plataforma continental na região atlântica, que todavia a sentença arbitral de 1977 reconheceu, procedendo à delimitação da plataforma nessa zona (31).

11. Primeiro como advogado nos casos do *Golfo do Maine e Líbia/Malta*, depois na atrás referida obra, Prosper Weil formulou a teoria da *projecção radial* e do *título omnidireccional* do Estado costeiro sobre os espaços marítimos, que, na distância que se encontre em causa, irradia a 360.º e só cessa perante formações terrestres (32).

Apesar do silêncio das decisões dos casos do *Golfo do Maine e Líbia/Malta*, apesar da rejeição explícita, pela maioria do tribunal arbitral, no caso de *St. Pierre et Miquelon* (33), a teoria da *projecção radial* e do *título omnidireccional* é irrepreensível. E acabou, de alguma sorte, ainda que do modo incompleto e pouco rigoroso, por ser acolhida na decisão do caso de *Jan Mayen*. Com efeito, o Tribunal Internacional de Justiça, ao definir os títulos da Dinamarca e da Noruega, não desenhou uma figura, próxima do trapézio, que unisse os pontos laterais extremos das costas da Groenlândia e da ilha de Jan Mayen. Do lado de Jan Mayen determinou os limites laterais da área por pontos situados ao largo (34).

Questão diferente é a de saber se às projecções frontais não deve ser atribuído “peso” maior que às projecções laterais para fins de delimitação (35).

12. Em rigor, a zona de sobreposição de títulos define-se a partir de projecções radiais. Os títulos sobrepostos podem referir-se a espaços marítimos

(31) *Ob. cit.*, p. 74.

(32) *Ob. cit.*, pp. 68 ss.

(33) Par. 73. Veja-se, todavia, a crítica implacável do árbitro Prosper Weil, no seu voto de vencido (pars. 9-14).

(34) *Croquis* de p. 45. O ponto A encontra-se 200 milhas a norte do limite norte da costa de Jan Mayen. Para sudoeste a projecção não terá sido feita até as 200 milhas por virtude do título da Islândia (opinião individual do juiz Shahabudeen, p. 184).

(35) *Vide infra*, n.º 28.

diferentes ou a modalidades diferentes do mesmo espaço: por exemplo, àquilo que para um Estado será título respeitante a mar territorial poderá sobrepor-se aquilo que para outro Estado será título referente a plataforma continental e a ZEE; àquilo que para um Estado será título relativo a plataforma continental interna (isto, até as 200 milhas) poderá sobrepor-se aquilo que para outro Estado será título relativo a plataforma continental externa (isto é, para além das 200 milhas).

Evidentemente, a sobreposição de títulos pode envolver apenas dois ou mais de dois Estados.

III. SOBREPOSIÇÃO DE TÍTULOS, COLISÃO DE DIREITOS E DELIMITAÇÃO

13. A introdução das noções de *título* e de *zona de sobreposição de títulos* fez que se chegasse a alguma coisa próxima da tese alemã nos casos da Plataforma Continental do Mar do Norte: as zonas de sobreposição de títulos, antes de delimitação, são, nalguma acepção, áreas indivisas, sobre as quais concorrem títulos de mais de um Estado; a delimitação, fazendo cessar a concorrência de títulos, ou uma modalidade de efeitos seus, põe termo à indivisão.

14. Afirmei, porém, que a tese alemã precisava de reformulação.

A R.F.A. nunca o disse expressamente, mas parecia claro que, subjacente à sua argumentação, se encontrava a ideia de *contitularidade* ou *comunhão* sobre a plataforma continental. O Tribunal rejeitou-a, e num ponto tinha razão: a contitularidade é incompatível com o carácter exclusivo do direito de cada Estado ⁽³⁶⁾.

Não há, sobre os espaços marítimos (susceptíveis de jurisdição estadual), a não ser que os Estados a instituem (a partir, precisamente, dos seus direitos exclusivos), contitularidade. Os direitos dos Estados não são traduzíveis numa "quota ideal" de um espaço. No caso de sobreposição de títulos, o que acontece é que a jurisdição de cada Estado que, na falta de título de outro Estado, se estenderia a tudo, fica sob *compressão redutora* (desculpe-se o mecanicismo) por efeito do título ou títulos concorrentes.

15. São conhecidas, de há muito, no direito privado e, mais recentemente, no direito constitucional, as figuras do concurso ou concorrência e da colisão de direitos. Mas, pelo menos no direito privado, a sua teoria está longe de se encontrar consolidada.

⁽³⁶⁾ Par. 67, p. 41.

A ordem jurídica portuguesa é, quanto julgo, umas das duas únicas que dispõem de norma legislativa genérica sobre colisão de direitos (art. 335.º do Código Civil). A outra é a de Macau, cujo Código Civil, no art. 327.º, reproduz, com uma modificação, o mencionado preceito português. O art. 335.º do Código Civil vigente distingue entre direitos iguais ou da mesma espécie e direitos desiguais ou de espécie diferente. Na primeira situação, “*devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igual efeito*”. Na segunda, afirma-se a prevalência do direito que deva considerar-se superior. O regime tem origem no Código de Seabra, que dizia, no art. 14.º,

“Quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem procura evitar prejuízos”,

e, no art. 15.º,

“Em concurso de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os interessados ceder reciprocamente o necessário, para que esses direitos produzam o seu efeito, sem maior deterimento de uma que de outra parte”.

O Código de 1966 abandonou a regra do art. 14.º, acolheu a do art. 15.º no n.º 1 do art. 335.º e tornou explícito, no n.º 2, o que poderia resultar *a contrario* do art. 15.º: se os direitos não forem iguais, prevalece o que haja de ser considerado superior. O art. 327.º, n.º 2, do Código Civil de Macau veio especificar que a superioridade se aprecia em concreto ⁽³⁷⁾.

Elsa Sequeira dá conta de que historicamente existiram outros instrumentos legislativos com normas gerais sobre colisão de direitos: o *Josephinisches Gesetzbuch*, de 1786, o *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, de 1794, e o *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, de 1865 ⁽³⁸⁾.

Da análise dos textos resulta que o Código Civil português de 1867 se terá inspirado no *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*. O seu art. 14.º corresponde ao § 96 e o seu art. 15.º ao § 97 da Parte introdutória daquele último. O Código de Seabra não recebeu o § 95, sobre prevalência do direito mais forte, ou por entender que se encontrava associado ao reconhecimento dos *privilégios*, ou por considerar (porventura também) que a regra (naquilo em que

⁽³⁷⁾ “*Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva em concreto considerar-se superior*” (ênfase aditada).

⁽³⁸⁾ “*Dos Pressupostos da Colisão de Direitos*” (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas na Universidade Católica), 2003, polic., p. 7. Agradeço à Dr.ª Elsa Sequeira os elementos que gentilmente me facultou.

fosse aplicável) ficava implícita no art. 15.º E terá querido afastar o regime do § 98, onde se estabelecia um “congelamento” da situação, através de recíproco dever de abstenção até decisão judicial (a matéria é de processo, respeitante ao que hoje se chama procedimento cautelar). As soluções do *Allgemeines Landrecht* prussiano terão chegado a Portugal por via de Coelho da Rocha ⁽³⁹⁾.

16. No plano doutrinário, a origem da teoria da colisão de direitos aparece atribuída ao início da pandectística e, mais precisamente, a Thibaut ⁽⁴⁰⁾. As disposições atrás referidas do *Allgemeines Landrecht* prussiano revelam que é seguramente anterior. De qualquer modo, Thibaut aborda o tema desde a primeira edição do seu *System des Pandekten-Rechts* ⁽⁴¹⁾, a propósito das relações dos direitos e obrigações uns com os outros. O autor refere-se a direitos de diversos titu-

⁽³⁹⁾ *Instituições de Direito Civil Português*, I, 2.ª ed., Imp. da Univ. Coimbra, 1848, pp. 30-31 (note-se que as edições subsequentes da obra são póstumas e representam meras reimpressões da 2.ª edição). A fonte de Coelho da Rocha terá sido Mackeldey, em tradução francesa (*Manuel de Droit Romain*), que refere no prefácio e cita designadamente a propósito da colisão de direitos (sobre a influência deste autor em Coelho da Rocha, cfr. Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil — Relatório*, Sep. da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1988, p. 111). E, de facto, no seu *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, de que só pude consultar a 7.ª ed. alemã, Gissen, 1827, Mackeldey (vol. I, pp. 227-229) fala de colisão de direitos em termos muito próximos dos que foram adoptados por Coelho da Rocha. Há um ponto estranho, que consiste em Coelho da Rocha mencionar como arts. 102.º e 104.º do Código da Prússia o que deveriam ser os §§ 95 e 97 da parte introdutória (o texto que consultei consta de edição de 1970 da Metzner Verlag, Frankfurt/a.M. e Berlin). Pelo menos na referida edição, Mackeldey não menciona, a propósito da concorrência e colisão de direitos, o *Allgemeines Landrecht* prussiano. Há uma tradução francesa deste, de 1803, com o título *Code général pour les Etats Prussiens*, que presumo tenha sido a utilizada por Coelho da Rocha, pois referia o texto como *Código Geral dos Estados da Prússia* (Nota B ao vol. I, p. 282). Aliás, a obra está catalogada na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mas a 1.ª Parte do Tomo I (que seria aquela que interessaria) encontra-se extraviada. Coelho da Rocha invocava o *Allgemeines Landrecht*, a par do Código Napoleónico e de outros, ao abrigo do § 9.º da Lei da Boa Razão (Lei de 18 de Agosto de 1769), interpretado de harmonia com os estatutos universitários pombalinos, de 1772, como expressão do *usus modernus Pandectarum* (cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, “Enquadramento Histórico do Código Civil Português”, *BFDUC*, XXXVII (1961), pp. 149-150). Sobre o *Allgemeines Landrecht*, vide a introdução de Hattenhauer à edição atrás indicada e Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, trad. portuguesa da 2.ª ed. alemã (1967), Fundação C. Gulbenkian, Lisboa, 1980, pp. 371 ss.

⁽⁴⁰⁾ Wittkowsky, *Die Kollision der Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Königsberg, 1911, p. 5; Ugo Natoli, “Limiti e Presupposti del Conflitto dei Diritti”, *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 370; López Berenguer, “La Colisión de Derechos”, *Annales de la Universidad de Murcia*, 1956, p. 74; Elsa Sequeira, *ob. cit.*, pp. 1-2.

⁽⁴¹⁾ Jena, 1803, § 100, pp. 82-84. Vide, ainda, do autor, “Über die Kollision besonderer Rechte und Privilegien”, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, I, Jena, 1817, pp. 242 ss.

lares e distingue três situações básicas: vários direitos cada um sobre o seu objecto, que serão exercidos com plena independência; vários direitos sobre o mesmo objecto, mas sem que nenhum seja exclusivo — e teremos *concorrência* ou *concurso* de direitos; e vários direitos exclusivos sobre o mesmo objecto e estaremos perante a *colisão de direitos*. Seguem-se sub-distinções, mas sem formulação de critério geral para resolver as colisões de direitos, quando um dos direitos não prevaleça. A distinção conceitual referida continuará ao longo das várias edições da obra ⁽⁴²⁾.

A pandectística manterá alguma referência à figura da colisão de direitos ⁽⁴³⁾; produziram-se algumas monografias ⁽⁴⁴⁾ e da Alemanha e países de língua alemã o tratamento doutrinário, sempre relativamente incipiente, irradiará para outros países ⁽⁴⁵⁾.

Há, evidentemente, quem negue a própria possibilidade de colisão de direitos: o exercício ilícito de um direito mostrar-se-ia inconcebível e o problema seria de determinação dos limites dos vários direitos ⁽⁴⁶⁾. Por mim, diria que um exercício ilícito de um direito *definitivo* ou *actual* representa uma contradição nos termos. Mas, conforme adiante se referirá, a colisão de direitos reporta-se a direitos apenas *potenciais*.

Do tratamento subsequente a Thibaut resultou alguma tendência para manter uma distinção entre concorrência e colisão de direitos ⁽⁴⁷⁾ e para caracterizar, numa formulação ou noutra, a colisão de direitos pela impossibilidade de exercício (ou de satisfação), pelo menos simultâneo, dos direitos de diversos titulares ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ Assim na 9.ª ed., Jena, 1846, § 84, pp. 68-69.

⁽⁴³⁾ P. ex., Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, pp. 72-76; Wächter, *Pandekten*, Leipzig, 1880, pp. 487-501; Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, pp. 232-233; Dernburg, *Pandekten*, 6.ª ed., Berlin, 1900, pp. 90-92.

⁽⁴⁴⁾ P. ex., Wroblewsky, *Zur Lehre von der Kollision der Privatrechte*, Wien, 1894; Wittowsky, *ob. cit.*, 1911.

⁽⁴⁵⁾ Em Itália, *vide* especialmente Ugo Natoli, “Limiti e Presupposti del Conflitto dei Diritti”, *cit.*, pp. 24 e ss., e “Conflitto di Diritti”, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, pp. 73 ss.; em Espanha, Jose López Berenguer, *est. cit.*, pp. 67 ss. Em Portugal, apesar de disposições legislativas genéricas desde 1867, o primeiro estudo sistemático é o trabalho referido de Elsa Sequeira.

⁽⁴⁶⁾ Assim, Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4.ª ed., Milano, 1953, pp. 44-45. O tema é conhecido da teoria do abuso de direito (ficou célebre a fórmula de Planiol: “o direito cessa onde o abuso começa”) — sobre o tema, *vide*, em Portugal, p. ex., Coutinho Abreu, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 42-47; Cunha e Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 321 ss. Note-se, porém, que, em meu juízo, a questão se põe em termos diferentes no abuso de direito e na colisão de direitos.

⁽⁴⁷⁾ P. ex., Wächter, *ob. cit.*, pp. 490-491; Natoli, que fala de *coexistência de direitos*, “Limiti ...”, *cit.*, pp. 376 ss.; Elsa Sequeira, *ob. cit.*, pp. 165-167.

⁽⁴⁸⁾ Bekker, *ob. cit.*, p. 72; Regelsberger, *ob. cit.*, p. 232; Wroblewsky, *ob. cit.*, pp. 67 ss.; Wittowsky, *ob. cit.*, pp. 32 ss.; Natoli, “Limiti ...”, *cit.*, pp. 395 ss. e “Conflitto di Diritti” *cit.*, p. 74; López Berenguer, *est. cit.*, pp. 86 ss.; Elsa Sequeira, *ob. cit.*, pp. 160 ss.

Discute-se se é ou não requisito da colisão de direitos a inexistência de norma de subordinação ou de coordenação dos direitos ou, noutra linguagem, de “norma preventiva” (49). Por mim, diria que as chamadas “normas preventivas”, ou melhor, normas de subordinação ou de coordenação serão apenas normas especiais de resolução de colisões de direitos. Isso revela-se pela circunstância de, ainda que existam “normas preventivas”, os mesmos direitos poderem assumir configuração actual diferente conforme haja ou não colisão (50).

17. Entretanto, foram-se desenvolvendo análises sectoriais de situações que podem ser consideradas como de concurso ou de conflito de direitos. Aqui, interessa apenas uma brevíssima alusão ao domínio dos direitos reais (51).

Vittorio Scialoja formulou, no início do séc. XX, a tese que concebe a compropriedade como concorrência de diversos direitos, qualitativamente iguais, sobre a mesma coisa, a qual obteve, e mantém, largo acolhimento entre nós (52).

Por outro lado, Oliveira Ascensão desenvolveu uma teoria dos conflitos de direitos reais, consubstanciada na figura a que chama *relações jurídicas reais*, distinguindo conflitos entre direitos a parte da coisa, conflitos de vizinhança e conflitos de sobreposição (53).

18. Mais atenção tem recebido a colisão de direitos fundamentais. A origem da análise situa-se na Alemanha e reconduz-se temporalmente ao período de *Weimar*, mas encontrou um fortíssimo desenvolvimento depois da entrada em vigor da *Grundgesetz*. Deve todavia notar-se que o tema da colisão de direitos fundamentais tem, de algum modo, sido dissolvido na questão mais

(49) No sentido de que a ausência de “norma preventiva” é indispensável à figura da colisão de direitos, Natoli, “Limiti ...”, cit., pp. 372 ss., e “Conflitto di Diritti”, cit., p. 74; López Berenguer, *est. cit.*, pp. 90-92; Elsa Sequeira, *ob. cit.*, pp. 167 ss. e 314-316.

(50) Isso é claro no caso de normas de coordenação. Assim, na hipótese de norma de rateio, um direito não se encontra a ele sujeito se não houver direitos em colisão ou deixa de está-lo se estes se extinguirem. O mesmo vale para as normas de subordinação, quanto aos direitos subordinados.

(51) Para outros domínios, designadamente o dos direitos pessoais de gozo e dos direitos de crédito, veja-se Elsa Sequeira, *ob. cit.*, especialmente pp. 28 ss. e 201 ss., e, quanto à colisão de direitos de personalidade, pp. 269 ss. Mas esta última aproxima-se já muito da colisão de direitos fundamentais.

(52) Assim, Luís Pinto Coelho, *Da Compropriedade no Direito Português*, Lisboa, 1939, pp. 99 ss.; Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 271-272; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, p. 618; Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 3.ª ed., 2.ª reimp., *Quid Juris?*, Lisboa, 2001, pp. 332-335. Contra, Henrique Mesquita, *Direitos Reais, Lições*, 1967, p. 246, e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª ed., 1987, pp. 343 ss.

(53) *As Relações Jurídicas Reais*, Morais Ed., Lisboa, 1962, e *Direitos Reais cit.*, pp. 233 ss.

ampla da colisão de direitos fundamentais com outros bens constitucionais, sejam ou não direitos⁽⁵⁴⁾, e considerado sobretudo da perspectiva das restrições aos direitos fundamentais, com particular relevo para as restrições impostas pelo legislador ordinário, e dos limites destas.

É bem conhecida a oposição entre as chamadas teoria *externa* e teoria *interna* dos limites dos direitos fundamentais, a primeira distinguindo o *âmbito de protecção* e o *âmbito de garantia efectiva* dos direitos, este potencialmente mais restrito do que aquele, a segunda acentuando uma distinção entre *conformação* e *delimitação* dos direitos fundamentais e insistindo na ideia de *limites imanentes* destes, resultantes da “convivência” com outros direitos fundamentais ou bens constitucionais⁽⁵⁵⁾.

É ainda sabida a novidade que, nos termos da questão, foi introduzida, em 1986, por Alexy⁽⁵⁶⁾. Partindo de uma distinção, no âmbito do conceito de norma, entre regras e princípios, estes concebidos como *mandados de optimização*⁽⁵⁷⁾, o autor reconduziu as colisões entre direitos fundamentais ou entre

(54) Veja-se, todavia, o estudo de Lothar Fohmann, “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 12:3 (1985), pp. 49 ss., especialmente dedicado ao concurso e colisão de direitos fundamentais. Gomes Canotilho distingue a colisão de direitos em sentido próprio e impróprio, conforme se estabeleça com outros direitos fundamentais ou com bens constitucionais (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 1255-1256).

(55) Vide, quanto ao confronto das teorias, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, 2.ª ed., Alm., 2001., pp. 275 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...* cit., pp. 448 ss.; “Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 125 (1992-1993), n.ºs 3814-3285, pp. 35 ss., 264 ss. e 293 ss., e “Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 63 ss.; Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 292 ss.

(56) Na obra *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/a.M., 2.ª ed., 1994. Tal obra já é levada em conta em todos os textos referidos na nota anterior.

(57) *Ob. cit.*, pp. 75-77. Já antes “Zum Begriff des Rechtsprinzip”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), pp. 59 ss. A noção de princípio, diferenciado do comum das normas, é muito antiga. A escola histórica, especialmente por intermédio de Puchta, deu-lhe algum relevo sistemático. Seriam os princípios que permitiriam a formação de um sistema fechado e aparecem associados à concepção da ciência jurídica como uma das fontes de revelação do direito (a única fonte de produção seria o “*Volksggeist*”) — vide Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 4.ª ed., Leipzig, 1854, pp. 40 ss. e *Pandekten*, 12.ª ed., Leipzig, 1877, pp. 28-30. À chamada construção jurídica dedicou o primeiro Jhering páginas notáveis, no *Espírito do Direito Romano* (Livro II, Cap. I, Secção II, trad. port., Alba Ed., Rio de Janeiro, vol. III, 1943, pp. 16 ss.; vide, todavia, a auto-crítica em “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild”, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, pp. 245 ss.). Na sua sequência, a *jurisprudência dos conceitos*, por via de uma associação entre princípios e conceitos e de uma como que *indução conceitual*, viria a afirmar ou a manter a afirmação da *plenitude lógica* da ordem jurídica. A referência a *princí-*

direitos fundamentais e outros bens constitucionais a colisões entre princípios. Estas seriam resolúveis por via de uma *lei de colisão*, baseada numa *relação de preferência condicionada* entre os dois princípios (resultante de uma *ponderação*), segundo a qual “*as condições sob as quais um princípio prefere a outro constituem o pressuposto de facto (Tatbestand) de uma regra que exprime a consequência jurídica do princípio preferente*” (58). Alexy assenta a sua construção naquilo a que chama um modelo combinado de regras e princípios (59).

Com Alexy, a colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens constitucionais é, assim, deslocada para o domínio das colisões normativas. Mas o plano normativo reflecte-se, antes e depois da resolução da colisão, nas posições jurídicas subjectivas, em termos apreensíveis segundo uma distinção entre direito *prima facie* e direito *definitivo* (60).

19. As colisões de direitos fundamentais revelam que a figura da colisão de direitos não se restringe, ao contrário do que pensava, entre outros, Thibaut, a direitos com o mesmo objecto — conforme já o revelaria a colisão de direitos de personalidade. Pelo menos normalmente, as colisões de direitos fundamentais estabelecem-se entre direitos com objectos diferentes — seja o exemplo

pios aparece, aliás, com alguma frequência em textos legislativos fundamentais. Assim, o Código Civil italiano determina que, na falta de disposição para caso análogo, as lacunas sejam integradas “*segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*” (art. 12). O art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, repetindo preceito do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, diz que aquele aplicará “*os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*” (n.º 1, al. c)). As Constituições portuguesas, desde a de 1911, referem, a propósito da inconstitucionalidade, tanto a ofensa de disposições como a de *princípios* constitucionais (Const. 1911, art. 63.º; Const. 1933, art. 123.º; Constituição da República em vigor, art. 204.º). Será, porém, com Esser, em 1956, num quadro metodológico completamente diferente seja do da escola histórica, seja do da jurisprudência conceptualista, que a distinção entre princípio e norma (ou regra) assume carácter sistemático (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4.ª ed., Mohr, Tübingen, 1990). O tema foi autonomamente analisado por Dworkin (“The Model of Rules I” e “The Model of Rules II”, publicados respectivamente em 1967 e 1972, depois incluídos em *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass., 1977, pp. 14 ss.) e é neste que Alexy principalmente se inspira, embora a sua formulação seja mais sofisticada que a de Dworkin e não contenha o “desvio” anti-positivista desta. Nada do que no texto se diz envolve compromisso com qualquer concepção relativa aos *princípios* e à sua distinção das *regras*.

(58) *Theorie der Grundrechte* cit., pp. 104 ss.

(59) *Ob. cit.*, pp. 117 ss. A distinção entre regras e princípios foi objecto de reanálises (cfr. Borowsky, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung vom prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos Verl., Baden-Baden, 1998, pp. 80 ss.). Entre nós, uma revisão é feita por Jorge Reis Novais, que opta por uma distinção *fraca* (oposta a uma distinção *forte* — as expressões são de Borowsky) entre regras e princípios (*ob. cit.*, pp. 344 ss.).

(60) *Ob. cit.*, pp. 90-92.

típico da colisão entre a liberdade de expressão de pensamento, conjugada porventura com o direito à informação, e o direito à integridade moral, ao bom nome e à reputação, ou o direito à reserva da intimidade da vida privada ou, porventura, o direito à imagem. Podem ainda os direitos ser idênticos, mas terão objectos distintos. Assim, a colisão de vários direitos à vida — que pode ocorrer em situações de legítima defesa ou de estado de necessidade — é uma colisão entre direitos com objectos distintos: cada uma das vidas.

20. Não são líquidos os termos em que se poderá distinguir, conforme distinguia uma parte da pandectística, as colisões em sentido próprio do simples concurso ou concorrência de direitos sobre o mesmo objecto. Porém, mesmo nos casos em que a lei — em Portugal ou noutra qualquer ordem jurídica — especificamente define o modo de articulação dos direitos, parece haver diferença entre situações como a da compropriedade, a dos direitos reais menores e, por exemplo, a de concurso de direitos de preferência, verdadeiros e próprios.

Na compropriedade, é essencial ao direito de cada comproprietário a existência de direitos de outros comproprietários. A compropriedade não é normativamente configurada como um conjunto de propriedades singulares exclusivas sobre a totalidade do objecto, mas precisamente como (modalidade de) contitularidade. Daí se segue que, no caso de um dos direitos se extinguir e a solução ser a do “alargamento” dos outros direitos (com conversão em propriedade singular, se forem só dois comproprietários ou se se extinguirem os direitos de todos menos um), se estará perante um fenómeno de *acrescer*, não em face de um fenómeno de *não decrescer*. Também os direitos reais menores (deixamos de parte aquilo a que Oliveira Ascensão chama propriedade dividida, de que os exemplos típicos são a superfície e a propriedade horizontal ⁽⁶¹⁾) são originariamente configurados com o limite que resulta de incidirem sob coisa alheia. Mas aí a situação é assimétrica. Se o direito da propriedade se extinguir, o direito real menor não se “expande”. Mas já com a extinção do direito real menor a propriedade retoma a sua configuração típica — e aqui por um fenómeno de *não decrescer*.

Ao invés, na hipótese de pluralidade de direitos de preferência relativos a um mesmo objecto, cada direito é potencialmente total. Só a presença dos demais força a uma “cedência”, no todo ou em parte. O mesmo se passa, por exemplo, com a pluralidade de privilégios creditórios, no que toca à relação entre estes.

21. Afigura-se que a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, de que a construção de Alexy representa, em última análise, uma variante, tem razão

(61) *Relações Jurídicas Reais*, cit., p. 242 ss., e *Direitos Reais*, cit., pp. 247-249.

quando distingue um âmbito de protecção e um âmbito de garantia efectiva ⁽⁶²⁾ ou, na formulação de Alexy, um direito *prima facie* e um direito definitivo. As noções de âmbito de protecção e de garantia efectiva, porém, referem-se à norma, não ao direito em si mesmo; e as de direito *prima facie* e direito *definitivo* correspondem a uma análise segundo fases de um processo de raciocínio jurídico, que nada também directamente diz sobre o estatuto das posições subjectivas. Por mim, preferiria falar de *direito potencial* e *direito actual*. O direito *potencial* é o direito com a configuração que apresenta originariamente, sem interferência de outros direitos ou bens jurídicos, isto é, o direito com a extensão positiva e negativamente determinada pelo bem jurídico a cuja tutela corresponde. O direito *actual* é o direito com a configuração (final) que resulta da interferência de outros direitos ou bens jurídicos — a qual pode, aliás, pura e simplesmente impedir a “actualização” do direito *potencial*. Aliás, só a distinção entre direito *potencial* e *actual* permite conceber o *exercício ilícito* de um direito. Tratar-se-á do exercício de um direito *potencial* que não é abrangido pelo direito *actual*.

Ora, também nas situações de colisão de direitos não fundamentais parece possível falar de direito potencial e actual.

22. Os conceitos de concurso ou concorrência de direitos ⁽⁶³⁾ e de colisão de direitos são assim *secantes*. O concurso de direitos pressupõe identidade de objecto. Haverá concurso quando diversos direitos incidirem sobre o mesmo objecto. O concurso pode não envolver colisão — quando não for possível identificar direitos potenciais possivelmente diferentes do direito actual, pelo menos no que toca a um dos direitos — ou envolvê-la — quando a diferença entre direito potencial e direito actual (incluindo a possível ausência deste) se estabeleça. Poderá, porém, haver colisão sem concurso — quando os direitos possuam objectos diferentes.

Temos, pois, concurso com ou sem colisão e colisão com ou sem concurso.

A colisão poderá ainda ser *simétrica* (é-o normalmente) ou *assimétrica* (quando só um dos direitos é potencialmente mais amplo do que actualmente). E poderá também ser *total* ou *parcial*.

⁽⁶²⁾ Note-se que a definição do âmbito de protecção pode envolver limites implícitos. Em Portugal, essa definição tornou-se particularmente importante perante a inclusão, no texto constitucional, por via da revisão de 1997, do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º 1), sem a limitação expressa constante da *Grundgesetz* alemã (art. 2.º) (sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vide Paulo Mota Pinto, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica*, 40, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149 ss., e Jorge Reis Novais, *ob. cit.*, pp. 590 ss.).

⁽⁶³⁾ Refiro-me apenas ao concurso de direitos com titulares diversos. Sobre o concurso de direitos (fundamentais) do mesmo titular, vide Gomes Canotilho, “Direito Constitucional de Conflitos ...”, *cit.*, pp. 264-267.

Assinale-se por fim que o concurso e a colisão de direitos podem ou não vir acompanhados de concurso ou de colisão de normas. A colisão de direitos só pode ser associada a uma colisão normativa, e designadamente a uma colisão de princípios, quando se trate, na linguagem do nosso Código Civil, de direitos de espécie diferente. Mesmo no domínio dos direitos fundamentais, uma colisão, por exemplo, entre direitos à vida é independente de qualquer colisão normativa. A mesma norma (em Portugal, a do art. 24.º da Constituição) atribui todos os direitos.

23. No que toca às soluções possíveis das colisões de direitos, teremos a prevalência de um deles ou a recíproca limitação dos direitos potenciais.

A prevalência pode ser estabelecida em abstracto ou ser determinável em concreto. A doutrina e jurisprudência constitucionais têm insistido em que as colisões devem, em última análise, ser resolvidas segundo um padrão de *harmonização* ou de *concordância prática* (64). Este padrão tanto pode funcionar em abstracto (pense-se, por exemplo, no rateio) como em concreto. Há casos em que disposições especiais de lei estabelecem a prevalência abstracta — seja o da graduação de privilégios creditórios. Por outro lado, a *concordância prática* pode traduzir-se na prevalência, em concreto, de um dos direitos — se, num quadro de recíprocas limitações, ficar, no caso, excluído o exercício de uma faculdade integrante de um dos direitos potenciais.

Com referência específica ao art. 335.º do Código Civil português, parece muito duvidoso que a “*espécie diferente*” dos direitos justifique uma solução necessária de sistemática prevalência de um deles. Legitimar-se-á aí uma interpretação restritiva (65).

É óbvio que, para a formulação conceitual que se efectuou, a utilização do direito português foi apenas ilustrativa.

24. Ora, a situação de sobreposição de títulos sobre espaços marítimos, antes de delimitação, parece precisamente corresponder a uma colisão de direitos ou,

(64) Vieira de Andrade, *ob. cit.*, pp. 312 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, cit., pp. 1258-1259. Na jurisprudência, *vide*, p. ex., Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 113/97, 288/98, 254/99, 525/99 e 309/01 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 36.º vol., p. 291, 40.º vol., p. 7, 43.º vol., p. 365, 44.º vol., p. 980 e 50.º vol., p. 171).

(65) Jorge Miranda refere-se à possibilidade de utilização dos critérios do art. 335.º do Código Civil no âmbito das colisões de direitos fundamentais — não, evidentemente, por força formal, que lhe falta, mas pela razoabilidade do conteúdo (*Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 334). O art. 335.º suscita algumas dificuldades interpretativas — aquela que referi no texto e a que se tornou visível na alteração introduzida pelo Código de Macau. Mas julgo também que os critérios de solução no domínio dos direitos fundamentais e no dos (meros) direitos privados haverão de ser semelhantes (muito particularmente no que toca aos direitos de personalidade).

recte, a um concurso de direitos com colisão. Há concurso de direitos porque os direitos dos dois ou vários Estados incidem sobre o mesmo objecto. Há colisão porque os direitos não são configurados em contitularidade, mas como direitos exclusivos — os direitos dos outros constituem um obstáculo “exterior” a cada direito. É evidente que só existe concurso e colisão na zona em que os títulos dos vários Estados se sobrepuserem. No acórdão proferido no caso *Jan Mayen* o Tribunal Internacional de Justiça falou, conforme se referiu ⁽⁶⁶⁾, de sobreposição de títulos *potenciais*. Mas potenciais não são os títulos — são os direitos. Aliás, na versão inglesa (que é, quanto àquela decisão, a que faz fé), o Acórdão fala de “*entitlements*” — palavra que significa tanto título como direito, e que preferiu a “*title*”. O Acórdão proferido no caso Camarões-Nigéria eliminou a palavra “potenciais”, aludindo agora a “jurisdições coincidentes” ⁽⁶⁷⁾.

25. Na Memória que apresentou no caso de *Timor Leste* (Portugal c. Austrália), Portugal afirmou que entre “*as duas linhas de 200 milhas* (isto é, as linhas de 200 milhas náuticas contadas respectivamente a partir das linhas de base de Timor Leste e da Austrália) *há sobreposição de títulos do mesmo valor e, por consequência, concorrência ou concurso de direitos (potenciais)*”. Na Réplica referiu que “*o conflito de pretensões é dobrado por uma sobreposição de títulos e uma concorrência ou um concurso de direitos. Tal conflito e tal concurso respeitam a espaços marítimos diferentes: o conflito de pretensões reporta-se ao espaço entre a linha mediana e o eixo batrimétrico da “depressão de Timor” e o concurso de direitos refere-se ao espaço situado entre as duas linhas de 200 milhas*” ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ *Supra*, n.º 10.

⁽⁶⁷⁾ *Supra*, n.º 10, nota 29.

⁽⁶⁸⁾ Par. 7.10 da Memória e par. 6.73 da Réplica. O texto da Memória, bem como das outras peças processuais, encontra-se disponível em www.icj-cij.org. Note-se que a Memória é de Novembro de 1991 e a Réplica de Dezembro de 1992, ambas, pois, anteriores à decisão pelo Tribunal Internacional de Justiça do caso de *Jan Mayen*. O passo transcrito no texto relativo à Memória corresponde apenas a uma das três alíneas nas quais se procurava sintetizar a situação dos direitos de Timor-Leste e da Austrália sobre a plataforma continental. Havia um propósito e um pressuposto, revelados na passagem mencionada da Réplica. A Austrália de há muito que sustenta, na base da ideia de prolongamento natural, que o *Timor Through* — depressão geomorfológica profunda, que chega a atingir 3000 metros, localizada próximo da costa sul da ilha de Timor — separava duas plataformas continentais, pelo que não caberia sequer delimitação. Esta tese foi pela primeira vez formulada pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros australiano, através de declaração feita ao Parlamento em 30 de Outubro de 1970 (*Australian Yearbook of International Law*, 1970/73, pp. 145-146). A tese foi comprometida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e pela evolução consuetudinária paralela, assinalada pela decisão proferida no caso *Líbia/Malta*. Acontecia que o Acordo do *Timor Gap*, entre a Austrália e a Indonésia, criava uma Zona de Cooperação dividida em três áreas. As áreas B e C eram exploradas respectivamente pela Austrália e pela Indonésia, com participações nas receitas do outro Estado. A Área A era uma

Na mais completa obra hoje disponível sobre delimitação marítima ⁽⁶⁹⁾, Marques Antunes acolhe o entendimento de que a sobreposição de títulos se traduz num concurso de direitos, citando uma versão anterior e reservada do presente artigo ⁽⁷⁰⁾.

Sublinho que se trata de *concurso com colisão*.

26. Resta saber qual a utilidade da ideia de colisão de direitos aplicada aos espaços marítimos.

Construções conceptuais nunca servem para produzir soluções jurídicas — é o legado da crítica da jurisprudência dos conceitos. Servem ou para sistematizar resultados ou para esclarecer o modo de colocar as questões. No caso, é a última a principal utilidade da noção de colisão de direitos referida à sobreposição de títulos sobre espaços marítimos.

No que toca propriamente a critérios e métodos de delimitação, aquela apenas mostra que se torna necessária alguma justiça distributiva — relativamente

área de exploração comum (com receitas a 50%-50%). Ora, a Área A ultrapassava, embora em pouco, as 200 milhas contadas das linhas de base australianas. O que Portugal afirmava era que, além de desrespeitar o direito de autodeterminação do povo de Timor-Leste, tratando-o como coisa diferente de um território não autónomo, e os poderes da Potência Administrante, excluindo qualquer negociação com Portugal, a Austrália se apropriava, sem autorização da Potência Administrante, de recursos a que não tinha sequer título. Por isso, o concurso de direitos foi limitado às 200 milhas, embora, se se entender que o título sobre aquilo a que o juiz Oda chamou a “plataforma externa” corresponde a direito consuetudinário, houvesse concurso de direitos para além daqueles limites. Simplesmente, aí a colisão era resolvida em abstracto, por prevalência do direito do Estado em cujas 200 milhas a área se situasse. Sobre este ponto, *infra*, n.º 28. Acerca do caso de *Timor-Leste*, vide Miguel Galvão Teles, “Timor Leste”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º Suplemento, 2000, pp. 617 ss.

⁽⁶⁹⁾ Nuno Marques Antunes, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation — Legal and Technical Aspects of a Political Process*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

⁽⁷⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 138. Assinale-se que Marques Antunes, referindo os estudos de Esser, Dworkin e Alexy, concebe ainda a delimitação marítima como resolução de uma *colisão de princípios* — o princípio do “zonamento marítimo” (*maritime zoning*), que é, no fundo, um princípio de proximidade ou maior proximidade, e o “princípio de equidade” (*ob. cit.*, pp. 184 ss.). Por mim, tenho dúvida de que a equidade se contraponha à proximidade e não seja antes um “padrão” (uso a palavra a fim de evitar compromissos) para seleccionar e ponderar princípios ou critérios — proximidade, relação com a direcção das costas, igualdade dos Estados, proporcionalidade, partilha de recursos... Também tenho reserva à equidistância como método de aplicação de um princípio ou critério de proximidade, por se basear num número muito restrito de pontos nas costas. Mas faltam-me conhecimentos de geometria para formular um método alternativo, baseado numa distância ponderada referida a todos os pontos das costas (ou das partes das costas que hajam de ser tidas por relevantes). Julgo que, na identificação dos princípios, Marques Antunes prestou tributo excessivo a Prosper Weil. Mais importante é assinalar que a colisão de princípios de que fala Marques Antunes não constitui, diferentemente do que acontece no domínio dos direitos fundamentais, uma colisão de princípios atributivos de direitos e, por conseguinte, não é uma colisão de prin-

à qual o Tribunal Internacional de Justiça tem afirmado relutância ⁽⁷¹⁾, mas que quase sempre tem “empiricamente” praticado. Resta saber justiça distributiva em razão de quê.

A serventia da noção de colisão de direitos como caracterização da “sobreposição de títulos” sobre espaços marítimos revela-se sobretudo no enquadramento de situações independentes de delimitação ou a ela prévias, assim como da função daquela.

27. Temos hoje, tanto no Direito Internacional consuetudinário geral, como no âmbito da CNUDM, quatro tipos de direitos dos Estados sobre espaços marítimos: os direitos relativos ao mar territorial, à zona contígua, à zona económica exclusiva e à plataforma continental ⁽⁷²⁾. A discriminação faz-se em parte segundo o objecto — o direito sobre o mar territorial abrange águas, solo, subsolo e espaço aéreo, os direitos referentes à zona contígua e à ZEE reportam-se a águas (com uma particularidade, que adiante se referirá, quanto à ZEE) e os direitos sobre a plataforma continental respeitam a solo e a subsolo; e em parte segundo a localização do mesmo objecto relativamente ao território terrestre de cada Estado costeiro — o mar territorial tem a extensão fixada pelo Estado costeiro até um limite máximo de 12 milhas marítimas (cfr. art. 3 da CNUDM), a zona contígua situa-se após o mar territorial e tem a extensão que o Estado costeiro fixar, até um limite máximo de 24 milhas contadas das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial (cfr. art. 33 da CNUDM), a ZEE segue-se igualmente ao mar territorial e possui a extensão que o Estado fixar até um limite máximo de 200 milhas contadas das linhas de base (cfr. arts. 55 e 57 da CNUDM) e, por fim, a plataforma continental segue-se também ao mar territorial, estendendo-se até as 200 milhas contadas das linhas de base (cfr. art. 76, n.º 1, da CNUDM), podendo, ao menos no âmbito da CNUDM, prolongar-se para além delas, nos pressupostos, termos e condições fixados nos n.ºs 2 a 8 do art. 76 ⁽⁷³⁾. Na plataforma continental é, por sua vez, possível discriminar o

cípios que gere colisão de direitos. Os direitos sobre espaços marítimos são, aliás, claramente atribuídos por regras — consuetudinárias e convencionais. Seria uma colisão de princípios autónoma, situada no plano da resolução de uma colisão de direitos.

⁽⁷¹⁾ Veja-se, a este propósito, a opinião individual do juiz Schwebel no caso de *Jan Mayen*, pp. 118 ss.

⁽⁷²⁾ Sobre o processo histórico da formação destes vários direitos ou de constituição dos espaços marítimos referidos como seu objecto, *vide*, Marques Guedes, *Direito do Mar*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 29 ss., 101 ss., 135 ss., 151 ss., e 179 ss.; e O’Connell, *The International Law of the Sea*, I, Clarendon P., Oxford, 1982, pp. 1 ss.

⁽⁷³⁾ Deixam-se aqui de lado aspectos particulares referentes às águas interiores (art. 8.º da CNUDM), aos Estados arquipélagos (arts. 46 a 53 da CNUDM) e aos rochedos que, por si próprios, não se prestem à habitação humana ou à vida económica (art. 121, n.º 3, da CNUDM).

direito do Estado costeiro até as 200 milhas (plataforma *interna*) e o direito para além delas (plataforma *externa*), se existir.

Os direitos dos Estados costeiros distinguem-se ainda pelo conteúdo. Assim, os direitos sobre o mar territorial correspondem a soberania territorial (cfr. CNUDM, art. 2). Os direitos referentes à zona contígua são de natureza policial, *lato sensu* (cfr. art. 33, n.º 1, da CNUDM). Por fim, os direitos respeitantes à ZEE e à plataforma continental são direitos delimitados por fins específicos e caracterizados, quanto à ZEE, como “direitos soberanos para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais” (CNUDM, art. 56, n.º 1, al. a)) e, quanto à plataforma continental, como “direitos soberanos para efeitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais” (CNUDM, art. 77, n.º 1).

28. Marques Antunes procurou fazer uma análise sistemática das eventuais relações de prevalência entre os direitos de dois ou mais Estados conforme a caracterização do espaço relativamente a cada um ⁽⁷⁴⁾.

A circunstância de os direitos sobre o mar territorial fazerem parte da soberania territorial justifica uma regra (embora com a possibilidade de um limite) de prevalência sobre quaisquer direitos de outra natureza de terceiros Estados. Tal regra é confirmada, conforme Marques Antunes sublinha, pela circunstância de as decisões jurisdicionais de delimitação sempre haverem respeitado as 12 milhas de mar territorial, mesmo de pequenas ilhas (assim aconteceu nas arbitragens franco-britânica de 1977, *Dubai/Sharjah*, de 1981, *Guiné/Guiné-Bissau*, quanto ao ilhéu de Alcatraz, e *Eritreia/Iemen*).

Também num conflito entre plataforma continental até as 200 milhas, de um Estado, e plataforma para lá das 200 milhas, de outro Estado, a prevalência dos direitos sobre a primeira se justifica. É certo que a sentença arbitral no caso das duas Guínés afirmou que entre as duas regras constantes do art. 76 da CNUDM para definição da plataforma continental não há prioridade, nem hierarquia ⁽⁷⁵⁾. Mas o art. 82 da CNUDM parece conceber os direitos dos Estados sobre a plataforma externa como direitos *diminuídos*, ao impor aos Estados que a explorem pagamentos ou contribuições em espécie aos demais Estados partes, através da Autoridade.

A prevalência dos direitos respeitante ao mar territorial sobre direitos de outros Estados relativos a outros espaços marítimos e dos direitos de um Estado a plataforma interna sobre os direitos de outro a plataforma externa funcionará sem reserva nas situações de costas opostas. Já no caso de costas contíguas se

⁽⁷⁴⁾ *Ob. cit.*, pp. 141-145. Na versão originária do presente texto tinha apenas considerado as relações entre direitos sobre mar territorial e direitos sobre outros espaços marítimos e direitos sobre plataforma *interna* e *externa*.

⁽⁷⁵⁾ Par. 116.

podem admitir limitações que resultem do peso particular das projecções frontais. Faz pouco sentido que, entre dois Estados, um com a costa ligeiramente “avançada” relativamente a outro, se opere uma inflexão lateral de direitos, como direitos prevalentes, do Estado com a costa “avançada”, em área que se situe a 12 milhas das suas linhas de base e a mais de 12 milhas das linhas de base do Estado com costa “recuada”.

29. Quanto à relação entre os direitos sobre outros espaços marítimos, tenho as maiores reservas a respeito da prevalência, afirmada por Marques Antunes, dos direitos relativos à zona contígua sobre os direitos respeitantes à ZEE e, segundo o autor, ainda à plataforma continental. Em primeiro lugar, a jurisprudência que o autor refere a propósito do mar territorial e que se indicou, se sempre respeitou as 12 milhas de águas territoriais (salvo quando a distância fosse inferior a 24 milhas, caso em que se verifica sobreposição de títulos quanto a essas águas), já nem sempre observou as 12 milhas subsequentes de zona contígua, face a títulos de outros Estados sobre ZEE (e, nas arbitragens *Guiné/Guiné Bissau e Eritreia — Iemen*, encontrava-se incluída a ZEE). Por outro lado, se não houver delimitação e sem prejuízo do que adiante se dirá, não se me afigura que o exercício dos poderes típicos dos direitos sobre a zona contígua e dos direitos relativos à ZEE seja inteiramente incompatível ou sequer dificilmente compatibilizável (muito menos no que toca aos direitos sobre a plataforma continental). A solução estará numa *harmonização prática*, por limitação recíproca dos direitos.

Situação semelhante ocorrerá se, em consequência de delimitações divergentes, um Estado tiver direitos exclusivos sobre uma certa área da coluna de água, a título de ZEE, e outros sobre o solo e subsolo subjacentes, a título de plataforma continental ⁽⁷⁶⁾.

Ainda aqui se tornará necessária uma *harmonização prática*, mediante limitação recíproca dos direitos.

30. Viu-se atrás que a *prevalência em abstracto* e a *harmonização prática*, mediante recíproca limitação, são dois dos modos possíveis de resolução de colisões de direitos. O tratamento da relação entre títulos e direitos respeitantes

⁽⁷⁶⁾ É sabido que, na III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, se estabeleceu viva controvérsia sobre se o instituto da plataforma continental deveria ou não ser absorvido no da ZEE (*vide Nordquist et al., United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, A Commentary*, III, Martinus Nijhoff, Dordrecht et al., 1993, pp. 491 ss.). O art. 56, n.º 1, (a), da CNUDM inclui, no objecto dos direitos sobre a ZEE, o leito e o sub-solo do mar. Mas o n.º 3 do mesmo art. 56 afirma que os direitos respeitantes ao leito e ao subsolo do mar serão exercidos nos termos da Parte VI, sobre a plataforma continental, o que foi entendido como significando a autonomia dos dois institutos.

tes aos vários espaços marítimos como colisões, totais ou parciais, de direitos permite integrar as situações e os modos de solução numa teoria geral.

31. Pense-se agora em situações de sobreposição de títulos da mesma natureza — sejam títulos respeitantes a ZEE ou a plataforma continental interna — sem que haja delimitação.

A ausência de delimitação não é, por si só, razão para que os Estados detentores dos títulos se abstenham de explorar os espaços em causa. Se não se absterem, é natural que se estabeleça entre eles um conflito. Normalmente esse conflito traduzir-se-á num *conflito de pretensões referidas a linhas diversas de delimitação* (77). Recorde-se que, no caso de *Jan Mayen*, o Tribunal Internacional de Justiça distinguiu da *zona de sobreposição de títulos* a *zona de sobreposição de pretensões* das partes (78). Esta última zona situava-se entre a linha de 200 milhas contadas da costa da Groenlândia e a linha mediana e tais linhas eram precisamente as linhas de delimitação pretendidas respectivamente pela Dinamarca e pela Noruega (o que significa que a Dinamarca, mas não a Noruega, reclamava uma delimitação que, sobre a ZEE e a plataforma interna, lhe atribuiria a integralidade do objecto do seu título).

Compreende-se que o conflito de pretensões respeite a zonas situadas entre linhas reclamadas de delimitação. Segundo o direito internacional, os direitos dos Estados são exclusivos. O modo próprio e final de resolver a situação decorrente da sobreposição de títulos é a delimitação, que “determinará” o âmbito de cada direito actual. É normal que as zonas de sobreposição de pretensões se situem no interior da zona de sobreposição de títulos — a não ser que haja diferendo quanto à própria definição destes. É normal é ainda que a área de sobreposição de pretensões seja mais restrita que a de sobreposição de títulos.

32. É óbvio que nada impede que os Estados resolvam os seus conflitos por modo diferente de uma delimitação. Podem fazê-lo, designadamente, através de acordos de exploração comum (79). Era o caso do (ilícito) Tratado do *Timor Gap*, entre a Austrália e a Indonésia (80). É ainda o caso do Tratado do *Mar de*

(77) Falo de linhas de delimitação para simplificar. Por vezes as pretensões dos Estados têm alguma margem de indeterminação e não se reportam a linhas precisas.

(78) *Supra*, n.º 10.

(79) Sobre a matéria, *vide*, em particular, David Ong, “Joint Development of Common Offshore Oil and Gas Deposits: “Mere” State Practice or Customary International Law?”, *American Journal of International Law*, 93-4 (1999), pp. 771 ss.

(80) O Tratado foi assinado em 11 de Dezembro de 1989 e constituiu a razão para a acção de responsabilidade internacional instaurada por Portugal contra a Austrália no Tribunal Internacional de Justiça (caso de *Timor Leste*). Pode ver-se o texto do Tratado em Charney e Alexander, *International Maritime Boundaries*, II, Martinus Nijhoff, Dordrecht *et al.*, 1993, pp. 1256 ss.

Timor, assinado entre Timor Leste e a Austrália em 20 de Maio de 2002 e subsequentemente ratificado ⁽⁸¹⁾.

Mas a própria definição das áreas de exploração conjunta tem por base as pretensões das partes quanto a delimitação, embora aquelas possam não abranger a totalidade da zona em litígio ⁽⁸²⁾. E as formas de exploração comum tendem a aparecer como soluções provisórias, ainda que de longo prazo, na pendência de uma delimitação ⁽⁸³⁾.

33. É pelo menos discutível que se possa afirmar, em caso de conflito de pretensões, e sem mais, um dever de abstenção de actuação na área em litígio — se bem que se mostre frequente, em tal situação, que a exploração não se inicie ou não prossiga. Obviamente, se houver jurisdição, seja nos termos do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, seja nos da CNUDM, um Estado pode requerer, a título de *medida provisória*, que o tribunal que esteja em jogo decrete a suspensão ou o não início de actividade (Estatuto do T.I.J., art. 44, CNUDM, art. 290). Mas aí tratar-se-á de medida de natureza processual.

Pode ainda falar-se de um dever dos Estados de negociarem de boa fé a delimitação marítima ⁽⁸⁴⁾. E os arts. 74, n.º 3, e 83, n.º 3, da CNUDM impõem aos

⁽⁸¹⁾ Publicado em *Australian Treaty Series* (www.austlii.edu.au/au/other/draft/special/etimor).

⁽⁸²⁾ É o que acontece com o Tratado do *Mar de Timor*. A “Área de Desenvolvimento Petrolífero Conjunto” é delimitada nos termos em que o era a Área A do Tratado do *Timor Gap*, situando-se entre a linha mediana e uma linha localizada a sul do *Timor Trough* (note-se, porém, que, enquanto no Tratado do *Timor Gap* havia uma repartição paritária de receitas e uma participação igualitária na administração, agora Timor Leste tem direito a 90% das receitas e prevalência na administração). Ora, quanto julgo, a Austrália continua a reclamar direitos sobre a plataforma continental até o *Timor Trough* — a norte do limite da Área — e não estou seguro de que Timor Leste não reclame direitos a sul da linha mediana. Por outro lado, os limites laterais da Área são definidos por linhas simplificadas de equidistância entre Timor Leste e a Indonésia, quando Timor Leste reclama, e justamente, limites mais alargados. Para a justificação da posição de Timor Leste neste aspecto, *vide* Marques Antunes, *ob. cit.*, pp. 351 ss. Anote-se que, em 1971 e 1972, a Indonésia e a Austrália acordaram nos limites frontais dos seus direitos sobre a plataforma continental nos mares de Arafura e de Timor, mediante uma linha que se encontrava muito mais próxima da costa sul da ilha de Timor do que da costa norte australiana. Tal linha encontra-se interrompida em frente do que era, ao tempo, Timor português, entre dois pontos (A16 e A17), onde se verificava (ou se supunha que se verificava) intersecção com linhas de equidistância entre Timor Leste e a Indonésia. O Acordo de 1972 não é, quanto aos pontos A16 e A17, oponível a Timor Leste e ele próprio, no art. 3.º, o reconhece. Mas é oponível pela Austrália à Indonésia e por Timor Leste a ambos os Estados, enquanto tratado entre eles. Daí que, a sul da linha de 1972, a questão dos limites laterais da plataforma continental se torne uma questão apenas entre Timor Leste e a Austrália. Os Acordos australo-indonésios de 1971 e 1972 podem ser consultados em Charney e Alexander, *ob. cit.*, II, pp. 1202-1205 e 1215-1218.

⁽⁸³⁾ Assim acontece com o Tratado do *Mar de Timor* — *cfr.* arts. 2 e 22.

⁽⁸⁴⁾ Acórdão no caso do *Golfo do Maine*, par. 87, p. 292, e par. 112, p. 299.

Estados partes a obrigação de, enquanto não acordarem numa delimitação (ou esta não for jurisdicionalmente determinada, o que sempre terá por base o consentimento dos Estados), procurarem acordos provisórios⁽⁸⁵⁾. Mas pode não haver acordo, nem definitivo, nem provisório (ou pode este não abranger toda a área em litígio). Pode, sobretudo, não existir, pelo menos de momento, consentimento recíproco dos Estados a jurisdição.

De uma perspectiva estritamente substantiva, o que é lícito a cada Estado fazer, em situação de sobreposição de títulos, sem delimitação? E, se esta sobrevier (designadamente por entretanto se verificar consentimento a jurisdição), *quid juris* quanto aos comportamentos a ela anteriores?

34. Se se considerar a situação à luz de uma teoria da colisão de direitos, mostra-se injustificado requerer a cada um dos Estados irrestrita abstenção de “exercício” no âmbito da colisão ou sequer no da sobreposição de pretensões (quanto a este, sem mais). É verdade que a solução foi, no que toca à colisão de direitos, adoptada, no direito interno, pelo § 98 da Parte introdutória do *Allgemeines Landrecht* prussiano⁽⁸⁶⁾. Todavia, não encontrou acolhimento nos únicos diplomas que contêm hoje normas gerais sobre colisão de direitos — o Código Civil português (art. 335.º) e o Código Civil de Macau (art. 327.º). E, quanto saiba, não é praticado em nenhum direito interno, independentemente da ausência de disposição expressa a respeito de colisão de direitos.

No quadro de uma doutrina de colisão de direitos, ambos os Estados têm *direitos potenciais* exclusivos sobre toda a zona de sobreposição de títulos. Haverá, sim, *indeterminação* quanto ao âmbito do *direito actual* de cada um dos Estados. De uma perspectiva anterior a delimitação, o padrão aplicável será o da *boa fé*. Uma vez que, conforme se viu, a “fixação” dos direitos actuais se efectua por delimitação, e que há “critérios” jurídicos, ainda que com uma vastíssima margem de indeterminação, para esta, a boa fé imporá que cada um dos Estados só actue com base em pretensões *razoáveis* quanto a delimitação, isto é, com base em *delimitações hipotéticas razoáveis*⁽⁸⁷⁾.

(85) O Tratado do *Mar de Timor* foi, de harmonia com o seu art. 2, expressamente concluído como acordo provisório nos termos da regra a que alude o art. 83, n.º 3, da CNUDM (a qual, para Timor Leste, que não é parte na CNUDM, valerá como regra consuetudinária).

(86) *Supra*, n.º 15.

(87) As coisas não têm sido facilitadas, no sentido de criar contenção por parte dos Estados, pelo modo como a jurisdição internacional, seja a do Tribunal Internacional de Justiça, seja a de tribunais arbitrais (não há ainda qualquer decisão sobre delimitação marítima proferida pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar), por vezes abordaram as questões de delimitação, deixando alguma noção de *compromisso* entre as posições das partes. Isso leva a que estas propendam a “maximizar” pretensões.

A noção de razoabilidade é, ela própria, altamente indeterminada. Mas não se encontra outra formulação possível para as exigências de boa fé referidas à actuação em colisão de direitos antes de delimitação.

Nesta base, poderá afirmar-se a *ilicitude* dos comportamentos dos Estados baseados em delimitações hipotéticas *desrazoáveis* (para além da ilicitude dos comportamentos que pressuporiam título inexistente ou subordinado, em abstracto, a outro). E talvez se possa falar de um dever de abstenção no âmbito de sobreposição de pretensões razoáveis.

35. *Quid juris* quanto aos comportamentos anteriores, se sobrevier delimitação?

Encontram-se neste momento pendentes, no Tribunal Internacional de Justiça, dois casos, ambos por iniciativa da Nicarágua: o caso da *Delimitação Marítima entre a Nicarágua e as Honduras no Mar das Caraíbas* (Nicarágua c. Honduras) e o caso do *Diferendo Territorial e Marítimo* (Nicarágua c. Colômbia). Deles apenas são públicas as petições (ambas, como é próprio, muito sumárias) ⁽⁸⁸⁾.

No processo contra as Honduras, a “*Nicarágua reserva-se o direito de pedir compensação por quaisquer recursos naturais que possam ter sido extraídos (extracted) ou que possam vir a ser extraídos no futuro a sul da linha de delimitação que vier a ser fixada pela decisão do Tribunal*” (par. 7).

O segundo processo é mais complexo, porque nele se encontra envolvido um litígio sobre território terrestre (soberania sobre várias ilhas, ilhéus e recifes) ⁽⁸⁹⁾, além de delimitação marítima. De qualquer modo, a Nicarágua reserva-se o direito de pedir compensação, por *enriquecimento sem causa*, pela posse colombiana, não só das ilhas em causa, como dos espaços marítimos a leste do meridiano de 82.º ⁽⁹⁰⁾; e ainda compensação por interferência com navios de pesca de nacionalidade nicaraguense ou licenciados pela Nicarágua.

36. Prosper Weil viu, no desenvolvimento da jurisprudência desde os casos da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969) até o caso da *Plataforma Continental Líbia/Malta* (1985), a evolução de uma concepção *declarativa* para uma concepção *constitutiva* da delimitação marítima ⁽⁹¹⁾.

É preciso, porém, perguntar a que título se fala de declaração e constituição. Prosper Weil refere-se a uma concepção declarativa reportada à *declara-*

⁽⁸⁸⁾ www.icj-cij.org.

⁽⁸⁹⁾ A este respeito, a Nicarágua alega a invalidade do tratado Barcenás — Esguerra, assinado em Manágua em 24 de Março de 1928.

⁽⁹⁰⁾ Percebe-se da petição que a Colômbia reclama direitos sobre a plataforma continental e a ZEE a leste do referido meridiano.

⁽⁹¹⁾ *Ob. cit.*, pp. 43-46.

ção de um facto (ou de um estado de facto) *da natureza* — o prolongamento natural em sentido geológico ou geomorfológico⁽⁹²⁾. Nesse sentido, é manifesto que Prosper Weil tem razão.

Razão teria ainda se a oposição declaração-constituição se baseasse na intervenção ou não de conceitos indeterminados ou de conceitos valorativos. É indiscutível que o conceito de *solução equitativa*, a que se referem os arts. 74, n.º 1, e 83, n.º 1, da CNUDM e que é tido também como válido no âmbito do direito consuetudinário geral, se apresenta como um conceito valorativo altíssimamente indeterminado.

A delimitação (jurisdicional) possui ainda natureza constitutiva (ou, pelo menos, predominantemente constitutiva), se as coisas forem vistas da perspectiva de uma distinção entre sentenças declarativas (*stricto sensu*) e sentenças constitutivas⁽⁹³⁾. A sentença de delimitação produz um efeito jurídico, que é o de “estabelecer” o âmbito espacial dos direitos *actuais* dos Estados. E o que se diz a propósito de sentenças pode ser transposto para acordos de delimitação.

É tentador procurar, a propósito das sentenças de delimitação marítima, um paralelo, nos direitos internos, com as sentenças de *demarcação* de propriedades. E, no fundo, a ideia última do acórdão sobre os casos da *Plataforma Continental do Mar do Norte* era conceber a delimitação como demarcação. O que atrás se disse sobre concurso e colisão de direitos mostra que a demarcação não se reporta sequer a um concurso de direitos, mas a um simples conflito de pretensões. Os direitos são tidos como delimitados *ab origine*⁽⁹⁴⁾. Ao invés, os direitos dos Estados sobre espaços marítimos, em caso de sobreposição de títulos, são direitos não só em concurso como em colisão.

37. A análise das práticas internas em matéria de colisão de direitos introduz, porém, um factor de reflexão.

Quando, por exemplo, se pergunta, num determinado caso de imputação pela imprensa de factos desonrosos a uma pessoa, se, numa ponderação em concreto de bens constitucionais, é a liberdade de imprensa ou o direito ao bom nome e reputação que deve prevalecer, formula-se uma questão cuja solução serve para decidir se a referida imputação correspondeu ou não, *no passado*, à

⁽⁹²⁾ *Ibidem*.

⁽⁹³⁾ Veja-se, a título de mero exemplo, o Código de Processo Civil português, art. 4.º, n.º 2 (que refere a distinção às acções). Note-se que todas as sentenças constitutivas incluem um elemento de apreciação ou mera declaração, que faz caso julgado: pelo menos a declaração do direito a produzir ou a possibilidade de produção do efeito jurídico.

⁽⁹⁴⁾ O Supremo Tribunal de Justiça português disse que a acção de demarcação é “*uma acção de acerto ou de declaração da extensão de propriedade*” (Acórdão de 21 de Janeiro de 2003, www.dgsi.pt).

prática de um *acto ilícito* e se quem fez a imputação (ou, porventura, também o director da publicação em causa) deve ou não reparar o dano causado àquele cujo bom nome foi ofendido (suponha-se, para simplificar, que está em causa mera responsabilidade civil). Ora, também a ponderação de bens constitucionais se efectua com recurso a conceitos valorativos altíssimamente indeterminados, como o de bem que, nas circunstâncias do caso, mereça maior protecção e o de proporcionalidade ⁽⁹⁵⁾. Isso não obsta à condenação por facto anterior à decisão, assente no pressuposto de que (salvo causas de exclusão de culpabilidade) ao autor do acto era exigível que tivesse feito o juízo que o tribunal faz.

Não deverá efectuar-se um raciocínio semelhante quanto aos comportamentos dos Estados, em particular os relativos a exploração de recursos, anteriores à delimitação?

38. É o momento de introduzir o tema da função da delimitação marítima.

Aquilo a que chamei a tese alemã tinha alguma razão ao aproximar a delimitação da divisão da coisa comum, quando, nos direitos internos, a mesma puder ser feita por “conversão” de direitos em contitularidade ou comunhão em direitos singulares sobre partes de objecto antes indiviso ⁽⁹⁶⁾. A semelhança reside em que, numa situação de concurso de direitos sobre o mesmo objecto, cada direito se “converte” em direito exclusivo a parte do objecto. A primeira diferença, já assinalada, consiste em que, antes de delimitação de espaços marítimos, o concurso de direitos é um *concurso com colisão*. Segue-se que, enquanto a divisão de coisa comum implica uma modificação de cada um dos direitos, a *delimitação resolve uma colisão de direitos*, sem modificar os direitos pré-existentes. Apenas amputa, no objecto, cada um dos direitos potenciais, ficando os direitos actuais em situação de não colisão.

A segunda diferença traduz-se em que, ao contrário do que acontece na contitularidade ou na comunhão, *não há, nos direitos sobre espaços marítimos em colisão, relação quantitativa determinada*. Daí as dificuldades que rodeiam a delimitação.

Enquanto modo de resolução de uma colisão de direitos, a delimitação marítima introduz uma novidade no quadro daquela figura. Consiste em representar um *modo de resolução geral de uma colisão através de acto jurídico* (individual e concreto). Nos direitos internos e porventura noutros domínios do direito internacional, a colisão de direitos ou é resolvida em abstracto ou é apreciada a propósito de actos específicos de exercício de um direito potencial,

⁽⁹⁵⁾ Vide, por todos, Jorge dos Reis Novais, *ob. cit.*, pp. 639 ss.

⁽⁹⁶⁾ Vide, a título de exemplo, os arts. 1052.º a 1057.º do Código de Processo Civil português.

que se pergunta se o são ou não de um direito actual. Na primeira hipótese (seja, por exemplo, o caso de rateio como solução de conflito entre direitos de preferência) não há ponderação subsequente a efectuar. Na segunda, cada decisão nada diz quanto a saber se outros actos de exercício do mesmo direito potencial representam ou não exercício de um direito actual. Ao invés, o acto de delimitação marítima, no âmbito em que intervenha, fixa a extensão dos direitos actuais, resolvendo de modo genérico, *hoc sensu*, a colisão.

39. Pode assim perguntar-se se a questão que atrás se pôs, relativa à avaliação dos actos anteriores dos Estados à luz da delimitação que venha a ser efectuada, não corresponde antes a uma questão de *efeito retroactivo* desta.

Deixo o ponto em aberto — como deixo genericamente em aberto a questão de saber se a delimitação deve ou não ser o padrão de avaliação de actos precedentes dos Estados. Qualquer que seja a formulação teórica, haverá que esperar pela decisão dos casos atrás referidos — especialmente pela do caso Nicarágua/Honduras —, se o Tribunal Internacional de Justiça se chegar a pronunciar sobre a matéria.

Certo é, em meu juízo, que o modo de resolução de colisões de direitos nos direitos internos confere pelo menos alguma legitimidade à ideia de apreciar os actos precedentes à luz da delimitação que vier a ser efectuada, desde que, ao tempo desses actos, se encontrassem em vigor as normas na base das quais se procedeu à delimitação. E certo é, igualmente, que, segundo creio, o problema será pelo menos também de responsabilidade internacional do Estado.

40. A caracterização das situações correspondentes à sobreposição de títulos sobre espaços marítimos como colisão de direitos permite inseri-las num quadro mais amplo, com o resultado clarificador que daí advém. Mas permite igualmente trazer contribuições à teoria geral da colisão de direitos. As ordens jurídicas nacionais não conhecem, pelo menos nos termos em que surge no direito internacional do mar, a figura de uma colisão de direitos iguais exclusivos sobre um mesmo objecto, nem um modo de resolução genérica do conflito por amputação de parte do objecto de cada um dos direitos potenciais através de acto jurídico (individual e concreto).