





**MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS**

**ANUÁRIO PORTUGUÊS  
DE DIREITO INTERNACIONAL  
2014-2015**



**LISBOA  
2016**

**TÍTULO**

ANUÁRIO PORTUGUÊS DE DIREITO INTERNACIONAL - 2014-2015

**CONSELHO EDITORIAL**

RITA FADEN

SUZANA VAZ PATTO

JOSÉ FREITAS FERRAZ

DORA MARTINS

JORGE CORREIA

MATEUS KOWALSKI

**EDIÇÃO**

INSTITUTO DIPLOMÁTICO /

MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS

**DESIGN DA CAPA**

GRÁFICOS À LAPA, LDA

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

EUROPRESS - INDÚSTRIA GRÁFICA, LDA.

**ISBN**

978-972-9245-93-0

**DEPÓSITO LEGAL**

333923/11

**TIRAGEM**

500 exemplares

**PREÇO**

10 euros

**MARÇO 2016**

## ÍNDICE

Prefácio .....	11
Agradecimentos .....	13
Lista de autores .....	15

### I. DOUTRINA

1. Diálogo doutrinal: “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional” .....	21
i. Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional ( <i>Maria de Assunção do Vale Pereira</i> ) .....	23
ii. A Questão da Personalidade Jurídica dos Insurgentes nos Conflitos Internos em Curso ( <i>Manuel de Almeida Ribeiro</i> ) .....	35
iii. Comentário a “A Questão da Personalidade Jurídica dos Insurgentes nos Conflitos Internos em Curso” por Manuel de Almeida Ribeiro ( <i>Maria de Assunção do Vale Pereira</i> ) .....	45

iv. Comentário a “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional” por Maria de Assunção do Vale Pereira ( <i>Manuel de Almeida Ribeiro</i> ) ..	49
2. Análise e Perspetivas sobre temas de Direito Internacional .....	55
2.1 Dossier I:	
“ <i>As Ilhas e Rochedos no Direito do Mar</i> ” .....	57
i. Nota introdutória - “ <i>As Ilhas e Rochedos no Direito do Mar</i> ” ( <i>Sérgio Carvalho e Mateus Kowalski</i> ) .....	57
ii. A Delimitação dos Espaços Marítimos das Ilhas e dos Rochedos ( <i>Aldino Santos de Campos e Paulo Neves Coelho</i> ) .....	65
iii. Joint development zones from islands and other features ( <i>Vasco Becker-Weinberg</i> ) .....	91
iv. Ilhas Selvagens – da afirmação da soberania lusa ao cumprimento dos requisitos previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 ( <i>Pedro Quartin Graça</i> ) .....	107
2.2 Dossier II:	
“ <i>Responsabilidade Internacional dos Estados</i> ” - - Intervenções nos dois eventos realizados nas Nações Unidas sobre a temática em 2015 .....	127
i. Responsibility of States: State of Play and the way forward (Part II) – 15 June 2015 – – United Nations ( <i>Miguel de Serpa Soares</i> ) .....	127
ii. Responsibility of States: Which Way Forward? - - 15 June 2015 – United Nations ( <i>Laurence Boisson de Chazournes</i> ) .....	131
iii. Panel on State Responsibility – 15 June 2015 – – United Nations ( <i>André Nollkaemper</i> ) .....	139

iv. Responsibility of States: state of play and the way forward - 15 June 2015 – United Nations ( <i>August Reinisch</i> ) .....	147
v. Panel on “Responsibility of States: state of play and way forward” (Part III) - 4 November 2015 – United Nations ( <i>Patricia Galvão Teles</i> ) .....	151

### 2.3 Acção externa:

i. Discursos de Portugal na Assembleia Geral das Nações Unidas na 69ª Sessão (6ª Comissão) .....	159
ii. Discursos de Portugal na Assembleia Geral das Nações Unidas na 70ª Sessão (6ª Comissão) .....	175
iii. Discurso de Portugal na 13ª Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional .....	189
iv. Discurso de Portugal na 14ª Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional .....	193
v. Discurso de Portugal na 32ª Conferência International da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho .....	197

### 3. Extra Dossier

i. UN70 - Contributions of the United Nations to the Development of International Law ( <i>Miguel de Serpa Soares</i> ) .....	201
ii. The work of the International Law Commission (ILC) in the Present Quinquennium (2012-2016) and Possible Future Topics: How to Remain Relevant in the 21st Century ( <i>Patricia Galvão Teles</i> ) .....	215

## II. JURISPRUDÊNCIA

1. A duração dos processos nos tribunais portugueses e o prévio esgotamento dos meios internos com vista à apresentação de queixa no TEDH (acórdão de 29 de outubro de 2015, proferido no caso Valada Neves c. Portugal) (Maria de Fátima Carvalho) .....	227
2. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Lista de casos em 2014 e 2015 .....	231
3. Jurisprudência anotada dos tribunais da União Europeia sobre Casos Portugueses (Coordenação - Francisco Pereira Coutinho) .....	235
i. O Tribunal de Justiça e o “Memorando da Troika” - Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 26 de junho de 2014, “Fidelidade Mundial”, C-264/12, e ao despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 21 de outubro de 2014, “Via Directa”, C-665/13 ( <i>Francisco Pereira Coutinho</i> ) .....	245
ii. Anotação ao acórdão C-509/12 do TJUE (IPTM) relativo à proibição de discriminação com base na residência no âmbito da regulação sobre a livre prestação de serviços ( <i>Martinho Lucas Pires</i> ) .....	261
iii. Da relevância da data de propositura da ação de insolvência do empregador para a tutela dos créditos salariais por parte do Fundo de Garantia Salarial - Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção), 10 de abril de 2014, no processo C 511/12 ( <i>João Zenha Martins</i> ) .....	271
iv. A Proibição de Participação Privada numa Entidade Adjudicatária Seleccionada ao abrigo de uma Relação <i>In House</i> ( <i>Anotação ao Acórdão     do Tribunal de Justiça da União Europeia     [Quinta Secção] de 19 de junho de 2014</i> ) .....	



	<i>[Processo C-574/12 – Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH c. Eurest] (Pedro Fernández Sánchez)</i> .....	281
v.	Processos por incumprimento e poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça da União Europeia - Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 25 de junho de 2014, <i>Comissão Europeia c. Portugal</i> , proc. C-76/13 ( <i>Miguel Sousa Ferro</i> ) .....	301
vi.	Comentário ao acórdão “Fazenda Pública contra Banco Mais, SA” de 10 de julho de 2014, Proc. C 183/13: O pro rata em casos de distorção significativa na determinação do montante de imposto devido – ( <i>José Maria Montenegro</i> ) .....	313
vii.	A Expetativa de Aplicação de Coima como Parte do Conceito de Património Passivo para Efeitos de Fusão de Sociedades - Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-343/13, “Modelo Continente Hipermercados SA contra Autoridade para as Condições de Trabalho — Centro Local do Lis” – ( <i>Maria Ana Barata e António Garcia Rolo</i> ) .....	325
viii.	Os Tribunais Arbitrais e o Reenvio Prejudicial (Anotação ao despacho do Tribunal d e Justiça (Oitava Secção) de 13 de fevereiro de 2014, “Merck Canada Inc.”, C-555/13, e ao acórdão do Tribunal de Justiça - (Segunda Secção) de 12 de junho de 2014, “Ascendi”, C-377/13) – ( <i>Francisco Pereira Coutinho</i> ) .....	337
ix.	Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça, proc. C-601/13, <i>Ambisig - A experiência conta...! como critério de adjudicação em contratação pública</i> ( <i>Ricardo Pedro</i> ) .....	355
x.	Auxílios estatais de emergência sob a forma de garantias: O caso Banco Privado Português Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 5 de março de 2015, <i>Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português</i> , processo C-667/13 ( <i>Luís do Nascimento Ferreira</i> ) .....	377

xi. A obrigação de reenvio: CILFIT revisitado - Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de setembro de 2015, <i>João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português</i> , proc. C-160/14 ( <i>Matej Accetto</i> ) .....	397
xii. Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (10. <sup>a</sup> Secção) de 16 de julho de 2015 Processo n.º C-507/14 ( <i>Joana Covelo de Abreu</i> ) .....	413
xiii. Interpretação do conceito de comunicação ao público de obras protegidas por direitos autorais (Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 14 de julho de 2015, “Sociedade Portuguesa de Autores CRL contra Ministério Público, Carlos Manuel Prata Pereira Sá Meneses, Sandra Carla Ferreira Cardoso e Douros Bar Lda.”, proc. C-151/15 ( <i>Maria Mineiro</i> ) .....	429

### III. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

1. Convenções Bilaterais .....	439
2. Convenções Multilaterais .....	481

IV. BIBLIOGRAFIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL .....	521
--	-----

## **PREFÁCIO**

É com muito gosto que constato o crescente envolvimento na elaboração do Anuário Português de Direito Internacional de personalidades ligadas tanto à Academia como a outros sectores de atividade com responsabilidades na formulação e aplicação no quotidiano do Direito Internacional bem como a continuada colaboração dos diversos Serviços do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

A presente edição do Anuário Português de Direito Internacional, uma edição bienal relativa aos anos 2014-2015, pretende colmatar o hiato temporal entre publicações dando assim resposta à necessidade de acesso e à procura crescente pela prática atualizada do Estado no domínio do Direito Internacional.

Nesta edição, procurou-se manter a estrutura anteriormente definida. Nessa perspetiva, foi dada continuidade ao espaço de “diálogo doutrinal”, em que dois especialistas são convidados ao exercício de comentário ao texto um do outro, sobre um tema de Direito Internacional. Nesta edição esse tema recai sobre “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional”. A participação de atores não-estaduais em conflitos armados é, infelizmente, uma realidade cada vez mais presente, dado o incremento significativo, nas últimas décadas, das guerras civis e dos conflitos assimétricos e também pelas características dos conflitos que marcam a atualidade, como a Síria e o Iraque, onde a atuação do não reconhecido auto-proclamado Estado Islâmico ou Daesh coloca novos desafios ao respeito pelo Direito Internacional Humanitário.

A presente edição conta ainda com dois dossiers temáticos. O primeiro recaiu sobre o tema “As Ilhas e Rochedos no Direito do Mar”, tema de

atualidade que tem naturalmente um grande impacto na nossa política externa, designadamente na questão das Ilhas Selvagens.

O segundo dossier temático versa igualmente um tema de importância real na política externa: a “Responsabilidade Internacional dos Estados”. Conta com as intervenções de especialistas em dois eventos que foram co-organizados por Portugal nas Nações Unidas em 2015. Desde 2001 que a Assembleia Geral das Nações Unidas, no seio da sua Sexta Comissão (Assuntos Jurídicos) tem debatido a possibilidade de adotar uma convenção internacional nesta matéria, tendo por base – à semelhança de outros processos de codificação de normas internacionais como as relações diplomáticas e consulares ou o direito dos tratados – um projeto de artigos preparado pela Comissão de Direito Internacional (CDI). O tema estará na agenda novamente no outono de 2016. Trata-se de um debate aguardado com grande expectativa, dada a importância central da questão da responsabilidade internacional dos Estados para o Direito Internacional.

É-me particularmente grato salientar que a edição deste ano conta com um artigo de Miguel de Serpa Soares<sup>1</sup>, sobre o contributo das Nações Unidas para o desenvolvimento do Direito Internacional Público, bem como uma análise dos trabalhos recentes da Comissão de Direito Internacional, da autoria da Professora Doutora Patrícia Galvão Teles. Assinalo também que a secção sobre Jurisprudência dos Tribunais Internacionais conta, para além da jurisprudência anotada sobre casos portugueses dos Tribunais da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com um artigo da Agente do Estado português no TEDH, Fátima Carvalho, sobre a duração dos processos nos tribunais portugueses e o prévio esgotamento dos meios internos com vista à apresentação de queixa no TEDH.

Cabe-me agradecer o trabalho e o empenho de todos os autores e colaboradores em mais uma edição de elevada qualidade. Ela contribui para a afirmação da presente publicação, à semelhança das suas congéneres de outros países, como uma obra de referência de documentação periódica dos desenvolvimentos relevantes em matéria de Direito Internacional e de uma reflexão doutrinal sobre os mesmos.

Augusto Santos Silva  
Ministro dos Negócios Estrangeiros

agosto 2016

---

<sup>1</sup> Subsecretário-Geral das Nações Unidas para os Assuntos Jurídicos e Conselheiro Jurídico

## **AGRADECIMENTOS**

Agradece-se à Senhora Secretária-Geral do Ministério dos Negócios Estrangeiros o seu empenho na continuação deste projeto, bem como a cooperação das diferentes Direções-Gerais do Ministério que participaram na recolha e tratamento de dados.

Agradece-se, igualmente, a todos os autores pelos seus contributos que em muito concorreram para a diversidade e qualidade que foi possível atingir nesta edição.



## LISTA DE AUTORES:

***Aldino Santos de Campos*** – Responsável pela Estrutura de Missão pela Extensão da Plataforma Continental entre outubro de 2013 e maio de 2016.

***André Nollkaemper*** – Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de Amesterdão. Membro do Tribunal Permanente de Arbitragem. Conselheiro jurídico (externo) do Ministério dos Negócios Estrangeiros da Holanda, Presidente da *European Society of International Law* Membro da *Royal Academy of Sciences of the Netherlands*.

***António Garcia Rolo*** – Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. LL.M. em Estudos Jurídicos Europeus pelo Colégio da Europa, Bruges. Advogado-Estagiário na Linklaters LLP, Sucursal em Portugal.

***August Reinisch*** – Professor de Direito Internacional na Universidade de Viena. Chefe de Divisão de Direito International e Relações Internacionais, Universidade de Viena.

***Francisco Pereira Coutinho*** – Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Membro do CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade.

***Joana Covelo de Abreu*** – Professora Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutora em Ciências Jurídicas Públicas.

***João Zenha Martins*** – Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

***José Maria Montenegro*** – Advogado Sénior na sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão / Instituto Politécnico do Porto

***Laurence Boisson de Chazournes*** – Professor de Direito Internacional da Universidade de Genebra.

***Luís do Nascimento Ferreira*** – Advogado na sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

***Manuel de Almeida Ribeiro*** – Professor Associado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa.

***Maria de Assunção do Vale Pereira*** – Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

***Maria Ana Barata*** – Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, Advogada-Estagiária na Linklaters LLP, sucursal em Portugal.

***Maria de Fátima da Graça Carvalho*** – Agente do Governo português junto do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

***Maria Mineiro*** – Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Técnica especialista no gabinete do Secretário de Estado da Cultura.

***Martinho Lucas Pires*** – Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

***Matej Accetto*** – Professor de Direito “Gulbenkian”, *Católica Global School of Law* / UCP (Lisbon).



**Mateus Kowalski** – Doutor em Política Internacional e Resolução de Conflitos; Mestre em Direito Internacional. Conselheiro Jurídico no United Nations Office of the Legal Counsel Investigador na Universidade Autónoma de Lisboa. Anterior conselheiro jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal.

**Miguel de Serpa Soares** – Subsecretário-Geral das Nações Unidas para os Assuntos Jurídicos e Conselheiro Jurídico.

**Miguel Sousa Ferro** – Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Europeia.

**Paulo Neves Coelho** – Investigador do Grupo de Direito do Mar do Centro Interdisciplinar de Investigação Marinha e Ambiental CIIMAR.

**Patrícia Galvão Teles** – Consultora Jurídica do Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal. Professora de Direito Internacional na Universidade Autónoma de Lisboa e Professora convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

**Pedro Fernández Sánchez** – Doutor em Direito. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Pedro Quartín Graça** – Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), DINÂMIA'CET, Lisboa, Portugal. Universidade do Porto UP, CIIMAR - Centro Interdisciplinar de Investigação Marinha e Ambiental, Porto, Portugal. Doutor em Políticas Públicas pelo ISCTE-IUL – Instituto Universitário de Lisboa. DEA em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade da Extremadura.

**Ricardo Pedro** – Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogado.

**Sérgio Alves de Carvalho** – Mestre em Estudos Europeus pelo Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Chefe de Divisão dos Assuntos do Mar, Assuntos Multilaterais Económicos e

Financeiros do Desenvolvimento, da Agricultura, da Saúde e do Trabalho,  
da Direção-Geral de Política Externa, Ministério dos Negócios Estrangeiros.

***Vasco Becker-Weinberg*** – Professor na Faculdade de Direito da  
Universidade Nova de Lisboa.

**I.**  
**DOUTRINA**



**1. Diálogo doutrinal: “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional”**



## **i. Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional**

Maria de Assunção do Vale Pereira

### **1. Apresentação do problema**

Tem personalidade jurídica internacional quem é sujeito de direito internacional. E a qualidade de sujeito de direito internacional é própria do ente individual ou coletivo a quem o direito internacional atribui a capacidade de ser titular de direitos e obrigações e de desencadear processos por si regulados (Lopes, 2003: 117).

Partindo da asserção corrente de que o Direito Internacional (DI) moderno surge a partir da Paz de Westfália<sup>2</sup>, podemos dizer que, à época, os Estados eram os sujeitos de direito internacional. Para além deles, apenas era incontestada a personalidade jurídica internacional da Santa Sé, a quem era reconhecido o direito de celebrar tratados, assim como de enviar e receber missões diplomáticas junto das, ou provenientes das, Coroas europeias<sup>3</sup>.

Todavia, pode considerar-se que “o paradigma ‘Westfaliano’ clássico do direito internacional está hoje largamente fora de moda e suplantado” (Christopher/ Lim, 1999: 1). Efetivamente, a partir do séc. XIX – e acentuando-se bastante no séc. XX – surge uma multiplicidade de entidades que atuam no plano internacional, cujo estatuto, à luz do DI, era no mínimo dúbio. Daí que se passe a verificar-se um recurso crescente à expressão “atores internacionais”, como forma de contornar essa questão.

Porém, determinar se os atores não estaduais que participam diretamente em conflitos armados são (ou não) sujeitos de DI tornou-se questão premente e complexa, mas decisiva, para apurar até que ponto o direito internacional reconhece direitos a esses atores e lhes impõe obrigações, permitindo que sejam responsabilizados por violação das

---

2 Asserção longe de incontestada (aspeto que não podemos tratar neste texto), embora não deixe de ser reconhecido por todos os internacionalistas o enorme impacto deste acontecimento na evolução deste ramo do Direito. Visões críticas da afirmação referida em Christopher/ Lim, 1999 e Elias, 1999.

3 “A personalidade internacional foi mantida pela Santa Sé sem interrupção desde o momento da criação das regras que regem as relações internacionais até à atualidade” (Arangio-Ruiz, 1996: 360).

mesmas<sup>4</sup>, porque “[s]em personalidade jurídica, essas entidades não existem face ao direito. Assim, não podem praticar o tipo de atos que seria reconhecido por esse sistema jurídico nem ser responsabilizadas pelo direito internacional” (Klabbers, 2005: 37). Vamos, por isso, analisar a questão em relação a alguns desses atores.

## **2. A qualidade de sujeitos de DI de alguns atores não-estaduais que atuam em conflitos armados**

### **2.1 Os Movimentos de Libertação Nacional (MLNs)**

Uma categoria de atores não estaduais que atua no contexto de conflitos armados é a dos MLNs. Sendo certo que o art. 1.º, n.º 4, do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra (I PA) veio integrar no conceito de conflito armado internacional, aqueles conflitos “(...) em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação (...)”<sup>5</sup>, não é menos certo que “da redação desta disposição resulta que, mais do que integrar novos tipos de conflitos nos conflitos internacionais, se especificam conflitos que já estariam contemplados nas próprias Convenções de Genebra e que agora se afirma estarem aí incluídos”<sup>6</sup> (Pereira, 2014: 87-88). E, nesse sentido, também a AG já aprovava resoluções em que considerava

---

4 Como foi reconhecido, a propósito de outros sujeitos de DI, pelo relator da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, Giorgio Gaja, ao afirmar que “a responsabilidade, nos termos do direito internacional, só pode existir para um sujeito de direito internacional” (Gaja 2003: 110, par. 15).

5 Sendo certo que das três situações de luta pela autodeterminação referidas (contra a dominação colonial, contra a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas), as duas primeiras podem ser tidas por ultrapassadas, continuando a ser atual a da luta contra a ocupação estrangeira, atendendo à ocupação, por Israel, dos territórios palestinos. Em 2004, o TIJ confirmou essa situação, afirmando: “os territórios situados entre a Linha Verde (linha de demarcação do armistício entre as forças israelitas e as forças árabes, estabelecida por acordo de 1949) e a antiga fronteira oriental da Palestina sob mandato foram ocupados por Israel em 1967 no decurso do conflito armado que opôs Israel à Jordânia. Segundo o direito internacional costumeiro, trata-se, portanto, de territórios ocupados nos quais Israel tinha a qualidade de potência ocupante. Os acontecimentos que sobrevieram desde então nesses territórios (...), em nada modificaram tal situação. O conjunto desses territórios (incluindo Jerusalém oriental) permanecem territórios ocupados e Israel conservou o estatuto de potência ocupante” (Advisory Opinion, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004 ICJ Report: 167, par. 78 – itálicos nossos).

6 Aliás, aquando da reunião da Conferência Diplomática que aprovou o I PA, uma das tendências que se verificou ia no sentido de que o art. 2.º comum às quatro Convenções de Genebra deveria ser interpretado de forma a cobrir as guerras de libertação dos povos, uma vez que “se elas não são interestaduais, elas são, segundo a ONU, internacionais; o termo “Potência” entende-se, portanto, abrangendo não apenas Estados, mas também entidades não estaduais que gozem do direito de autodeterminação” (Zimmermann, 1986: 47, par. 90).



aplicáveis as Convenções de Genebra de 1949 à luta desses povos pela autodeterminação<sup>7</sup>.

Como dissemos num outro trabalho, “[o] carácter internacional desta luta decorre do facto de o Movimento de Libertação Nacional (MLN), representativo dos interesses e aspirações legítimas de um povo à autodeterminação, deter um estatuto jurídico internacional equiparado, neste âmbito, ao do Estado, pelo que a luta que entre eles possa ser travada (...) será uma luta entre duas entidades com personalidade jurídica internacional<sup>8</sup>; e a permanência da potência colonizadora no território colonizado será vista como uma situação de ocupação<sup>9</sup>” (Pereira, 2014: 88-89). Além disso, alguns desses movimentos já têm sido admitidos como membros em organizações internacionais de carácter regional ou com um estatuto de observador junto das Nações Unidas<sup>10</sup>.

Portanto, como detentor de personalidade jurídica internacional, é-lhe aplicável um conjunto de normas jurídicas internacionais geradoras de direitos e obrigações, sendo certo que, no caso de participação ativa do MNL em conflito armado – como geralmente acontece –, esse conjunto de normas inclui as normas de direito internacional humanitário (DIH), pelo que poderá ser responsabilizado por violação grave das mesmas.

## **2.2 Os insurgentes, beligerantes e insurretos**

Em situações de insurgência, a distinção entre beligerantes e insurretos decorria sobretudo do facto de esses grupos terem, ou não, um controlo efetivo sobre parte do território em que lutavam e de serem, ou não, reconhecidos pelos Estados, quer pelo governo do Estado em que lutam, quer por Estados terceiros. No primeiro caso, o reconhecimento “cria uma nova situação jurídica. A relação entre o governo estabelecido e os

---

7 Ver, por todas, a resolução 3103 (XXVIII), de 12 de dezembro de 1973, em particular o par. 3.

8 E, nos termos da Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos as Relações de Amizade e de Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (resolução 2625 (XXV), da Assembleia Geral, de 24 de outubro de 1970), “o território de uma colónia ou um outro território não autónomo possui, em virtude da Carta, um estatuto separado e distinto do território do Estado que a administra; este estatuto separado e distinto em virtude da Carta mantém-se enquanto o povo da colónia ou do território não autónomo não exerce o seu direito à autodeterminação de acordo com a Carta e, em particular, com os seus fins e princípios”.

9 E nesse sentido tenha-se em conta o par. 1.º da resolução 1514 (XV), de 14 de dezembro de 1960, que, no contexto do direito dos povos à autodeterminação, o refere em relação a povos sujeitos ao domínio e exploração *estrangeiros* (cf. par. 1 – *itálico* nosso).

10 A título de exemplo, recorde-se as resoluções 3237 (XXIX), de 22 de novembro de 1974, e 31/152, de 20 de dezembro de 1976, que reconheceram esse estatuto à OLP (Organização de Libertação da Palestina) e à SWAPO (South West Africa’s People Organization), respetivamente.

insurgentes releva do estado de guerra que torna aplicável entre eles o conjunto do direito dos conflitos armados. O reconhecimento (...) limita-se a conferir aos insurgentes uma certa personalidade jurídica enquanto sujeitos de direitos e obrigações nos limites do direito da guerra” (Junod, 1986: 1345, par. 4345). Por outro lado, se o reconhecimento fosse feito por terceiros Estados, isso apenas tinha consequências nas relações entre o Estado que reconhecia e as partes do conflito, obrigando-o a uma posição de neutralidade<sup>11</sup>.

Porém, esta situação alterou-se e o reconhecimento da insurgência vem sendo abandonado em virtude de terem sido definidas normas que são necessariamente aplicáveis quando a luta atinge o nível de conflito armado. Nesse sentido, Clapham considera que “embora se mantenha a possibilidade teórica de os Estados concederem direitos e obrigações aos rebeldes, reconhecendo-os como insurgentes ou como beligerantes, faz mais sentido hoje simplesmente considerar os rebeldes (insurgentes não reconhecidos) como destinatários das obrigações internacionais estabelecidas no âmbito do direito humanitário internacional contemporâneo, especialmente as obrigações contidas no art. 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, no II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 1977, e no artigo 19 da Convenção da Haia sobre Bens Culturais, de 1954. (...) Hoje, o direito internacional impõe obrigações determinadas às partes num conflito armado interno, independentemente de qualquer reconhecimento concedido pelo Estado em que lutam ou por qualquer Estado terceiro” (Clapham, 2006: 492-493). Portanto, e na medida em que são destinatários diretos de normas de DI, devem ser reconhecidos como sujeitos de direito internacional e, consequentemente, suscetíveis de serem responsabilizados em caso de violação das mesmas.

## **2.3 Empresas militares privadas (EMPs)**

Apesar de não ser um fenómeno surgido apenas no pós-Guerra Fria, pode dizer-se que, a partir de então, se verifica um importante desenvolvimento daquilo que muitas vezes se designa por “privatização da guerra”; ou

---

<sup>11</sup> Se tivermos em conta que os conflitos armados internos só a partir das Convenções de Genebra de 1949 – através do art. 3.º que lhes é comum – passaram a ser internacionalmente regulados (dado que anteriormente as chamadas guerras civis caíam no âmbito do domínio reservado dos Estados), bem se percebe o carácter decisivo do reconhecimento para a atribuição de algum tipo de capacidade jurídica internacional aos insurgentes.

seja, o fenómeno da contratação, pelos Estados (mas não só), de empresas militares privadas<sup>12</sup> “para levar a cabo operações militares ou operações intrinsecamente associadas às funções militares [como interrogar detidos no contexto de conflitos armados], anteriormente realizadas exclusivamente por membros das suas forças armadas (o que conduziria à afirmação do princípio do monopólio estadual do uso da força)” (Pereira, 2014: 262)<sup>13</sup>.

Esta situação trouxe problemas novos no âmbito do DIH<sup>14</sup>, nomeadamente quanto ao estatuto dos agentes destas empresas que atuam em cenário de conflitos armados, o da sua possível responsabilização em caso de violações graves desses direitos, da possível responsabilização do Estado contratante por esse mesmos factos e ainda o da responsabilização das próprias EMP.

Em relação aos três primeiros problemas já nos pronunciámos em trabalhos anteriores<sup>15</sup>, considerando que o estatuto de combatente não assenta aos agentes das EMP, nem tão pouco o de mercenário, pelo que cairiam, por força do art. 50.º do I PA, na categoria de civis<sup>16</sup>. Obviamente, repugna-nos que caiam neste grupo pessoas que estão no terreno para combater e o fazem a título profissional, embora saibamos que não lhes será outorgada proteção devida aos civis uma vez que, nos termos do art. 51.º, n.º3, do I PA “[a]s pessoas civis gozam da protecção concedida pela presente secção, salvo se participarem directamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação”<sup>17</sup>. Apesar disso, cremos claramente recomendável a definição de um estatuto específico. Por outro lado,

---

12 Ou seja, “aquelas entidades que fornecem serviços de segurança armada como a atividade empresarial privada com fins lucrativos” (Kalidhass, 2014: 4).

13 Acerca das razões que conduziram a esta realidade, veja-se Pereira, 2014: 265-267 e bibliografia aí citada.

14 Problemas agravados pelo facto de “estes novos atores e as suas atividades não serem nem uniformes nem diretamente regulados pelas normas existentes de direito internacional” (Kalidhass, 2014: 5-6). Efetivamente, as suas atividades estão longe de ser uniformes se pensarmos que durante os conflitos e no pós conflitos desenvolvem tarefas muito diversificadas e que “para além de participarem em conflitos armados, se dedicam muitas vezes a atividades claramente ilícitas, como *inter alia* o tráfico de droga ou de pessoas, o terrorismo ou a pirataria” (Pereira, 2014: 264).

15 designadamente Pereira, 2014: 273-285.

16 Aí se determina que “a população civil compreende todas as pessoas civis”, e que é civil “toda a pessoa não pertencente a uma das categorias mencionadas pelo artigo 4º-A, alíneas 1), 2), 3) e 6), da III Convenção e pelo artigo 43 do presente Protocolo”. Portanto, define civil pela negativa (quem não é combatente é civil).

17 No mesmo sentido se pronunciou o Comité Internacional da Cruz Vermelha, afirmando: “a menos que façam parte das forças armadas de um Estado, trata-se de civis. Enquanto tais, não devem ser tomados por alvo. Todavia, se eles realizam atividades que se reconduzem a participar diretamente nas hostilidades, perdem essa proteção contra os ataques” (Comité International de la Croix-Rouge, 2006).

sustentamos que os agentes podem ser responsabilizados por violações graves do direito internacional humanitário uma vez que, se estão no terreno para levar a cabo operações militares, estão vinculados a “respeitar o direito humanitário em todas as circunstâncias”, pelo que, se violam as suas obrigações, devem ser responsabilizados<sup>18</sup>; e que o Estado contratante poderia ser responsabilizado por esses ilícitos que traduzem violações graves do DIH, na medida que entendemos que esses comportamentos lhe seriam imputáveis nos termos do art. 5.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Factos Internacionalmente Ilícitos, adotado pela resolução AG 56/83, de 28 de janeiro de 2002<sup>19</sup>. Portanto, falta-nos abordar a questão da eventual responsabilização da EMP cujos agentes cometeram ilícitos graves que se traduziram em violações graves do DIH, ou seja, em crimes de guerra.

Esta questão reveste grande interesse por várias razões: desde logo, poderá haver casos em que a estrutura organizacional da empresa torna difícil apurar a responsabilidade de um particular indivíduo; por outro lado, as vítimas ficariam mais protegidas quanto ao pagamento efetivo de indemnizações a que tivessem direito; por outro lado ainda, há que ter em conta que a pertença à EMP é também um fator que modela o comportamento dos agentes porque um indivíduo quando atua como membro de um grupo organizado (como é uma EMP) não atua normalmente por si mesmo, mas conforma-se aos padrões prevalecentes no grupo e está sujeito à autoridade do chefe do grupo, como foi dito, noutro contexto, pelo Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia (Caso n. IT-94-1-I, *Prosecutor v. Tadić*, **Appeals Chamber** Judgement of 15 July 1999, par. 120).

Cremos, com Kalidhass, que, se é verdade que tem havido alguma relutância em reconhecer a responsabilidade internacional destas empresas, “não há motivo em direito internacional para qualquer entidade, incluindo EMPs, fugir à responsabilidade por violação do direito internacional geral, e dos Direitos Humanos e direito humanitário, em particular” (Kalidhass, 2014: 16). Apesar daquela relutância, atente-

---

18 Nesse sentido, Clapham afirma que, “no contexto de conflitos armados, o abuso dos direitos humanos rapidamente se traduz em responsabilidade internacional criminal para os indivíduos em questão” e recorda que muitos desses indivíduos são nacionais de Estados partes no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de que, aliás, são igualmente parte vários Estados envolvidos em conflitos, concluindo que a perspectiva de um processo criminal perante um tribunal internacional pode constituir um incentivo para que as EMPs cumpram as Convenções de Genebra (Clapham, 2006: 517-518). Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, veja-se Lehnardt, 2008.

19 Sobre este aspeto, veja-se Pereira, 2015: 128-130.

se em que, já nos sécs. XVI e XVII, as Companhias das Índias Ocidentais (Holandesa, Britânica ou Francesa) exerciam poderes soberanos que lhes tinham sido delegados pelas Coroas respetivas; e em que atualmente há tratados internacionais que afirmam a possibilidade de responsabilização internacional de entidades desse tipo, como acontece com a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, cujo art. 10.º tem por epígrafe “Responsabilidade das pessoas jurídicas”.

Portanto, diremos que se admitimos que os indivíduos têm direitos e obrigações à luz do direito internacional, designadamente do DIH, e que, no caso dos agentes das EMPs, essas normas os vinculam quando atuam na qualidade de agentes da EMP que os contratou, teremos também de admitir que essa pessoa coletiva (a EMP) também tem a personalidade jurídica internacional, gozando de alguns desses direitos e podendo ser responsabilizada por violações das suas obrigações internacionais. E isso mesmo decorre do facto de a atuação das EMPs corresponder ao exercício de responsáveis prerrogativas de poder público que o Estado contratante as habilitou a exercer. E se entendemos que o Estado é responsável pelos factos ilícitos praticados ao abrigo dessa habilitação, nos termos do supra referido art. 5.º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, é porque a EMP fica vinculada aos mesmos direitos e obrigações que impedem sobre as forças estatais quando são elas que atuam no contexto de um conflito armado.

Portanto, cremos que a EMP deve ser considerada sujeito de Direito Internacional no sentido que começamos por dar à expressão, em consequência de estar vinculada por normas de direito internacional; o que tem como corolário que deve ser responsabilizada no caso de se verificar uma violação grave dessas obrigações<sup>20</sup>, embora tenhamos consciência de que, nesse caso, só perante tribunais internos pode ser demandada, dada a falta de um tribunal internacional com jurisdição sobre ela<sup>21</sup>.

---

20 Nesse sentido se orientam vários autores, muitos dos quais sustentam mesmo a possibilidade da responsabilização criminal das EMPs. Nesse sentido, para além de algumas obras já referidas, veja-se v. g. Ryngaert, 2008.

21 Sendo certo que a questão da competência sobre pessoas coletivas foi debatida nas negociações conducentes à aprovação do Estatuto de Roma do TPI, “como a competência do Tribunal se baseia no princípio da complementaridade e os sistemas jurídicos criminais nacionais variam no seu entendimento quanto à responsabilidade criminal de pessoas coletivas, foi impossível chegar a um consenso” (Lehnardt, 2008: 1033).

## **2.4 Breve referência às forças das Nações Unidas e de outras Organizações Internacionais**

A personalidade jurídica internacional das organizações internacionais está hoje bem afirmada<sup>22</sup>. Estando esta questão esclarecida, foram suscitadas dúvidas acerca da aplicabilidade do DIH às forças das Nações Unidas que atuam no contexto de conflitos armados, o que levou o então Secretário-Geral da Organização, Kofi Annan, a emitir, em 1999, uma circular relativa ao *Respeito do Direito Internacional Humanitário pelas Forças das Nações Unidas*, em que esclarece que “os princípios e regras fundamentais do Direito Internacional Humanitário enunciados na presente circular são aplicáveis às forças das Nações Unidas desde que, em situação de conflito armado, participem ativamente nos combates, nos limites e durante a sua participação” (ST/SGB/1999/13, Secção 1, 1.1). E o mesmo se deve dizer em relação às demais organizações internacionais.

Portanto, caso se verifiquem graves violações do DIH por parte destas forças, a ONU (ou outra OI, se for o caso) deverá ser responsabilizada. E a verdade é que as Nações Unidas têm aceitado essa responsabilidade mas “apenas pelas forças que atuam sob seu comando e controle e não pelos atos de tropas parte de coligações agindo sob mandato do Conselho de Segurança e sob controlo direto dos Estados contribuidores” (Kalidhass, 2014: 15), o que nos parece consentâneo com as regras de imputação de comportamentos à organização decorrentes do Projeto de artigos sobre a responsabilidade das organizações internacionais, adotado pela Comissão de Direito Internacional, na sua 63.<sup>a</sup> sessão, em 2011, nomeadamente do seu art. 6.<sup>o</sup> que considera atribuíveis à organização internacional os comportamento dos seus órgãos ou agentes.

### **A título de conclusão**

Apesar das resistências com que ainda nos deparamos no reconhecimento da personalidade jurídica internacional de alguns dos atores a que nos referimos, cremos que tanto a doutrina como organismos internacionais e mesmo o direito internacional se orientam no sentido desse reconhecimento. Efetivamente, acabamos por concluir que os

---

22 Depois de, em 1949, o TIJ ter reconhecido a personalidade jurídica da ONU (Reparation for Injuries in the Service of the United Nations (advisory opinion), 1949 ICJ Reports: 179), em 1980 viria a afirmá-lo em relação às organizações internacionais, em termos gerais (Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt (advisory opinion), 1980 ICJ Reports: 90-91, par. 39).

mesmos são destinatários de normas de DI que lhe reconhecem direitos e impõem obrigações.

Em nosso entender, deve caminhar-se nesse sentido *inter alia* para se conseguir uma mais efetiva reparação das vítimas de violações graves do DIH. E, se o reconhecimento da sua personalidade jurídica internacional implica a possibilidade da sua responsabilização, seria bom que se evoluísse no sentido de criar jurisdições internacionais capazes de as julgar pois o panorama atual nesta matéria é desolador<sup>23</sup>, constatando-se uma evidente falta de vontade de chamar à justiça os infratores, muitas vezes com aproveitamento das dúvidas existentes quanto ao seu estatuto. Basta recordar que, em relação ao escândalo de Abu Ghraib, alguns oficiais do exército foram sujeitos a tribunal marcial e condenados a prisão, enquanto não foi deduzida qualquer acusação contra algum dos membros da EMP nele envolvidos; ou que apenas em relação ao tristemente célebre tiroteio mortal da praça Nisur, em Bagdad, em 2007, se verificou o julgamento e condenação de quatro agentes da Blackwater (Apuzzo, 2014). ... Embora seja nossa convicção que este “zelo” se deveu menos a uma vontade genuína de punir os infratores do que à necessidade de acalmar a revolta manifestada na opinião pública ...<sup>24</sup>

### **Bibliografia:**

Apuzzo, Matt (2014). “Blackwater Guards Found Guilty in 2007 Iraq Killings”, *New York Times*, Oct. 22.

Arangio-Ruiz, Gaetano (1996), “On the Nature of the International Personality of the Holy See”, *Revue Belge de Droit International*, 355-369.

Clapham, Andrew (2006). “Human rights obligations of non-state actors in conflict situations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N.º 863, 491-523.

Comité International de la Croix-Rouge (2006). *Privatisation de*

---

23 Nesse sentido, a AG declarou-se “*extremamente preocupada* pela incidência das atividades de sociedades privadas de serviços de caráter militar ou de serviços de segurança sobre o exercício dos direitos do homem, em particular nas situações de conflito armado, e *nota que essas sociedades e o seu pessoal raramente prestam contas pelas violações dos direitos humanos que cometem*” (par. 7 da resolução 65/203, de 16 de março de 2011 – *italico* nosso).

24 Recorde-se que a grande consequência deste tiroteio para a EMP nela envolvida – a Blackwater – foi a mudança de nome para Xe, por decisão da empresa (The Associated Press, 2009).



la guerre. *Éclairage*, 23-05-2006, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/privatisation-war-230506.htm> (acesso em 20/02/2010).

Elias, Olufemi (1999). “Regionalism in International Law-Making and Westphalian Legacy”, *Renegotiating Westphalia: Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*, Christopher Harding /C.L. Lim (eds.), The Hague / London/Boston, Martinus Nijhoff, 25-43.

Gaja, Giorgio (2003). “First Report on Responsibility of International Organizations,” UN Document A/CN.4/532.

Harding, Christopher/ Lim, C.L. (1999). “The Significance of Westphalia: An Archaeology of the International Legal Order”, *Renegotiating Westphalia: Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*, Christopher Harding /C.L. Lim (eds.). The Hague /London/Boston, Martinus Nijhoff, 1-23.

Junod, Sylvie-Stoyanka (1986). «Introduction générale au Commentaire du Protocole II», Sandoz, Yves / Swinarski, Christophe / Zimmermann, Bruno (eds), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève: Comité international de la Croix Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, 1343-1360.

Kalidhass, P.R., (2014). “Determining the Status of Private Military Companies under International Law: A Quest to Solve Accountability Issues in Armed Conflicts”, *Amsterdam Law Forum*, vol. 6/2, 4-19.

Klabbers, Jan (2005). “The Concept of Legal Personality”, *Ius Gentium*, vol. 11, 35-66.

Lehnardt, Chia (2008). “Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 1015-1034.

Lopes, J. A. Azeredo (2003). *Entre Solidão e Intervencionismo. Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*, Porto: PUC.



Pereira, Maria de Assunção do Vale (2014). *Noções Fundamentais do Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora.

Pereira, Maria de Assunção do Vale (2015). “Alguns aspetos relativos à responsabilidade dos Estados por violação do Direito Internacional Humanitário”, *Anuário de Direito Internacional*, 2013, 125-142.

Ryngaert, Cedric (2008). “Litigating Abuses Committed by Private Military Companies”, *European Journal of International Law*, Vol. 19 No. 5, 1035-1053.

The Associated Press (2009). “Blackwater Changes Its Name to Xe”, *New York Times*, Feb. 13.

Zimmermann, Bruno (1986). «Protocole I – Article premier», Sandoz, Yves / Swinarski, Christophe / Zimmermann, Bruno (eds), *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève: Comité international de la Croix Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, 33-55.



## **ii. A Questão da Personalidade Jurídica dos Insurgentes nos Conflitos Internos em Curso**

Manuel de Almeida Ribeiro

### **1. Introdução**

A questão do reconhecimento a insurgentes de alguma forma de subjetividade internacional, os pressupostos desse reconhecimento e as suas consequências têm-se colocado em relação a conflitos internos desde o final do século XVIII. Como em relação a todas as questões internacionais, esta matéria deve ser analisada na perspectiva da prática internacional, da reflexão doutrinária e da influência maior ou menor desta na prática internacional posterior.

Recentemente as posições assumidas por alguns Estados face a conflitos internos, nomeadamente na Líbia e na Síria, impõem uma reflexão sobre esta questão.

Neste texto vamos procurar identificar primeiramente os traços essenciais da História e doutrina do Direito Internacional sobre esta questão e, de seguida, olhar para os casos recentes de intervenção estrangeira em conflitos internos, procurando concluir se as alterações que as características dessas intervenções e as posições assumidas por Estados terceiros em relação às partes em conflito se inscrevem no enquadramento jurídico-internacional existente sobre internacionalização de conflitos internos.

### **2. Conflitos internos e Direito Internacional**

Um movimento político que vise obter por meios violentos a secessão de parte do território ou a mudança do regime político de um Estado é geralmente tratado por este como uma associação criminosa, estando os autores dos atos de violência que sejam praticados com esses objetivos sujeitos exclusivamente à lei penal do Estado contra qual esses atos são dirigidos.

De um modo geral, os outros Estados tendem a hesitar em intrometerem-se em conflitos internos.

A não intervenção e o não reconhecimento de situações de beligerância interna permite aos Estados terceiros preservarem a liberdade de apoiarem, ou não, o regime que enfrenta a insurreição. Acresce que grande parte dos Estados contém no seu interior forças centrífugas que num

dado momento histórico podem estar adormecidas mas que a qualquer momento podem despertar. A prudência aconselha, assim, que não se contribua para a criação de precedentes que ameacem a estabilidade da ordem internacional.

Uma facilitação dos secessionismos teria ainda o inconveniente de poder provocar a fragmentação do mapa político mundial e mesmo a “balcanização” de alguns espaços geográficos. Mesmo em continentes como África, onde as fronteiras foram traçadas por acordo entre as potências imperiais, tendo apenas em conta as suas conveniências administrativas ou os resultados da negociação política, o princípio que prevaleceu foi o de fazer coincidir as fronteiras políticas pós-independência com as fronteiras administrativas anteriores. Trata-se da aplicação do *uti possidetis juris* repetidamente afirmada na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça.

Mesmo as situações em que é manifesta a desadequação das fronteiras e em que, por essa razão, se verificam anseios de autodeterminação amplamente justificados, o apoio internacional à expressão desses anseios é normalmente muito contido.

Salvo em situações de manifesta opressão de minorias étnicas, raciais ou religiosas, o Direito Internacional não contempla o apoio externo a movimentos de autodeterminação. Tal apoio é, aliás, qualificável como ingerência nos assuntos internos, que a ONU exclui da sua esfera de intervenção e que instrumentos internacionais posteriores como a Declaração sobre Princípios de Direito Internacional Relativos às Relações Amigáveis e à Cooperação entre Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas (Res. AGNU n.º 2615XXV) condenam.

Caso completamente diferente e que deve ser considerado à parte é o da autodeterminação dos povos coloniais, que constituiu uma das marcas mais relevantes da História da segunda metade do século XX, especialmente entre o final da II Guerra Mundial e o final da década de oitenta do século XX.

O apoio aos diferentes grupos que se designavam como “movimentos de libertação nacional” e que se formaram para lutar pela independência dos territórios em que as potências coloniais não se dispunham a concedê-la por meios pacíficos, constituiu um dos principais campos de confronto político e diplomático do “mundo dividido” entre os blocos capitalista e comunista, cuja oposição conferia ao “Terceiro Mundo” um papel de “fiel da balança” e, em consequência, uma força política e negocial claramente desproporcional às suas próprias realidades internas.

A descolonização é hoje um capítulo praticamente encerrado: os

impérios coloniais desmantelaram-se e a auto-determinação dos povos coloniais”, concretizou-se tal como o conceito foi formulado no âmbito da ONU e de algumas organizações regionais, pese embora as dificuldades de identificação grande parte dos “povos coloniais” e dos respetivos territórios.

No período em que esta matéria esteve na primeira linha das questões internacionais em aberto, o quadro internacional do apoio aos movimentos de libertação foi claramente diferenciado do aplicável a outros tipos de insurreição: aqui, o apoio internacional de todo o tipo aos rebeldes, incluindo o militar e o logístico era liberto de constrangimentos jurídico-internacionais e não se fazia depender o reconhecimento dos movimentos de libertação da detenção de alguma parte do território ou de qualquer requisito factual, o que, como referimos de seguida, contrasta com a prática associada a outros tipos de insurgência.

O reconhecimento de movimentos insurgentes tem decorrido historicamente da necessidade de Estados terceiros assegurarem a proteção dos seus cidadãos e interesses económicos nas áreas em conflito, sendo necessário que, para tanto, se estabeleçam relações com as autoridades que controlam os territórios em questão. Para o reconhecimento nessa limitada medida dos insurgentes, considera-se apenas como requisitos que estes detenham o controlo efetivo de uma parte do território e que o conflito se caracterize por um nível mínimo de intensidade e duração, não se restringindo a um conjunto de episódios esporádicos de violência.

Cabe aos Estados terceiros avaliarem não só a existência desses requisitos como as consequências do reconhecimento do estatuto de insurgente que, no plano das relações entre o insurgente e o Estado que o reconhece como tal, são muito limitadas.

Tal não implica, por exemplo, a possibilidade de fornecer apoio militar ao insurgente nem o reconhecimento aos seus agentes ou representantes de imunidades diplomáticas.

Durante o período que decorreu desde a Guerra da Independência dos Estados Unidos até à Guerra Civil de Espanha, a posição assumida pelos Estados terceiros face aos insurgentes e a reflexão doutrinária sobre essas experiências históricas e as condutas das partes envolvidas, foi dando origem a um corpo doutrinário que, embora não convergente em todos os aspetos, era razoavelmente concordante no que se refere aos pressupostos necessários para o reconhecimento de movimentos insurgentes e para o reconhecimento a estes do estatuto de beligerantes.

A Carta da ONU, ao delimitar no artigo 2.º § 7 o domínio reservado dos Estados inibe qualquer intervenção em conflitos internos quer por Estados,

quer pela própria Organização, tendo surgido, apesar disso, o conceito de ingerência humanitária, invocada para algumas intervenções em conflitos internos, como a da Índia no Paquistão Oriental em 1971, a do Vietname no Camboja em 1978 e da Tanzânia no Uganda no mesmo ano.

O conflito interno que teve lugar na Jugoslávia com a criação pelo Conselho de Segurança do Tribunal Internacional Especial para a Antiga Jugoslávia, com competência para julgar os responsáveis por crimes de particular gravidade cometidos durante o conflito, a intervenção da NATO em 1998 para proteção da população muçulmana no Kosovo, qualificada como ingerência humanitária, de que veio a resultar a declaração unilateral da independência do território, e os recentes conflitos emergentes da Primavera Árabe e das suas sequelas, particularmente na Líbia e na Síria, vieram recolocar a questão, tendo em vista a natureza específica de cada um desses conflitos, associada à conduta das potências estrangeiras em relação às partes envolvidas.

No caso da Líbia verificou-se uma situação, até então inédita, a de ser reconhecido, primeiro pela França e depois pela Itália, o Qatar, os Estados Unidos e o Reino Unido como único legítimo representante do povo da Líbia, um movimento, o Conselho Nacional de Transição, que controlava apenas, à data desse reconhecimento, uma pequena parte do território.

No caso da Síria, o governo confronta-se com forças de natureza muito diferente e sobre as quais os pressupostos enunciados pela doutrina do Direito Internacional se aplicam de modo desigual. Por um lado, temos as forças governamentais, por outro a Coligação Nacional Síria, ela mesma composta de grupos cuja coordenação e homogeneidade são controversas, e ainda as forças do Estado Islâmico e do Partido da União Democrática apoiado pelo Curdistão iraquiano.

Os objetivos dos movimentos que se opõem ao governo sírio são declaradamente muito diferentes: os grupos que integram a Coligação Nacional Síria lutam pela mudança do regime, tendo essa Coligação sido reconhecida como insurgente pela NATO, a Turquia, os Estados Unidos e o Reino Unido, e como “legítimos representantes do povo sírio” pela Liga Árabe e os seus membros; ou as forças do Estado Islâmico têm como objetivo a formação pela força de um califado global; as forças da União Democrática, filiada no Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK) e considerada uma organização terrorista pela Turquia, a União Europeia e a NATO, pugnam pelos direitos do povo curdo.

Parece, assim, que estamos perante um novo paradigma de reconhecimento de movimentos insurgentes como “legítimos

representantes do povo”, o que pressupõe um juízo de carácter moral sobre o regime que esses movimentos visam depor por parte das potências que os reconhecem e uma manifesta redução do grau de exigência em relação aos pressupostos que, na prática anterior, se considerava deverem preceder o reconhecimento do estatuto de beligerantes. Acresce que essa declaração de legitimidade implica uma deslegitimação do governo até então reconhecido.

### **3. O reconhecimento de insurgentes em Direito Internacional**

Referimos anteriormente que existem fortes razões para que os Estados se abstenham de tomarem partido ou apoiarem movimentos insurreccionais de natureza interna noutros Estados.

Existem, porém, razões que, em sentido contrário, podem tornar aos olhos de um Estado conveniente reconhecer algum estatuto internacional a um movimento armado que se opõe a um governo estrangeiro. Para além de solidariedades políticas ou identidades de outro tipo que possam pesar na tomada dessa posição, é normalmente determinante a necessidade de estabelecer e manter relações internacionais com quem exerce esse controlo.

Uma das principais competências dos Estados no plano internacional é a defesa no exterior da integridade física e patrimonial dos seus cidadãos e empresas. Quando esses cidadãos ou empresas residem ou operam em regiões controladas por forças insurretas, torna-se inevitável, para o exercício efetivo daquelas competências o estabelecimento de canais de diálogo com quem controla essas forças insurretas.

A defesa dos interesses do Estado e dos seus nacionais é, assim, a principal razão que justifica o reconhecimento dos insurgentes, tendo tal reconhecimento o efeito de estabelecer com quem os dirige as relações necessárias para o efeito.

De referir que se tem entendido que os insurgentes devem prestar proteção e garantir a imunidade a todos os funcionários e agentes dos Estados estrangeiros no seu território, embora a recíproca não se aplique: os Estados estrangeiros podem tratar todos os nacionais do Estado em que ocorre o conflito interno como nacionais desse Estado, não estando obrigados a conceder um estatuto diferenciado aos que estão ligados ao movimento rebelde, embora frequentemente o façam.

O Direito Internacional Humanitário prevê, no artigo 3.º das Convenções de Genebra de 1949, a sua aplicação às partes em conflitos armados que não apresentem carácter internacional (artigo 3.º), prevendo que “as Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor

por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção”, embora esclareça, na parte final do mesmo dispositivo, que “A aplicação das disposições precedentes não prejudicará o estatuto jurídico das partes em conflito”. Este dispositivo confere alguma capacidade internacional aos movimentos insurgentes.

Alguns acordos têm sido estabelecidos entre movimentos insurgentes e os governos contra os quais lutam<sup>25</sup>, sendo maioritariamente considerado que têm a natureza de acordos internacionais<sup>26</sup>.

Embora suscite alguma controvérsia doutrinária o fundamento da vinculação de insurgentes a convenções internacionais de que não são parte, os tribunais internacionais têm vindo a considerar estarem os movimentos insurgentes vinculados as regras do *jus in bello*, designadamente no que se refere à utilização de armas, ao Direito Humanitário e à proteção do património cultural.

#### **4. Insurgência e beligerância**

Na sua obra considerada seminal sobre a questão do reconhecimento internacional, Lauterpacht (Lauterpacht, 1947:1976) refere existir um consenso sobre as condições que, de acordo com alguns autores impõem o dever de reconhecer a beligerância ou que, de acordo com outros, justificam esse reconhecimento: em primeiro lugar deve existir no território do Estado um conflito com carácter geral (por oposição a conflitos de natureza puramente local); em segundo lugar, os insurgentes devem ocupar e administrar uma parte substancial do território nacional; em terceiro lugar devem conduzir as hostilidades de acordo com as regras do Direito da guerra e agir sob o comando de uma autoridade responsável; em quarto lugar devem verificar-se circunstâncias que tornem necessário para Estados terceiros que estes definam a sua posição através do reconhecimento da beligerância.

Se um movimento insurgente é reconhecido como beligerante, tal significa que o conflito em curso passa a ser considerado internacional, adquirindo o beligerante, através desse reconhecimento, o estatuto de entidade sujeita a todos os direitos e obrigações decorrentes do *jus in bello*.

---

25 Cassesse (Cassese 2005:128) refere os Acordos de Bicesse entre a Unita e o Governo de Angola em 1991, os Protocolo de Lusaka entre as mesmas partes em 1994, os acordos celebrados entre partes em conflito no território da antiga Jugoslávia entre 1991 e 1993 e o Acordo celebrado entre o Governo da Serra Leoa e o RUF – Frente Revolucionária Unida da Serra Leoa em 7 de junho de 1999.

26 Em sentido contrário o Tribunal Especial da Serra Leoa considerou na decisão tomada no caso *M. Kallon and B. Bazy Kamara* de 13 de março de 2004, que o Acordo entre o Governo da Serra Leoa e a RUF não era um Acordo Internacional, perspetiva que Cassese considera errada (Cassese 2005:128).



Os Estados que reconhecem os beligerantes passam a estar obrigados a observar um estatuto de neutralidade.

O reconhecimento de beligerantes tem sido muito raro, não tendo ocorrido mesmo em casos em que estiveram reunidas todas as condições para que tal ocorresse. É um facto que apesar de o governo britânico ter proibido o comércio com as treze colónias norte-americanas, ameaçando de apresamento todos os navios que violassem essa interdição, o que John Adams considerou tratar-se de uma declaração de independência decretada pelo parlamento britânico (Halabi 2012:336), o estatuto de beligerante não foi reconhecido aos rebeldes.

Também nos conflitos que tiveram lugar entre a Espanha e as suas colónias americanas, embora a posição inicial dos Estados Unidos e do Reino Unido tenha partido de um não reconhecimento da insurgência para uma posição de neutralidade, o estatuto de beligerante nunca foi formalmente reconhecido aos rebeldes.

Caso diferente foi o da Guerra da Secessão dos Estados Unidos, tendo, neste caso, sido o bloqueio dos portos dos Estados confederados decretado pelo presidente Lincoln que foi entendido como um reconhecimento do estatuto de beligerância pelo próprio governo da União. De referir que antes do final do século XIX, face à ausência de regras de *jus in bello*, a questão do reconhecimento do estatuto de beligerante correspondia a uma proclamação de neutralidade, que foi o que o Reino Unido fez, seguido pela França e outras dez potências europeias.

Na Guerra Civil de Espanha, embora os nacionalistas tenham rapidamente após o início do conflito reunido todas as condições para serem reconhecidos como beligerantes e ter havido proclamação de bloqueio de portos pelo Governo de Madrid, o estatuto de beligerante não lhes foi reconhecido.

Deve aqui colocar-se a seguinte questão: é o reconhecimento do estatuto de beligerante um direito dos insurgentes, quando se verificam os pressupostos que acima referimos? Lauterpacht pensa que sim, e refere estar convencido de que e essa é a posição da maior parte dos jusinternacionalistas à época em que escreveu a sua obra sobre o tema (Lauterpacht, 1947:187), embora considere que está na discricionariedade dos Estados terceiros avaliarem a verificação desses pressupostos. A grande vantagem para os insurgentes da aquisição do estatuto de beligerância é a neutralidade a que as potências estrangeiras ficam obrigadas, quando até esse momento podem fornecer todo o tipo de apoio militar ao “governo legítimo”.

Recentemente Sam Foster Halabi (Halabi, 2012:329) considera que

a posição de Estados terceiros face a um conflito interno e o eventual reconhecimento do estatuto de beligerantes incorpora desde o século XIX três tradições de política externa que visam assegurar a ordem internacional: o “comercialismo”; o “constitucionalismo” e o “institucionalismo”. O “comercialismo” consiste no interesse em assegurar condições para o livre comércio e a liberdade dos mares, o “constitucionalismo” no interesse dos Estados no reconhecimento de movimentos revolucionários ou rebeldes quando estes reúnem a infraestrutura necessária para agirem como Estados soberanos legítimos; finalmente no quadro do “institucionalismo”, grupos de Estados que coordenam a mediação, a gestão ou a intervenção num conflito interno com base nos seus interesses partilhados. Halabi considera que os Estados agem exclusivamente na prossecução dos seus interesses quando reconhecem o estatuto de beligerância, que não pode ser visto como um direito dos insurgentes.

## **5. Reconhecimento nos recentes conflitos internos**

Não pretendemos neste texto fazer qualquer tipo de comentário político sobre os recentes acontecimentos em países do Norte de África e do Médio-Oriente, nomeadamente na Líbia e na Síria. Na perspetiva da doutrina de Direito Internacional, em que nos pretendemos conservar, parece evidente que o reconhecimento do Conselho Nacional de Transição (CNT) como “legítimo representante do povo líbio” e a consequente deslegitimação do governo de Kadhafi representa um passo inédito.

Como vimos, o reconhecimento do estatuto de beligerância, que raramente ocorreu até ao final da Guerra-Fria, tinha como principal consequência a neutralidade dos Estados terceiros face a esse conflito. Neste caso, a “transferência” do reconhecimento para os rebeldes implicou a deslegitimação do governo, permitindo todo tipo de apoio, inclusive militar, ao movimento rebelde.

O CNT era um movimento de contornos pouco conhecidos, que ocupava precariamente um pequena parte do território líbio, tendo sido justamente essa situação precária que justificou o estabelecimento pelo Conselho de Segurança de uma zona de exclusão aérea em 17 de março de 2011. Posteriormente, os meios militares disponibilizados para a exclusão aérea foram utilizados para a destruição das forças governamentais, até ao assassinato de Muamar Kadhafi e ao fim do seu regime.

Esta sucessão de acontecimentos situa-se completamente fora do quadro jurídico historicamente constituído e que acima procurámos sintetizar.

A intervenção estrangeira na Síria no quadro de um conflito interno de grande complexidade escapa também completamente ao referido quadro jurídico. Pelos posicionamentos assumidos, a única formação política insurgente no conflito da Síria que assume o objetivo de substituir o regime político atual é a Coligação Nacional Síria, mas a precaridade do domínio territorial que tem mantido e a própria aparente inconsistência da sua composição, a quem falta um comando unificado e uma capacidade de tomar decisões aceites como comuns pelas forças que o integram, não parece permitir concluir que se trata de um insurgente que no quadro conhecido do Direito Internacional pudesse aspirar ao reconhecimento como beligerante.

Apesar disso, foi reconhecido pela Liga Árabe e pelos Estados que a integram como representante legítimo do povo sírio e recebe apoio militar de várias potências estrangeiras.

Estamos, assim, a nosso ver, face a um novo paradigma de internacionalização de conflitos internacionais, envolvendo intervenções externas e apoios militares manifestamente contrários aos princípios da Carta das Nações Unidas.

A resposta à questão de como podemos qualificar os novos atores internos nestes conflitos não se encontra pois no quadro do Direito Internacional que temos.

### **Referências bibliográficas:**

Cassese, Antonio (2005). *International Law*. Oxford

Fisch Jörg (2012). “Peoples and Nations” in Bardo Fassbender e Anne Peters (ed), *The Oxford Handbook of International Law*. Oxford, p. 1-48

Halabi, Sam Foster. “Traditions of Belligerent Recognition: the Libyan Intervention in Historical and Theoretical Context”. *American University International Law Review*, p.321-390. Volume 27. Issue 2

Lauterpacht, Sir Hersch (1947). *Recognition in International Law*. Cambridge.



**iii. Comentário a “A Questão da Personalidade Jurídica  
dos Insurgentes nos Conflitos Internos em Curso”,  
por Manuel de Almeida Ribeiro**

Maria de Assunção do Vale Pereira<sup>27</sup>

O texto de Manuel de Almeida Ribeiro a propósito da questão da personalidade jurídica internacional de atores não estaduais em conflitos armados foca essa problemática exclusivamente em relação aos insurgentes, como decorre do próprio título do seu trabalho “A Questão da Personalidade Jurídica dos Insurgentes nos Conflitos Internos em Curso”.

Ao especificar o percurso que vai seguir no trabalho, o autor afirma que vai “olhar para os casos recentes de intervenção estrangeira em conflitos internos procurando concluir se as alterações que as características dessas intervenções e as posições assumidas por Estados terceiros em relação às partes em conflito se enquadram no enquadramento jurídico-internacional existente sobre internacionalização de conflitos internos”. Em nosso entender, este é um ponto de partida redutor: ao limitar o objeto de análise aos casos em que se verifica intervenção externa e, portanto, internacionalização do conflito – sendo certo que uma intervenção estrangeira não implica necessariamente a internacionalização –, ou em que Estados terceiros tomam posição face ao conflito, parece partir do pressuposto de que disso depende a possibilidade de aí encontrarmos atores não estaduais como sujeitos de direito Internacional, o que não nos parece correto.

Considera ainda que “[u]m movimento político que vise obter por meios violentos a secessão de parte do território ou a mudança do regime político de um Estado é geralmente tratado por este como uma associação criminosa, estando os autores dos atos de violência que sejam praticados com esses objetivos sujeitos exclusivamente à lei penal do Estado contra qual esses atos são dirigidos”. Ora, não podemos concordar com tal asserção. A verdade é que o Direito Internacional Humanitário (DIH) se aplica desde que exista um conflito armado. “E precisamente porque não cabe ao Estado definir a seu bel-prazer se as hostilidades verificadas no seu território constituem, ou não, um *conflito armado* para efeitos de aplicação do DIH, essa qualificação já tem sido sujeita a apreciação – mesmo judicial – internacional”.

---

<sup>27</sup> Vale Pereira, Maria de Assunção, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 86.

Em relação aos casos de autodeterminação dos povos, Almeida Ribeiro considera que o apoio dado aos movimentos de libertação nacional “foi claramente diferenciado do aplicável a outros tipos de insurreição”. A verdade é que os próprios conflitos são diferentes. Como referimos no nosso texto supra, esses conflitos, diferentemente de outros travados numa unidade territorial específica, são qualificados como conflitos internacionais. Daí que a resolução 2625 (XXV), que o autor cita, afirme que um território não autónomo possui “um estatuto separado e distinto do território do Estado que a administra”, bem como o direito desses povos procurar e receber ajuda quando reagirem ou resistirem a qualquer medida de coerção no exercício do direito à autodeterminação.

Refere mais à frente os casos das intervenções da Índia no Paquistão Oriental em 1971, do Vietname no Camboja e da Tanzânia no Uganda, ambas em 1978. Considera o autor que as mesmas não eram admitidas por via do art. 2.º, n.º 7, da Carta das Nações Unidas, que consagra o chamado “domínio reservado” dos Estados e refere que, apesar disso, surgiu “o conceito de ingerência humanitária, invocada para algumas intervenções em conflitos internos”, como as mencionadas. Ora, cremos que há que distinguir o conceito de ingerência humanitária do conceito de intervenção humanitária, atendendo a que o primeiro não supõe o uso da força, mas antes a prestação de uma assistência humanitária não sujeita a autorização do(s) Estado(s) em que é prestada e não vinculada a qualquer ideia de imparcialidade e neutralidade, princípios a que aquela está sujeita. Por seu lado, a intervenção – que foi o que se verificou naqueles casos – supõe o uso da força. É verdade que a dita intervenção humanitária é ilícita, Mas essa ilicitude não decorre da violação do domínio reservado dos Estados que a Carta afirma, mas antes da violação da norma que é vista como pedra angular desse documento: a proibição do uso (e mesmo da ameaça de uso) da força que o art. 2.º, n.º 4, consagra. Sendo certo que esse mesmo documento afirma exceções a esse princípio nuclear, a dita intervenção humanitária pretendeu afirmar-se como uma nova exceção, embora essa pretensão não tenha vingado<sup>28</sup>.

O autor trata seguidamente ao “conflito interno que teve lugar na Jugoslávia” e que conduziu à criação pelo Conselho de Segurança do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia. Não cremos que, em termos gerais – salvo o conflito que ocorreu na Sérvia entre as forças desse país

---

28 Acerca dos conceitos de ingerência e intervenção humanitárias, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 46-55, 400-412 e 897ss-

e o UCK –, se posa falar de um conflito interno. A verdade é que os conflitos decorreram entre os Estados que sugeriram por secessão a partir da República Federativa Socialista da Jugoslávia. E tanto assim é, que a competência do referido Tribunal, em matéria de crimes de guerra, versa sobre violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e violações graves das leis e costumes de guerra; ou seja, violação de documentos aplicáveis a conflitos internacionais. Ainda no contexto da ex-Jugoslávia, é referida “a intervenção da NATO em 1998 para proteção da população muçulmana no Kosovo, qualificada como ingerência humanitária”. Uma vez mais, o que se verificou foi uma intervenção ilícita porque não compatível com a Carta das Nações Unidas e não uma ingerência. Diga-se, além disso, que nessa intervenção se verificaram comportamentos que caberiam na competência do referido Tribunal, que infelizmente não deduziu as correspondentes acusações.

É feita uma referência à Guerra da Secessão dos Estados Unidos sustentando-se, a propósito, que não existiam regras de *jus in bello* antes do final do séc. XIX. Duas observações: por um lado, no decurso da guerra da secessão (em 1863) foi proclamado pelo Presidente Lincoln o chamado Código Lieber (de seu nome *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*), tornando-se a primeira regulamentação escrita aplicável, no quadro de uma guerra civil, a ambas as partes. Portanto, não podemos falar de uma ausência de *jus in bello*, que efetivamente existia – e mesmo bastante desenvolvido – embora com caráter interno. Por outro lado, essa afirmação também claudica se referida ao *jus in bello* internacional, que surge a partir de 1864, com a adoção da Convenção de Genebra para melhorar a sorte dos feridos e doentes nos exércitos em campanha.

No que se refere à situação vivida na Líbia, em 2011, assinala-se que o Conselho de Segurança decretou, a 17 de março desse ano, uma zona de exclusão aérea, tendo os meios militares disponibilizados para tanto, sido posteriormente utilizados para a destruição das forças governamentais. Falta dizer que a mesma resolução que decretou a zona de exclusão aérea, autorizou os Estados membro que dirigiram, ao Secretário-Geral, uma notificação nesse sentido a tomar todas as “medidas necessárias”, para proteger as populações e zonas civis ameaçadas de ataque, excluindo o estabelecimento de uma força de ocupação estrangeira<sup>29</sup>. Portanto, o uso da força foi, no caso, autorizado pelo Conselho de Segurança. O que

---

29 Cf. par. 4 do dispositivo da resolução 1973 (2011), de 17 de março de 2011.

cremos poder dizer-se foi que houve um abuso na atuação da NATO. Efetivamente, “a autorização de uso da força foi **concedida para proteger as populações e zonas civis ameaçadas de ataque** na Líbia. Ora, parece que a NATO atuou decididamente para derrubar o governo de Kadhafi, o que não era o objetivo definido na resolução em questão”, esquecendo, além do mais, que se “governo de Kadhafi tinha um palmarés notável de violações graves dos direitos humanos, é também certo que houve violações cometidas pelos rebeldes e acerca delas nunca se ouviu qualquer pronúncia por parte dos interventores”<sup>30</sup>.

Por seu lado, em relação à Síria o autor considera que intervenção estrangeira escapa completamente ao quadro jurídico traçado. Parece-nos que o quadro traçado pelo autor se baseia sobretudo na ideia de reconhecimento das partes beligerantes. Efetivamente, na Síria esse reconhecimento não existe. Basta atender a que existem centenas – e segundo os últimos números divulgados, já se ultrapassa o milhar – de grupos armados em combate, muitos dos quais integram a referida Coligação Nacional Síria. Mas, considerar que existem “intervenções externas e apoios militares manifestamente contrários aos princípios da Carta das Nações Unidas” parece ignorar o facto de o Conselho de Segurança ter aprovado a resolução 2249 (2015), em cujo parágrafo 5 apela a todos os Estados com capacidade para o fazerem a tomarem todas as medidas necessárias (o que inclui o uso da força), no cumprimento do Direito Internacional no território controlado pelo ISIS na Síria e no Iraque para evitar e suprimir os atos terroristas.

Em conclusão, é dado no texto que agora em análise, excessiva relevância à intervenção de terceiros Estados em conflitos internos (regulada pelo *jus ad bellum* contido na Carta das Nações Unidas) bem como ao reconhecimento dos grupos em combate por terceiros Estados. Cremos que a relevância que esse reconhecimento teve no passado não se compadece, para efeitos da afirmação da personalidade jurídica internacional de atores não estaduais em conflitos armados, com o facto de o Direito Internacional Humanitário atual lhes dirigir diretamente normas que lhes impõem direitos e obrigações.

---

30 Vale Pereira, M<sup>a</sup> de Assunção, “Intervenção Humanitária e Intervenção Democrática: recurso à força para garantir direitos fundamentais?”, *A Primavera Árabe e o Uso da Força nas Relações Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp.108-109.



**iv. Comentário a “Os atores não-estaduais dos conflitos armados e personalidade jurídica internacional”,  
por Maria de Assunção do Vale Pereira**

Manuel de Almeida Ribeiro

O artigo a que nos referimos, considerando “que o paradigma vestefaliano clássico do internacional está hoje largamente fora de moda e suplantado” trata da questão da subjetividade internacional de três categorias de atores não-estaduais: os movimentos de libertação nacional, os insurgentes, beligerantes e insurretos e as empresas militares privadas.

É esta interessante reflexão, com a qual concordo nalguns aspetos e discordo noutros que passo a comentar.

**1. Os movimentos de libertação nacional**

O reconhecimento aos movimentos de libertação de alguma medida de subjetividade internacional resultou do contexto do chamado “mundo dividido”, ou seja, do contexto político internacional que se verificou durante a “guerra-fria” (Cassese 1986:93): num mundo dividido entre três blocos, os Estados capitalistas, os Estados socialistas e os Estados do Terceiro Mundo, a debilidade económica e, em muitos casos, institucional destes últimos foi compensada em termos de peso político pela força do seu número, permitindo que tivessem uma influência desproporcionada em relação ao que poderíamos considerar o seu “poder objetivo”. A medida dessa desproporção pode ser avaliada pela irrelevância política dos países que integravam esse bloco após o termo desse período histórico.

Facto é que o contexto político do referido “mundo dividido” marcou profundamente o Direito Internacional que dele resultou. Um dos múltiplos aspetos desse Direito Internacional foi exatamente a atitude face aos denominados “movimentos de libertação nacional” e toda a ideologia anticolonialista que caracterizou as décadas de sessenta, setenta e oitenta do século XX.

Enquanto no Direito Internacional anterior o reconhecimento da insurgência não justificava o apoio aos seus agentes e o da beligerância (aliás muito raro) pressupunha a neutralidade dos terceiros Estados que reconheciam esse estatuto e dependia do controlo estável e efetivo de uma parte do território, na Conferência Diplomática de Genebra sobre Direito Humanitário dos Conflitos Armados, a maioria (composta pelos

Estados socialistas e pelos do Terceiro Mundo) aprovou uma disposição que estabeleceu que as lutas armadas de movimentos de libertação contra Estados coloniais, regimes racistas ou potências estrangeiras deveriam ser consideradas conflitos armados internacionais (artigo 1.4 do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais de 1977) (Cassese 1986:93).

A consequência da atribuição dessa subjetividade internacional foi a sujeição dos movimentos de libertação nacional às regras do direito humanitário, embora, na prática, a inexistência do controlo efetivo de uma parte do território tornasse o cumprimento dessas regras muito difícil na prática. Em contrapartida, os movimentos de libertação passaram a poder beneficiar do apoio ativo, incluindo o militar, de Estados terceiros, criando condições para a internacionalização desses conflitos.

Note-se, contudo, que o Protocolo de Genebra de 1977 surge numa fase terminal do processo de descolonização, quando a grande questão ainda em aberto era a da ocupação do Sudoeste Africano pela África do Sul, que se veio a tornar independente em 1990.

A que situações se aplica hoje este quadro jurídico internacional? Parece-me que a situação mais visível é a da Palestina. O Estado da Palestina é hoje reconhecido pela maioria dos Estados do mundo e, alguns dos que não o reconhecem como Estado, reconhecem a Organização de Libertação da Palestina como representante legítima do povo palestino. No quadro da ONU, a Assembleia Geral reconheceu a Palestina, por ampla maioria, como Estado não-membro da ONU.

A decisão do Tribunal Internacional de Justiça no caso “Consequências Jurídicas da Construção de um Muro nos Territórios palestinos” (Ribeiro e Coutinho 2016:423) considerou o território da Cisjordânia para além da linha do armistício de 1949, território sob ocupação israelita, afirmando ainda ter o direito à autodeterminação do povo palestino de natureza *erga omnes*.

O apoio prestado à Palestina na luta contra a ocupação parece-me assim lícito à luz do Direito Internacional, no que concordamos com a posição expressa do artigo que comentamos. Tal apoio tem sido, contudo, muito limitado.

De referir, que só a luta pela autodeterminação no quadro da descolonização foi ampla e inequivocamente reconhecida como legítima. Embora a regra da proibição da autodeterminação de territórios contíguos nunca tenha sido formulada de modo inequívoco e explícito é uma das mais amplamente aceites em Direito Internacional. Na realidade,

como refere Jörg Fisch (Fisch 2012:35) a descolonização de territórios contíguos não é verdadeiramente proibida mas é, pelo temor das suas consequências, fortemente desencorajada.

## **2. Insurgentes e beligerantes**

O quadro jurídico internacional que resultou da prática seguida pelos Estados nos conflitos internos dos séculos XIX e XX, excluindo o caso dos movimentos de libertação, já foi por mim enunciado.

O reconhecimento dos insurgentes – ou da insurreição – resulta basicamente da necessidade de Estados terceiros se comprometerem a manter canais de comunicação com as forças revoltosas, quando tal se torna necessário para a proteção dos seus cidadãos ou para a salvaguarda de interesses económicos nas zonas por elas controladas<sup>31</sup>.

A beligerância, muito mais rara, consiste no reconhecimento de um estatuto quase idêntico ao de Estado do movimento em questão, com o qual se podem estabelecer relações de toda a ordem, exceto a prestação de apoio militar. A neutralidade face às partes em conflito é, aliás, uma das consequências do reconhecimento da beligerância.

Como referi no meu texto anterior, este enquadramento jurídico está hoje manifestamente ultrapassado. Os conflitos com que o mundo se debate nos últimos anos, designadamente na Líbia, na Síria e no Iraque, resultam da internacionalização de conflitos internos.

Nos casos da Líbia e da Síria assistiu-se ao reconhecimento por um número significativo de Estados dos movimentos insurgentes como “representantes legítimos dos povos”, “deslegitimando”, como consequência necessária, os governos que visavam derrubar.

Parece inequívoco que esses movimentos estão obrigados pelo direito internacional humanitário, embora não pareça evidente que sejam

---

<sup>31</sup> Por vezes, os Estados terceiros procuram estabelecer esses contactos por vias não oficiais ou por intermédio de Estados estrangeiros, para não prejudicarem as relações com o governo do Estado contra o qual o movimento insurgente luta. Quando, em junho de 1980, o arrastão *Rio Vouga* com quinze tripulantes portugueses foi apresado e posteriormente destruído pela Frente Polisário ao largo do Saara Ocidental, o governo português enviou o Dr. Luís Fontoura, responsável pelas relações internacionais do PSD para obter a libertação dos pescadores portugueses. As conversações tiveram êxito e a libertação dos pescadores obtida. Em contrapartida, o Dr. Luís Fontoura assinou um acordo com a Frente Polisário que esta entendeu representar o seu reconhecimento oficial pelo governo português, embora o enviado não tivesse qualquer qualidade oficial.

desenvolvidos esforços significativos para favorecer o seu cumprimento<sup>32</sup>.

As posições assumidas pelas grandes potências e pelos Estados vizinhos face a estes conflitos internos reclamam uma nova avaliação por parte da doutrina internacional e, desejavelmente, o estabelecimento de princípios de valor universal, mesmo que inicialmente estabelecidos por instrumentos de *soft law*, que limitem e enquadrem a ação de Estados terceiros face a esse tipo de conflitos, tendo em conta o princípio da não ingerência nos assuntos internos e o domínio reservado dos Estados, previsto no artigo 2.º (7) da Carta das Nações Unidas. O enquadramento jurídico existente resultou, aliás, não propriamente de uma construção normativa erguida a partir do acordo político entre os Estados, mas de uma reflexão qualificativa sobre situações anteriores que não se verificou adequada a acontecimentos posteriores.

### **3. As empresas militares privadas**

Discordo do reconhecimento de qualquer tipo de subjetividade internacional a organizações privadas armadas, nomeadamente a empresas que exercem atividades paramilitares com fins lucrativos.

Parece-me que existem instrumentos internacionais suficientes para lidar com estes fenómenos, quer no que se refere às pessoas singulares que integram essas organizações, quer à responsabilidade dos Estados que contratam esses serviços.

No que se refere às pessoas singulares que exercem atividades com carácter paramilitar são, afinal, mercenários, o que não constitui uma categoria recente de intervenientes em conflitos.

A principal questão que se coloca é se, pelo menos em determinadas circunstâncias, devem beneficiar do estatuto de combatentes. A definição de mercenário que consta do artigo 47.º do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 1949, adotado em 12 de agosto de 1977, parece-me responder claramente à questão.

Quanto à responsabilidade pelos atos praticados por esse tipo de organizações, o enquadramento da responsabilidade de Estados por atos praticados por grupos por eles armados, enunciado pelo Tribunal

---

32 No decurso do conflito interno na Líbia, o líder líbio Muamar Qadafi foi executado desarmado, após a sua captura, como foi visto através das televisões de todo o mundo, o que constitui um crime de guerra. Muitos partidários de Qadafi foram mortos na mesma ocasião. Não são conhecidas medidas internacionais, para identificar e punir os responsáveis, embora tal já tenha sido reclamado por organizações não-governamentais, como a *Human Rights Watch*.

Internacional de Justiça no caso “Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua” (Ribeiro e Coutinho 2016:169), parece-me aplicável a essas situações.

### **Bibliografia:**

Cassese, Antonio (1992). *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press.

Cassese, Antonio (2005). *International Law* (second edition), Oxford, Oxford University Press.

Fisch, Jörg (2012). “Peoples and Nations”. In Bardo Fassbender e Anne Peters (ed), *The Oxford Handbook of International Law*: Oxford University Press, páginas 27-49.

Ribeiro, Manuel de e Coutinho, Francisco Pereira. *Jurisprudência Resumida do Tribunal Internacional de Justiça (1947-2015)*, Alfragide, Publicações D. Quixote.



## **2. Análise e Perspetivas sobre temas de Direito Internacional**





## **2.1 Dossier I: “As Ilhas e Rochedos no Direito do Mar”**

### **i. Nota introdutória**

#### **As Ilhas e Rochedos no Direito do Mar<sup>33</sup>**

Sérgio Carvalho  
Mateus Kowalski

#### ***A Problemática***

Ao longo das últimas décadas, e, em particular, desde a adoção em 1982 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), as ilhas e o seu estatuto têm emergido enquanto um dos mais relevantes e controvertidos elementos a povoar a paisagem do Direito Internacional do Mar e a alimentar disputas políticas em diversas geografias. Sendo verdade que é no Sudeste Asiático que o regime das ilhas tem ganho maior acuidade face a um conjunto de disputas associadas a complexas sobreposições e reclamações de jurisdição que têm nas ilhas (ou na suscetibilidade de certas formações insulares poderem ser consideradas ilhas à luz do Direito Internacional), um dos principais argumentos capazes de condicionar o debate, não é menos certo que esta se trata de uma questão praticamente universal, razão pela qual tem merecido a atenção de vários académicos, juristas e politólogos.

Conforme esperamos que esta nota introdutória à secção temática do Anuário Português de Direito Internacional dedicada à temática das “ilhas e rochedos no Direito do Mar” ajude a demonstrar, sem o benefício da compreensão do Direito Internacional e, em particular, do regime das ilhas no âmbito da CNUDM, poderá parecer bizarro assistir a um elevado nível de tensão existente entre Estados em várias regiões do mundo a respeito de um conjunto de formações insulares de dimensão reduzida e, muitas delas, com uma localização remota, isoladas do continente, desprovidas de população e, aparentemente, também de valor económico e estratégico. Como acontece em muitos outros contextos e domínios temáticos, o Direito Internacional surge neste particular como elemento exterior, mas suficientemente presente para atuar enquanto variável independente capaz

---

<sup>33</sup> As ideias e opiniões expressas representam unicamente a posição pessoal dos autores, não podendo ser atribuídas ou confundidas com a posição do Estado Português ou das Nações Unidas sobre o assunto.

de alavancar de forma decisiva a relevância estratégica de elementos geográficos que, de outra forma, dificilmente a teriam. Nessa medida, as disputas de cariz diplomático e a confrontação política (e, em casos extremos, a tensão militar) a que amiúde assistimos, ainda que muitas vezes arreigadas em conflitos históricos que se estendem por um largo horizonte temporal, não podem ser inteiramente compreendidas sem uma leitura do Direito Internacional que informa o contexto e está na base das interpretações divergentes que alimentam o conflito. Poder-se-á dizer, mesmo, que o Direito Internacional é a razão de ser e, simultaneamente, a medida e chave da resolução dessas disputas.

Na realidade, ainda que as disputas sobre o estatuto das formações insulares (e, em particular, o seu papel no contexto da delimitação de fronteiras marítimas) sejam anteriores à CNUDM, é com a adoção e entrada em vigor da Convenção que estas se generalizam e amplificam. Contemplando um capítulo dedicado ao “Regime das Ilhas”, a CNUDM vem estabelecer que, de forma idêntica ao território costeiro “continental”, as ilhas são suscetíveis de gerar o direito ao mar territorial, zona contígua, zona económica exclusiva e plataforma continental em seu redor, em conformidade com as disposições da Convenção aplicáveis a outras formações terrestres. Gerando um impacto geoestratégico não despreciando, a Convenção vem assim estabelecer que mesmo a mais pequena e remota formação insular, se passível de ser considerada “ilha” nos termos do artigo 121.º da CDUNM, pode proporcionar o direito à exploração de uma vasta área de território marítimo, vendo assim alavancada a sua importância em termos económicos, bem como em termos de segurança e defesa.

Do ponto de vista económico, a capacidade de uma formação insular poder ser classificada como ilha e, logo, gerar a totalidade das zonas marítimas previstas na Convenção, significa deter jurisdição sobre a coluna de água, leito e subsolo marinho até às 200 milhas náuticas e, caso preenchidas as condições que permitam a extensão da plataforma continental, sobre o leito e subsolo além das 200 milhas até um limite que pode chegar às 350 milhas. Esta realidade representa, por um lado, o direito de acesso aos, e gestão dos, recursos biológicos desse vasto território, de grande importância do ponto de vista económico e fundamental na perspetiva da segurança alimentar e, por outro, a capacidade de prospeção e eventual exploração de recursos minerais, incluindo hidrocarbonetos, que possam existir sobre uma vasta área de leito e subsolo marinho. Do ponto de vista da segurança, a gestão de um território marítimo vasto assume, em geral, uma importância estratégica não negligenciável e, dependendo da localização de uma determinada ilha, a sua área de jurisdição poderá funcionar, quer enquanto *buffer-zone*

protetora do espaço continental, quer enquanto plataforma de projeção da esfera de segurança para outros espaços marítimos.

Não menos importante do ponto de estratégico, as ilhas são, não raras vezes, protagonistas na delimitação de fronteiras marítimas entre Estados, estando na base de disputas, quer quanto à soberania sobre o território insular, quer quanto ao seu estatuto jurídico e ao espaço marítimo que aquele território é suscetível de gerar. O complexo novelo de reivindicações concorrentes sobre espaços marítimos que daqui resulta não só gera uma considerável incerteza sobre extensos espaços marítimos, como também está na origem de um complexo mosaico de sobreposições de reivindicações de soberania e jurisdição, criando problemas em matéria de segurança e impedindo a exploração do potencial económico de uma determinada região.

Esta constelação de interesses e dificuldades associados às ilhas está, como antes referido, diretamente relacionada com duas questões de Direito Internacional que, ainda que interdependentes, não devem ser confundidas. A primeira diz respeito à soberania sobre uma determinada formação insular, não raras vezes, disputada por duas ou mais partes com base em diferentes argumentos de natureza jurídica, política e histórica. A segunda diz respeito a diferentes perspetivas ou interpretações sobre o estatuto de uma determinada formação insular e, consequentemente, a sua capacidade para gerar jurisdição sobre o território marítimo adjacente. Sem esquecer a necessária correlação entre estas duas questões, a presente nota introdutória irá debruçar-se sobre a segunda das dificuldades.

### *A distinção entre ilhas e rochedos*

Na base do interesse que esta questão suscita, bem como das dificuldades a ela associadas, encontra-se a redação do artigo 121.º da CNUDM e a distinção entre “ilhas” e “rochedos”<sup>34</sup>. Redigido com deliberada ambiguidade, o artigo 121.º da Convenção é o produto das circunstâncias especiais em que decorreu a sua negociação. Partindo da base proporcionada pelo artigo 10.º, número 1, da Convenção sobre o

---

34 O artigo 121.º, sob a epígrafe “Regime das Ilhas”, dispõe o seguinte: “1 - Uma ilha é uma formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na preia-mar. 2 - Salvo o disposto no n.º 3, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva e a plataforma continental de uma ilha serão determinados de conformidade com as disposições da presente Convenção aplicáveis a outras formações terrestres. 3 - Os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida económica não devem ter zona económica exclusiva nem plataforma continental.”

Alto Mar, adotada em Genebra, em 1958,<sup>35</sup> vários Estados participantes na III Conferência do Direito Mar submeteram propostas de definição de um regime das ilhas convergente com os seus interesses específicos e em função das suas circunstâncias geográficas – de um lado, com o objetivo de minimizar o potencial impacto territorial das pequenas formações insulares na geração de vastos espaços de jurisdição em benefício de países vizinhos (e antecipando a influência que essa realidade poderia ter na delimitação de fronteiras marítimas), do outro, com o propósito de maximizar a capacidade dessas formações insulares gerarem jurisdição marítima convergente com os seus interesses económicos e geopolíticos. O resultado natural desta conjugação de interesses conflitantes foi uma redação de compromisso que, por via da ambiguidade, visou satisfazer as diferentes perspetivas em jogo.

Também, por isso, ou precisamente por isso, a redação do artigo 121.º da CNUDM contempla um conteúdo consideravelmente vago e controvertido, não autossuficiente no que diz respeito a esclarecer o seu verdadeiro alcance, deixando para o domínio da interpretação e da prática dos Estados a compreensão do seu conteúdo. De facto, ainda que alguns protagonistas se tenham manifestado descontentes com o regime que tinha sido possível definir, as pressões para que o texto da Convenção fosse fechado, bem como a noção de que a redação encontrada correspondesse – não obstante a sua ambiguidade – ao melhor resultado possível que poderiam almejar, acabariam por contribuir para que não mais fosse reaberta a discussão sobre o regime das ilhas.

Nos termos do artigo 121.º da CNUDM, a primeira condição para que uma formação insular possa beneficiar do estatuto de ilha é que a mesma seja uma formação de terra, que significa uma ligação ao leito marinho e a natureza de terra firme, bem como um carácter de permanência. Daqui se retira que, uma vez submersa pela água em função da erosão ou qualquer desastre natural ou ação humana, essa formação pode perder o estatuto de ilha. Em segundo lugar, a Convenção exige que se trate de uma formação natural de terra, excluindo dessa forma qualquer formação de terra artificial. Ainda que, também aqui, a distinção pareça clara, múltiplas

---

35 O artigo 10.º da Convenção de Genebra de 1958 prescreve o seguinte: “1 - Todo o Estado deve tomar, em relação aos navios arvorando o seu pavilhão, as medidas necessárias para garantir a segurança no mar, nomeadamente no que respeita: a) Ao emprego de sinais, serviço das comunicações e prevenção contra abordagens; b) À composição e condições de trabalho das tripulações, tendo em consideração os diplomas internacionais aplicáveis em matéria de trabalho; c) À construção e armamento do navio e às suas qualidades de mar. 2 - Ao prescrever estas medidas cada Estado deve conformar-se com as normas internacionais geralmente aceites e tomar todas as disposições necessárias para assegurar a sua execução.”

são as situações que podem gerar dúvidas, como são os casos em que são levadas a cabo obras de proteção contra a erosão e a subida das águas ou de “consolidação” de uma formação insular. Nestas situações pode tornar-se virtualmente impossível discernir a partir de que ponto a intervenção humana transforma a natureza da formação de terra, ainda que existam autores que sustentam ser possível traçar uma clara linha divisória entre as intervenções que não alteram a natureza jurídica e aquelas que o fazem. Em terceiro lugar, a Convenção estabelece que a formação deverá ser rodeada de água, ficando a descoberto na preia-mar. Curiosamente, quer o artigo 10.º da Convenção de Genebra de 1958, quer o artigo 121.º da CNUDM, evitam usar o termo “permanentemente”, mas a expressão utilizada na redação de ambos os artigos remete exatamente para esse conceito. Nesse sentido, a leitura da CNUDM não oferece grandes dúvidas quanto ao facto da formação perder o seu estatuto de ilha, caso esteja submersa em algum momento, nomeadamente em preia-mar. Ainda que a dimensão da formação insular seja fundamental na perspetiva da leitura global do artigo 121.º do referido documento legal, a realidade é que o número 1 nada diz sobre a dimensão da formação terrestre para efeitos de atribuição da caracterização geral de ilha. Nessa perspetiva, pelo menos num primeiro momento, toda e qualquer formação natural de terra, rodeada de água, que fique a descoberto em preia-mar, independentemente da sua dimensão e das suas características geológicas, é considerada uma ilha nos termos e para os efeitos da CNUDM, sendo suscetível de gerar, em princípio, o direito ao mar territorial, zona contígua, zona económica exclusiva e plataforma continental em conformidade com as disposições da Convenção aplicáveis a outras formações terrestres.

### *A insuficiência da regulação jurídica dos rochedos*

Parecendo claro que os primeiros dois números do artigo 121.º da CNUDM, ainda que permitam mais do que uma única leitura, não poderão propriamente ser considerados problemáticos, o mesmo não acontece relativamente ao número 3, que consagra, precisamente, o artifício de linguagem que – remetendo, excessivamente, para o plano interpretativo – é o produto do compromisso que permitiu forjar o acordo que viu nascer o “Regime das Ilhas” que consta da CNUDM. Nos termos do número 3, “os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida económica não devem ter zona económica exclusiva nem plataforma continental”. Esta redação levanta várias dúvidas e está na origem de prolixos debates que tentam, de alguma forma, preencher os espaços

interpretativos criados pela letra do artigo 121.º da Convenção e pela quase ausência de jurisprudência que, de forma clara e integral, lance luz sobre o alcance desta norma<sup>36</sup>.

São várias as questões que surgem associadas à difícil tarefa de interpretar o número 3 do artigo 121.º da Convenção. Desde logo, como devem ser compreendidos os “rochedos”: uma subcategoria de ilhas ou uma categoria à parte que se afasta do conceito de ilha? Em certa medida, uma leitura sistemática parece conduzir-nos à primeira hipótese, isto é, a considerar que um rochedo formado naturalmente, se rodeado de água e descoberto em preia-mar, é um tipo de ilha. Esta interpretação parece ser aquela mais convergente com a forma como o artigo 121.º está construído, na medida em que, se assim não fosse, deixaria de fazer sentido que o número 3 estivesse integrado no artigo 121.º (que, recorde-se, integra a Parte VIII da Convenção, relativa ao Regime das Ilhas) ou, a manter-se, o parágrafo teria uma redação diferente (provavelmente, identificando as características que permitem que uma formação insular possa ser considerada uma ilha). De facto, tal como está construído, número 3 sugere que os rochedos são uma subcategoria de ilhas, um tipo específico de ilhas que, pelas suas características, não lhes permite beneficiar de uma zona económica exclusiva e plataforma continental (que, em princípio, nos termos do número 2, serão geradas pelas ilhas). Ora, é precisamente relativamente às características que fazem de uma formação insular um rochedo – isto é, uma subcategoria de ilha que, em virtude disso, está limitada no território que é capaz de gerar – e não uma ilha em sentido pleno que Estados e académicos têm esgrimido argumentos ao longo dos já muitos de vida da redação deste artigo.

No centro da discussão está a questão de saber se uma determinada formação insular se presta à habitação humana ou à vida económica, sendo certo que a utilização do elemento adversativo “ou” permite concluir que terão zona económica exclusiva e plataforma continental as formações insulares que preencherem qualquer uma daquelas condições. No que diz respeito à suscetibilidade para se prestar à “vida humana”, esta formulação parece remeter a suscetibilidade da formação insular poder proporcionar condições de habitabilidade.

No entanto, qual o critério decisivo na hora de avaliar essas características? Deverá a suscetibilidade para se prestar à vida humana avaliada com base na existência (ou não) de população ou bastará o

---

36 “A redação da presente nota é anterior à decisão do Tribunal Permanente de Arbitragem no caso que opõe China e Filipinas, que promoverá pela primeira vez, de forma dedicada e sistemática, uma interpretação do número 3 do artigo 121º da convenção.”

*potencial* para acolher vida humana? Quantas pessoas serão necessárias para preencher ou demonstrar essa suscetibilidade? Além disso, essa vida humana terá que ser permanente ou poderá ser sazonal? Por outro lado, no que diz respeito à existência de vida económica, esta deverá ser avaliada em função do potencial económico da formação insular ou da existência de uma ou mais atividade(s) económica(s) já devidamente estabelecida(s)? Para esse efeito, é necessário que a formação insular seja completamente autossuficiente ou, pelo contrário, prestar-se à vida económica é compatível com uma participação de uma comunidade exterior nessa vida económica, nomeadamente por via do abastecimento e ou apoio à comunidade insular? E que tipo de atividades podem ser consideradas como suscetíveis de contribuir para esta “vida económica”: poderá a manutenção e exploração de infraestruturas como faróis, estações de observação ou reservas de vida selvagem constituir atividades suficientes para atribuir a uma formação insular a “vida económica” que a qualifica enquanto ilha em sentido pleno?

### ***A secção sobre “Ilhas e Rochedos no Direito do Mar”***

A resposta àquelas questões é determinante para a classificação de uma formação geológica insular como “ilha” ou “rochedo”. Neste sentido, a procura pela resposta constituiu um exercício essencial para a clarificação da regulação jurídica das ilhas e dos rochedos e, como tal, um contributo importante para a prevenção e resolução de conflitos associados. As referências – doutrinárias, jurisprudenciais e de prática observada – são ainda insuficientemente conclusivas para que exista um claro referente que permita esvaziar de conflitualidade a distinção entre “ilhas” e “rochedos”. Este exercício é, por isso, ainda sujeito a um excessivo grau de subjetividade, o que dá azo a interpretações guiadas, frequentemente, por interesses individuais de cada Estado na disputa e menos como resultado de um aturado exercício jurídico. A interpretação é um exercício jurídico, sujeito a metodologias e referentes próprios, que consiste em atribuir um significado objetivo a normas pré-existentes no âmbito do contexto onde se pretendem aplicar essas normas. A resposta às questões acima enunciadas contribuirá para que a interpretação e aplicação das normas relevantes, em particular da CNUDM, se faça de forma justa e equitativa.

A secção dedicada ao tema das “Ilhas e Rochedos no Direito do Mar”, que ora se publica no Anuário Português de Direito Internacional – 2014/15, pretende contribuir para este debate. Um debate que interessa à diplomacia e à academia Portuguesas, na medida em que permanecerá ainda por dirimir a divergência interpretativa existente entre Portugal e Espanha quanto a



saber se as Ilhas Selvagens são “ilhas” ou “rochedos”, daqui dependendo a natureza (e a dimensão) dos espaços marítimos adjacentes e o seu impacto na delimitação de fronteiras. Este é um assunto incontornável quando, em Portugal, se debatem as problemáticas relacionadas com o regime jurídico das ilhas e dos rochedos. Contudo, esta secção tem um propósito mais geral de discutir o regime jurídico, não pretendendo tratar de casos específicos. Isto não impede que alguns dos autores desta secção tenham decidido focar-se na questão específica das Ilhas Selvagens, como bom caso de estudo que é o da problemática que esta secção aborda. A responsabilidade pelas conclusões dos artigos que integram esta secção é, naturalmente, dos autores no pleno uso da sua liberdade académica.

A presente secção inicia-se com um artigo de Aldino Santos de Campos e de Paulo Neves Coelho dedicada à temática da “delimitação dos espaços marítimos das ilhas e dos rochedos”. Os autores abordam os aspetos técnicos relacionados com o processo de delimitação dos espaços marítimos no contexto da problemática da distinção entre ilhas e rochedos. Apesar de a CNUDM prever critérios de delimitação e de toda a sofisticação científica e tecnológica que apoia a concretização dessa delimitação, os autores concluem que, devido à subjetividade que ainda assim informa o processo, este não pode ser concretizado sem que haja também negociação.

Em seguida, Vasco Becker-Weinberg aborda a temática das “zonas de desenvolvimento conjunto a partir de ilhas e outros elementos naturais”. O autor sublinha que, na pendência da resolução de uma disputa sobre a delimitação de espaços marítimos, os Estados em disputa devem exercer autocontenção e não podem explorar recursos minerais comuns sem a autorização dos outros Estados que tenham legitimidade sobre tais recursos. O autor argumenta, ainda assim, que a figura do desenvolvimento conjunto é uma alternativa a considerar quando os Estados em questão não cheguem a acordo sobre a delimitação de fronteiras marítimas e de espaços marítimos adjacentes a ilhas e outros elementos naturais em disputa, não prejudicando as reivindicações de cada Estado.

A fechar esta secção, Pedro Quartim Graça debruça-se sobre o caso das Ilhas Selvagens. No seu artigo, recorrendo a elementos históricos, e sempre em diálogo com outros autores, o autor argumenta que as Selvagens são “ilhas” para efeitos do artigo 121.º da CNUDM, na medida em que cumprirão os critérios de habitabilidade e de existência de atividade económica.

O nosso sincero agradecimento a todos os autores pelo saber que emprestaram a esta secção, assim contribuindo para enriquecer a edição 2014/15 do Anuário Português de Direito Internacional.



## **ii) A Delimitação dos Espaços Marítimos das Ilhas e dos Rochedos**

Aldino Santos de Campos  
Paulo Neves Coelho

### **1. Introdução**

Um Estado, na sua concepção jurídica clássica, assenta em três elementos basilares<sup>37</sup>: o território, a população e o poder político. Centrando a atenção somente no primeiro elemento, o território, este é definido juridicamente, e de acordo com Kelsen (Kelsen, 2007, pp. 207-208), como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva. Em termos práticos, no domínio da geodesia, da geografia humana e da engenharia do território, é o local físico onde se poderá fixar uma população e que permite o desenvolvimento de determinadas actividades, sejam elas económicas ou puramente sociais.

Tratando-se de um elemento georreferenciado num corpo celeste, o território só poderá ser fisicamente definido por um conjunto de coordenadas associadas a um sistema de referência geoespacial. Estas, que podem ser representadas sob formato cartográfico ou simplesmente listadas, de forma associada aos vários elementos geográficos que descrevem esse mesmo território, são determinadas através de processos técnicos relacionados com a engenharia geográfica, e para os quais contribuem diversos factores naturais para a sua delimitação.

Como consagrado na Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 5º, o território nacional compreende o território historicamente definido no continente europeu bem como os arquipélagos dos Açores e da Madeira. São ainda definidos os espaços marítimos adjacentes ao território emerso, nomeadamente as águas territoriais e a zona económica exclusiva. É igualmente enunciado neste artigo os direitos de Portugal sobre os fundos marinhos contíguos ao seu território, designadamente a plataforma continental.

Contrariamente à delimitação territorial terrestre, onde historicamente a demarcação está, normalmente, associada à fisiografia do terreno, e onde são aproveitados os acidentes naturais, tais como os leitos ribeirinhos ou as elevações montanhosas, a delimitação marítima está associada a medições de valores de referência uma vez que o mar se apresenta como

---

37 Enunciados no artigo 1º da Convenção de Montevideo sobre os Direitos e os Deveres dos Estados, de 1933.

um meio continuo onde não é possível diferenciar realidades fisiográficas.

No processo de delimitação dos espaços marítimos, quando a distância entre dois Estados de costas opostas é inferior ao dobro da largura de um determinado espaço marítimo, então torna-se necessário proceder à delimitação entre esses mesmos Estados, definindo a sua fronteira marítima comum. Este processo aplica-se em toda a amplitude no caso de Estados com costas adjacentes. Acresce ainda que, à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, 1982 (CNUDM), cada espaço marítimo é definido por características próprias, quer pela sua largura, quer pela metodologia de delimitação do seu limite exterior. Um caso mais particular deste processo de delimitação e delimitação é o aplicado às ilhas e aos rochedos, contudo torna-se necessária uma primeira abordagem sobre os diversos espaços marítimos antes de entrar nos pormenores técnicos que devem ser considerados na delimitação dos espaços marítimos.

Sendo a delimitação dos espaços marítimos uma matéria multidisciplinar na qual o direito internacional assume relevância acrescida, o presente texto procura fixar-se nos aspetos técnicos relacionados com o traçado das linhas de delimitação.

## **2. Os espaços marítimos**

Os espaços marítimos diretamente relacionados com a soberania de um Estado são o mar territorial<sup>38</sup>, a zona económica exclusiva e a plataforma continental. Cada um destes domínios espaciais tem uma finalidade própria e foram consagrados à luz de fundamentos distintos. Portugal tem os seus espaços marítimos definidos através da Lei 34-2006<sup>39</sup>, onde adopta os limites exteriores em conformidade com os máximos previstos na CNUDM.

### **a. Mar Territorial**

O mar territorial<sup>40</sup>, conforme definido pela CNUDM na sua Parte II, compreende a zona de mar adjacente ao seu território emerso, às

---

38 Adicionalmente ao mar territorial, a Parte II da Convenção prevê a fixação de uma zona contígua cuja largura não poderá estender-se além das 24 milhas marítimas medidas a partir das linhas de base. Esta zona não será alvo de estudo neste documento, uma vez que se trata apenas de uma zona tampão onde o Estado poderá desempenhar certas medidas de fiscalização com base nos seus regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários.

39 Diário da República, 1.ª série—N.º 145—28 de julho de 2006

40 O mar territorial já haveria sido definido na Convenção de Genebra sobre o mar territorial e da zona contígua, de 1958. Esta Convenção fixou o valor máximo para a largura do mar territorial em conjunto com a zona contígua em 12 milhas marítimas. Cfr. artigo .24º, n.º 2.

águas interiores ou às águas arquipelágicas, onde aplicável, e cujo limite não ultrapassa as doze milhas marítimas, medidas a partir de linhas de base determinadas em conformidade com a CNUDM. Neste domínio geográfico, a soberania estende-se ao espaço aéreo subjacente ao mar territorial, bem como ao leito e subsolo (CNUDM, artº 2º). Este é o espaço marítimo, entre os demais previstos na CNUDM, onde a soberania do Estado ribeirinho é praticamente total<sup>41</sup> nesse espaço. A delimitação do mar territorial entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente pode ser definida, salvo em circunstâncias especiais, pela linha mediana cujos pontos são equidistantes dos pontos mais próximos das linhas de base<sup>42</sup>.

#### **b. Zona Económica Exclusiva**

A zona económica exclusiva<sup>43</sup> (ZEE), é uma zona situada além do Mar Territorial e a este adjacente, sujeita a um regime jurídico específico estabelecido na Parte V da CNUDM. A sua largura não se deverá estender além das 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial. Os direitos de soberania nesta zona são mais restritivos face aos existentes no mar territorial, sendo essencialmente centrados para os fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos seus recursos, vivos e não vivos, das águas subjacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo. O Estado tem ainda, entre outras, a jurisdição sobre a proteção e preservação do meio marinho bem como a investigação científica marinha. A delimitação da ZEE entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente deve ser feita por acordo e em conformidade com o Direito Internacional<sup>44</sup>. Este princípio, baseado numa solução equitativa, contrasta com a simplicidade métrica do da equidistância adotada para a resolução da delimitação no mar territorial.

---

41 Esta ressalva prende-se com a passagem inofensiva pelo mar territorial bem como, em determinadas circunstâncias, ao exercício da jurisdição penal e civil a bordo de navios estrangeiros, conforme previsto, respetivamente, na Parte II, Secção 3, e nos artigos 27º e 28º, todos da CNUDM.

42 Cf art 15º da CNUDM

43 Cf art 55º da CNUDM

44 Cf art 74º da CNUDM

### c. **Plataforma Continental**

A plataforma continental<sup>45</sup> compreende o leito e subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu Mar Territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância. O Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais, sendo o exercício desses direitos independente da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa<sup>46</sup>. As regras para a delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente impõem um procedimento e finalidade idênticos ao estipulado para a ZEE, *i.e.*, deverá ser conseguida por acordo e em conformidade com o Direito Internacional<sup>47</sup>, embora haja aqui uma ressalva assinalável que é a materialização desse mesmo espaço e o seu reconhecimento por parte da comunidade internacional após a publicação das recomendações por parte da Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLCS). Para efeitos práticos, só fará sentido em delimitar a Plataforma Continental entre dois Estados no caso de existir uma sobreposição, de duas ou mais áreas submetidas à apreciação por parte da CLCS e daí resultar sobreposição efetiva, sendo esta resolvida bilateralmente entre os Estados participantes. O limite exterior da Plataforma Continental poderá ser visto como uma fronteira marítima entre o Estado ribeirinho e a Área, cujos direitos se refletem igualmente nesse Estado ribeirinho. A métrica a aplicar na definição deste espaço marítimo é bem mais complexa que os domínios espaciais anteriormente apresentados<sup>48</sup>. Este assenta não só na referência básica anteriormente apresentada, as linhas de base, mas também num conjunto de pontos especiais denominados "Pé do Talude Continental", sobre os quais se aplica a métrica para definir a margem continental e da isobatimétrica dos 2,500 metros.

---

45 Cf art 76º da CNUDM

46 Cf artº 77º da CNUDM

47 Cf artº 83º da CNUDM

48 Cf artº 76º da CNUDM

Uma ressalva importante a assinalar relativamente às fronteiras marítimas entre o Estado Português e os Estados com costas adjacentes, ou situadas frente a frente, é a da adoção, face à inexistência de acordo em conformidade com o Direito Internacional, da linha equidistante entre os Estados<sup>49</sup>. Curiosamente, onde este princípio deveria ser utilizado na sua plenitude, no Mar Territorial, não o foi, tendo sido adotada uma linha de latitude constante na fronteira contígua à foz do rio Minho e outra de longitude constante na foz do rio Guadiana.

### **3. Considerações técnicas para o processo de delimitação dos espaços marítimos**

Existem três grandes áreas a considerar no processo de delimitação dos espaços marítimos. Essas são o ponto de partida do processo de delimitação do seu limite exterior livre e a delimitação das fronteiras marítimas com outros Estados.

#### **a. Estabelecimento do ponto de partida - Linhas de Base**

Conforme anteriormente referido, independentemente do domínio marítimo a analisar, existe um denominador comum quando se trata de fixar a sua largura. Esse elemento é a linha de base que, de acordo com a CNUDM, pode ser classificada em três tipos distintos: (1) linha de base normal, (2) linha de base reta e (3) linha de base arquipelágica.

As **linhas de base normal** são definidas pelo artigo 5º da CNUDM nos seguintes termos:

*“Salvo disposição em contrário da presente Convenção, a linha de base normal para medir a largura do mar territorial é a linha da baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro.”*

Da interpretação desta definição é de salientar dois elementos particulares: (1) ser *a linha de baixa-mar ao longo da costa* e (2) *como indicada nas cartas marítimas de grande escala*. O primeiro elemento

---

<sup>49</sup> Cf artº 10º da Lei 34-2006. Regra contida no decreto-lei que define os limites da ZEE Portuguesa

é uma realidade natural que pode ser observada ao longo da costa<sup>50</sup>, em recifes<sup>51</sup>, nos portos<sup>52</sup> e nos baixios a descoberta<sup>53</sup>. Contudo, a sua representação é mais complicada do que a verificação da sua existência. A sua reprodução nas cartas marítimas de grande escala depende, em muito, da metodologia adotada pelo serviço hidrográfico ou cartográfico do Estado que publica essas cartas. Fatores como o *Datum* vertical<sup>54</sup> adotado para a carta e a fisiografia da zona costeira são essenciais na localização da linha de base normal. O primeiro fator, que depende essencialmente da maré observada, pode assumir diversas soluções (Antunes, 2000:5-8), sendo que para Portugal o plano de referência vertical da carta coincide com o Zero Hidrográfico (plano de redução das sondas adquiridas numa sondagem hidrográfica). Este plano que se encontra ligeiramente abaixo da mais baixa baixa-mar astronómica garante assim a segurança à navegação, princípio basilar das cartas náuticas. O segundo fator, a fisiografia da zona costeira, tem uma maior relevância quanto menor for o declive da costa, por este implicar um deslocamento mais acentuado da linha de costa em função da variação da maré.

O segundo elemento a considerar, “tal como indicado nas cartas marítimas de grande escala”, remete para o grau de representatividade (ou graficismo) da própria linha. De acordo com a publicação S4<sup>55</sup> da Organização Hidrográfica Internacional (OHI), as cartas marítimas de grande escala deverão estar associadas a uma escala de representação igual ou maior que 1/75.000, o que corresponde às cartas de aproximação costeira e portuárias. Em termos práticos, e de acordo com os objetivos da cartografia náutica, que são efectivamente proporcionar a navegação marítima em segurança, não é viável ter uma cobertura nacional a esta escala por forma a cobrir toda a linha de costa. Em Portugal, no presente fólio cartográfico produzido pelo Instituto Hidrográfico, a escala das cartas que representam a totalidade da linha de costa, à maior escala, é de 1/150.000<sup>56</sup>, o que, de acordo com a publicação S4 da OHI, são classificadas de média escala e não de grande escala como remete o artigo 5.º da CNUDM. Se assumirmos um erro de graficismo teórico da

---

50 Cf artº 5º da CNUDM

51 Cf artº 6º da CNUDM

52 Cf artº 11º da CNUDM

53 Cf artº 13º da CNUDM

54 Plano de referência vertical a partir do qual os valores de profundidade e altitude são referidos

55 Regulations of the IHO for International (INT) Charts and Charts Specifications of the IHO

56 Correspondendo às cartas náuticas de navegação costeira.

ordem dos 0,1mm numa carta desta escala (1/150.000) então o rigor de posicionamento é da ordem dos 15 metros. Contudo, o mais real é assumir o erro de graficismo usual na ordem dos 0,2 mm, o que faz corresponder a um rigor de posicionamento efetivo na ordem dos 30 metros. Associada a esta incerteza, teremos ainda de considerar a “idade” da própria carta e a qualidade dos dados que originou a linha de costa representada, que no seu conjunto contribuirão para uma incerteza no posicionamento da linha de base normal sempre acima dos 30 metros.

Para mitigar esta limitação, com recurso à presente tecnologia, é hoje possível obter uma linha de base normal com rigor melhor que 5 metros através da conjugação de levantamentos topo-hidrográficos em zonas de espraiado (onde o erro associado à variação de maré é mais significativo) com imagens satélite de alta resolução georreferenciadas através de métodos geodésicos apropriados. O conhecimento do grupo data-hora da aquisição da imagem satélite conjugada com a altura da maré à hora, permite retificar a georreferenciação da linha de base para a sua posição correta consoante o declive da costa no local. Desta forma, não será tomada em linha de conta a cartografia náutica oficial, mas sim um conjunto de pontos vetorizados da linha de costa que representam a linha de base sem qualquer escala associada.

As linhas de base reta são definidas na CNUDM pelo artigo 7.º e podem ser utilizadas quando se verificarem certas condições. No essencial, e entre outras condições enunciadas neste artigo, estas não deverão afastar consideravelmente da direção geral da costa e as zonas de mar situadas dentro dessas linhas devem estar suficientemente vinculadas ao domínio terrestre para ficarem submetidas ao regime das águas interiores<sup>57</sup>. Estas linhas deverão ser representadas através de cartas náuticas de escala adequada ou em listas de coordenadas associadas a um determinado sistema de referência geodésico<sup>58</sup>.

Um Estado pode, para definir a linha de base a partir da qual mede os seus espaços marítimos, conjugar uma solução combinada pelos diferentes métodos anteriormente apresentados, isto é, linha de base normal e linha de base reta, sendo que os pontos de apoio das linhas de base reta sejam pontos extremos dos segmentos das linhas de base normal.

---

57 Cf artº 7º para 3. da CNUDM

58 Cf. Artº 16º da CNUDM

Apesar de poderem ser usadas unicamente mediante certas condições, e de ser defendido que constituem uma exceção<sup>59</sup> à regra geral, definida pelo artigo 5.º, a realidade é que o recurso às linhas de base reta é uma prática amplamente usada pelos Estados ribeirinhos. Numa análise realizada pelos autores com base nos dados oficiais publicados pela Organização das Nações Unidas<sup>60</sup>, cerca de 80% dos Estados com uma linha de costa superior a 50 milhas<sup>61</sup> dispõem de um sistema de linhas de base reta legislado a nível nacional (Figura 1), sendo demonstrado facilmente que neste caso a referida situação de exceção parece antes, constituir a regra. Salientam-se apenas alguns dos Estados com grandes linhas de costas que não definiram linhas de base reta, como é o caso dos Estados Unidos da América<sup>62</sup>, Perú, Namíbia, Japão e Nigéria.

---

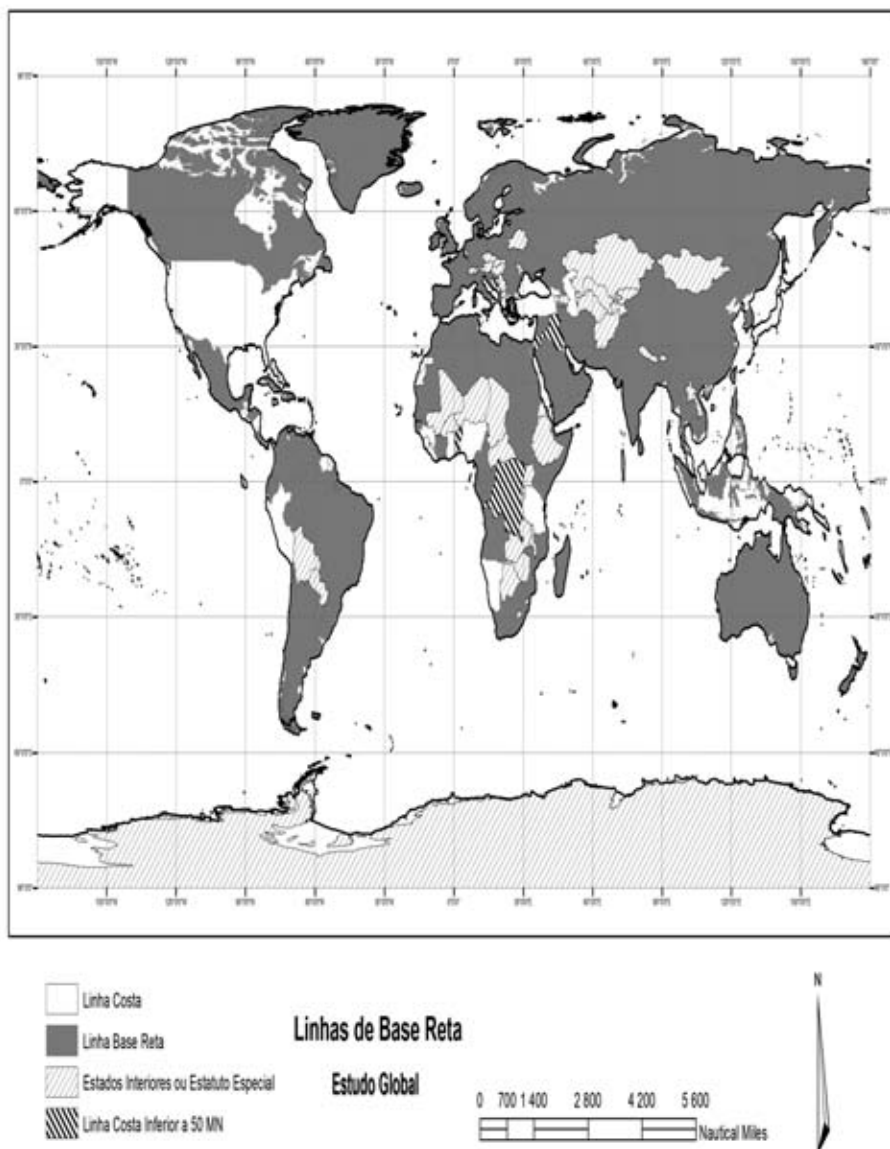
59 Entre outros, ILA, *Baselines Under the International Law* – Washington Conference, 2014, § 47-48. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain*, Julgamento, § 212, p. 103.

60 [http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table\\_summary\\_of\\_claims.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf)

61 O Departamento de Estado Norte Americano considera aceitável que uma linha de base reta possa ter um comprimento até 48 milhas marítimas. Cfr. *Limits in the Sea* n.º 106, p. 14.

62 Os Estados Unidos da América têm um interesse próprio muito claro para ter seguido esta via que, essencialmente, assenta no desejo de assegurar de modo amplo os princípios da liberdade de navegação e nas relações entre os Estados Federados e a Federação relativamente à titularidade dos recursos nas águas interiores e no mar territorial (COELHO, 2012, pp. 83-94).





**Figura 1** – Aproximadamente 80% dos Estados com uma linha de costa superior a 50 milhas dispõem de um sistema de linhas de base reta legislado a nível nacional.

Por último, e sem entrar em grandes detalhes nesta solução, há que referir as **linhas de base arquipelágica**. Estas são definidas na Convenção pelo artigo 47º, e aplicam-se única e exclusivamente aos Estados considerados arquipelágicos<sup>63</sup>. Constrangidas a diversas condições métricas e de proporcionalidade enunciadas nesse artigo, estas linhas encerram as águas arquipelágicas, podendo ainda assim delimitar no seu interior<sup>64</sup> águas interiores através do traçado de linhas de fecho, em conformidade com os artigos 9.º, 10.º e 11.º da Convenção.

#### **b. Traçado da Delimitação**

Uma vez definida a linha de base a partir da qual se mede os espaços marítimos, torna-se então possível traçar os limites dos espaços marítimos baseados nas suas respetivas distâncias. A determinação rigorosa destes limites requer a aplicação dos conceitos de geodesia, nomeadamente o conhecimento do sistema de georreferência associado, elipsóide de referência e respetivo *datum*. Outro elemento igualmente importante na competência da geodesia é o conhecimento dos vetores de transformação associados aos diferentes *data* na região. Este elemento é fundamental no caso de estarmos a lidar com dados com um legado histórico, ou no caso da definição de fronteiras marítimas comuns onde os Estados de costas adjacentes apoiem o seu sistema de georreferência em diferentes *data*.

#### **i. Limite exterior do espaço marítimo**

O limite exterior livre do espaço marítimo, ou seja, aquele que pode ser traçado na ausência de sobreposição de áreas reclamadas pelos Estados vizinhos, é um processo relativamente fácil de implementar, com exceção da delimitação exterior da plataforma continental além das 200 milhas marítimas conforme previsto no art.º 76º da Convenção. Numa forma simplista, a sua determinação é conseguida pelo cálculo e traçado de uma determinada distância às linhas de base anteriormente expostas. Para tal, poder-se-á adotar uma de duas soluções; (1) o traçado geométrico (cartográfico), ou (2) o traçado computacional.

O traçado geométrico com base na cartografia é, sem dúvida, o

---

63 Cf. Artº 46º da CNUDM

64 Cf. Artº 50 da CNUDM

mais simples de implementar por ser realizado de forma expedita. Este pressupõe apenas o traçado de arcos medidos à distância máxima estabelecida para cada um dos espaços marítimos, ou de retas paralelas às linhas de base reta. Contudo, devido ao facto da Terra não ser plana e, consequentemente, a sua representação cartográfica implicar diversas distorções nos objetos a representar, a adoção desta metodologia é apenas válida para distâncias limitadas às 24 milhas (Talos, 2014:5-3). Para distâncias superiores dever-se-á considerar o traçado computacional, de forma a ser tomada em consideração a curvatura da Terra. Acresce ainda que ao utilizarmos uma carta náutica (projeção de Mercator) como base para traçado geométrico, teremos de ter em consideração a mudança de escala em função da latitude (Talos, 2014:5-5) e o tipo de linha que é possível traçar nestes documentos, linha loxodrómica<sup>65</sup> em vez de linha geodésica<sup>66</sup> (Carleton and Schofield, 2001:8).

Presentemente, e com a disponibilidade de dados vetoriais de qualidade, o traçado computacional é o mais adequado, pelo que não é de todo recomendada a prática do traçado geométrico. Este tipo de operação, usualmente efetuada com recurso aos Sistemas de Informação Geográfica (SIG), permite a obtenção das coordenadas dos limites exteriores com um rigor unicamente dependente da resolução dos dados de origem (linhas de base). Os pontos resultantes do cálculo computacional são de referência geodésica, uma vez que os algoritmos associados resolvem o cálculo da distância sobre um determinado elipsóide de referência. Estes algoritmos, dada a complexidade de resolução sobre uma superfície geodésica, são implementados através de processos iterativos em SIGs dedicados para o efeito. No mercado existem diversos pacotes de aplicações que incorporam esta abordagem, por exemplo o CARIS LoTS (Law of the Sea) e o GeoCAP UNCLOS. Existe ainda a possibilidade de recorrer a aplicações autónomas desenvolvidas para o efeito onde as coordenadas são

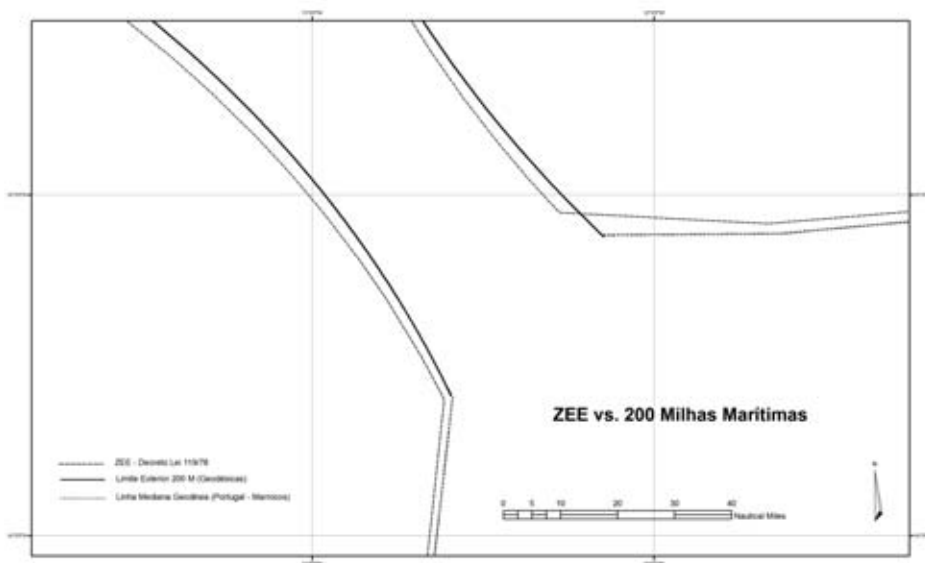
---

65 Uma loxodrómica é representada por uma linha reta numa projeção de Mercator sendo também de azimute constante. A diferença entre uma loxodrómica e uma geodésica pode ser significativa em função do comprimento da linha, da latitude e da direção da mesma.

66 Uma geodésica é uma linha torça que representa a distância mais próxima entre dois pontos sobre um dado elipsóide. Numa projeção de Mercator (carta náutica) é representada por uma curva com a sua concavidade virada para o equador. Contudo, este é o tipo de linha mais adequada para o estabelecimento dos limites marítimos por representar efetivamente as posições reais.

calculadas e listadas e posteriormente integradas num SIG. Entre os possíveis algoritmos adotados para a resolução deste problema, há a salientar o algoritmo de Thaddeus Vincenty (Vincenty, 1975) que resolve de forma iterativa a distância entre dois pontos sobre um dado elipsóide com um rigor de 0,5 mm.

A título de exemplo, na Figura 2, pode-se ver a consequência prática resultante do cálculo geométrico da ZEE Portuguesa, tal como descrito no Decreto-Lei nº 119/78, e a real posição das 200 milhas marítimas medidas a partir das linhas de base. Esta diferença está associada não só à limitação causada pelo processo geométrico, mas também à resolução da sua origem (o rigor do posicionamento das linhas de base).



**Figura 2** – Disparidade verificada no posicionamento do limite exterior da ZEE Portuguesa na região localizada a SW do Cabo de São Vicente. O desvio de cerca de 8 milhas marítimas no ponto SW da subárea da ZEE do Continente, entre o traçado da ZEE tal como descrito no DL 119/78 e o traçado das 200 milhas marítimas medidas sobre o elipsóide de referência (ETRS89), resulta essencialmente da capacidade computacional atualmente existente para o traçado deste limite de distância considerável (200 M).

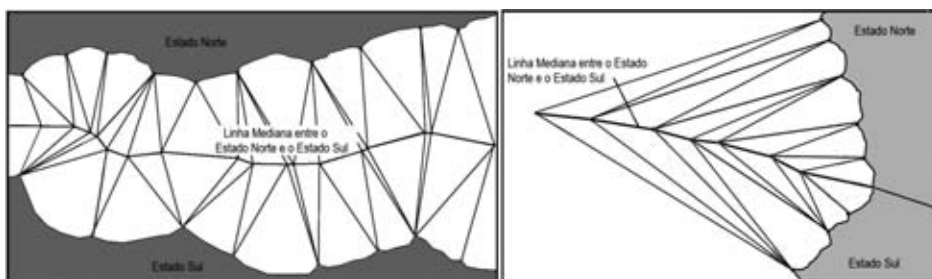
## **ii. Determinação da fronteira marítima entre Estados**

Como já mencionado anteriormente, a delimitação do espaço marítimo entre Estados, onde haja lugar a sobreposições de áreas, é tratado de forma própria. Essa abordagem é, na sua essência, distinta entre o Mar Territorial e a Zona Económica Exclusiva. A determinação da fronteira marítima entre Estados numa eventual sobreposição de área na plataforma continental, que se estenda para lá das 200 milhas marítimas, deverá seguir as regras estabelecidas para o regime da Zona Económica Exclusiva, conforme plasmado na similitude entre os artigos 74.º e 83.º da Convenção.

Além dos aspetos técnicos já referidos para o traçado do limite exterior livre dos espaços marítimos, nomeadamente os geodésicos e os cartográficos, o traçado da fronteira marítima bilateral carece de um cuidado acrescido por esta ser comum a dois Estados. A CNUDM prevê dois princípios basilares que servem de referência a este traçado.

O primeiro, princípio de equidistância, que é aplicado ao Mar Territorial, assenta na delimitação definida por uma linha equidistante às linhas de base a partir das quais se mede o mar territorial dos Estados vizinhos. Em termos práticos, esta linha é composta por segmentos de reta cujos vértices são os pontos de igual distância aos pontos mais próximos das linhas de base dos dois Estados vizinhos. No artigo 15º da Convenção esta linha é definida como “linha mediana cujos pontos são equidistantes...”, contudo, e do ponto de vista técnico, há uma clara distinção à linha mediana, sendo esta definida como linha equidistante entre países de costas opostas, face a linha lateral, também esta equidistante, mas definida como linha equidistante entre Estados adjacentes (Talos, 2014:6-4). Na prática, e face à complexidade das linhas de costa envolvidas nos processos de delimitação bilateral, o conceito de “linha mediana” é aplicável em ambos os tipos de costa.

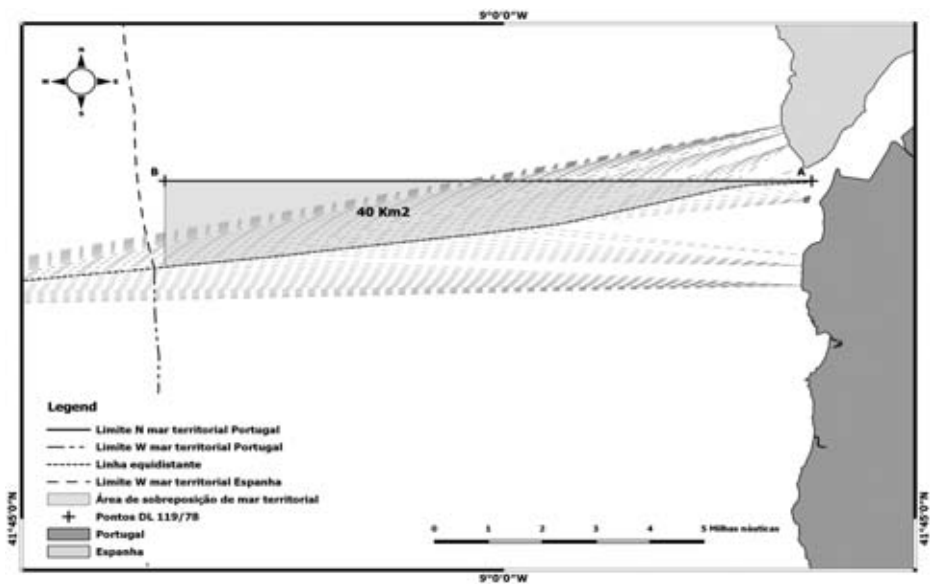
A construção geométrica desta linha está largamente documentada (Talos, 2014:6-5), mas no essencial assenta numa metodologia iterativa, onde são identificados os pontos mais relevantes de cada uma das costas dos Estados intervenientes e localizado o seu ponto equidistante. A sucessão deste algoritmo determina os diversos segmentos de reta que compõe a linha mediana. Na Figura 3, está representado um exemplo para o traçado da linha mediana com costas opostas (esquerda) e costas adjacentes (direita), respetivamente.



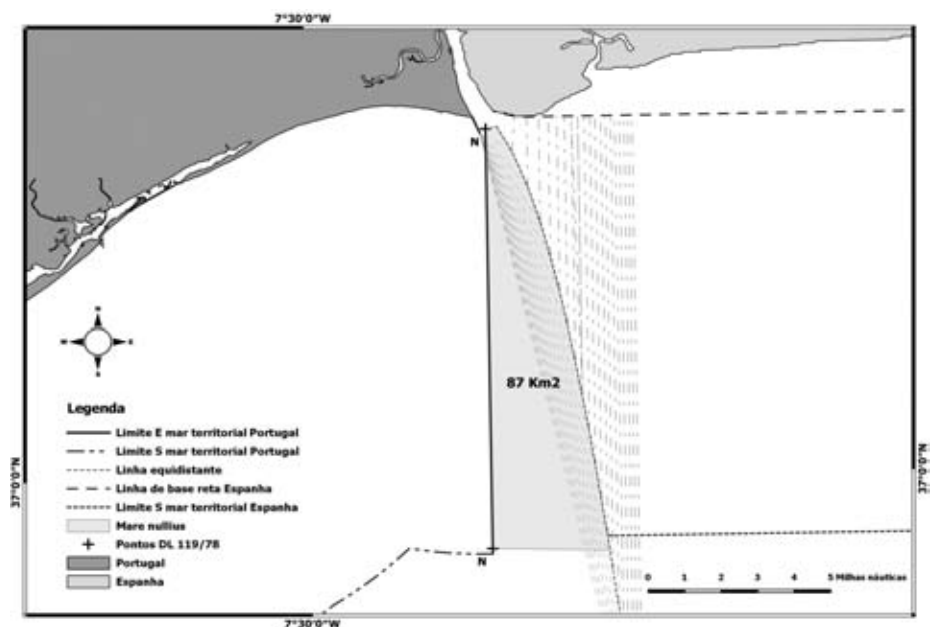
**Figura 3** – Traçado da linha mediana entre dois Estados, à esquerda está representado o traçado obtido no caso entre Estados com costas opostas e à direita no caso de costas adjacentes. Ilustrações adotadas com base no Manual dos Aspectos Técnicos da Convenção da Lei do Mar das Nações Unidas de 1982 (TALOS).

Este tipo de abordagem, construção geométrica, está constrangido à geometria planimétrica referida à cartografia náutica. Também à semelhança do traçado do limite exterior dos espaços marítimos, o recurso a Sistemas de Informação Geográfica (SIG) com capacidade de gerar tais linhas é desejável. Estes sistemas possibilitam a determinação da fronteira bilateral com um elevado rigor, sendo que este apenas depende do rigor associado às linhas de base dos Estados envolvidos. Considerando a largura máxima do Mar Territorial, de 12 milhas marítimas, não é espetável uma assinalável diferença no posicionamento da linha de fronteira se compararmos o resultado obtido com recurso ao cálculo geodésico com o obtido através das projeções cartográficas. Isso não será verdade se considerarmos distâncias superiores à largura máxima do Mar Territorial.

Um outro fator a considerar é o sistema de referência espacial associado aos Estados de costas adjacentes que apoiem o seu sistema de georreferência em diferentes *data*. Esta não correspondência em termos geodésicos, entre os Estados, implicará uma não coincidência na solução final. Se a este fator juntarmos metodologia distintas para a obtenção da linha mediana, então certamente teremos duas soluções unilaterais perfeitamente distintas. A título de exemplo, nas Figuras 4 e 5 estão esquematizadas as representações das linhas de fronteira até às 12 milhas marítimas (Mar Territorial) a Oeste da foz do Rio Minho e a Sul da foz do Rio Guadiana, respetivamente. De salientar que, considerando o Decreto-Lei 119/78 para a definição do traçado do espaço marítimo por parte do lado português, e considerando a linha mediana, de acordo com o artigo 15.º da Convenção, para a representação da fronteira marítima de Espanha, vamos obter zonas de sobreposição no caso do Rio Minho e outras zonas não reclamadas por nenhum Estado.



**Figura 4** – Exemplo do traçado da fronteira até às 12 milhas marítimas (Mar Territorial) na região de fronteira a norte de Portugal Continental (a oeste da foz do rio Minho), onde, pela adoção de um paralelo de latitude constante, por parte de Portugal, resulta uma área de sobreposição.



**Figura 5** – Exemplo do traçado da fronteira até às 12 milhas marítimas (Mar Territorial) na região de fronteira a Sul de Portugal Continental (a sul da foz do Rio Guadiana), onde, pela adoção de um meridiano de longitude constante, por parte de Portugal, resulta uma área não reclamada por nenhuma das partes.



O segundo princípio basilar referido na Convenção para a delimitação entre Estados, princípio da solução equitativa, é aplicado à ZEE e plataforma continental para além das 200 milhas marítimas. Este princípio poderá ser mais difuso quanto à sua interpretação jurídica, já que a solução técnica resulta da ponderação dessa mesma interpretação. De facto, conforme artigos 74º e 83º da Convenção, a delimitação quer da ZEE, quer da plataforma continental, entre Estados, deve ser feita por comum acordo, em conformidade com o Direito Internacional, fazendo referência ao artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, a fim de se chegar a uma solução equitativa.

Contrariamente à solução de equidistância, a solução de equitabilidade não está revestida de um sentido objetivo prático, o que possibilita diversas e distintas interpretações na forma como esta equidade possa ser alcançada. Os tribunais internacionais têm vindo a seguir um método que tem em vista a obtenção de uma solução equitativa para a delimitação que consiste, essencialmente, em três fases. A primeira fase compreende o traçado de uma linha equidistante provisória com recurso a métodos geométricos. Na segunda fase é verificada a existência de circunstâncias relevantes que possam implicar a necessidade de ajustar a linha equidistante provisória para que seja obtido um resultado equitativo. Essas circunstâncias relevantes poderão estar relacionadas com vários fatores, nomeadamente, a dimensão das linhas de costa ou das áreas de território emerso que geram as áreas a delimitar, as características geomorfológicas e geológicas da costa, a existência de recursos, bem como os elementos históricos relacionados com as práticas dos Estados e das populações locais. Por último, é efetuado um teste de proporcionalidade com a finalidade de aferir se o resultado do traçado da linha equidistante provisória e dos eventuais ajustes com base em circunstâncias relevantes originam uma solução equitativa<sup>67</sup>.

De acordo com a publicação da Organização Hidrográfica Internacional *Technical Aspects in Law of the Sea* (TALOS, 2014:6-8,12), existem diversos métodos que derivam do princípio

---

67 Cfr. entre outros os seguintes casos: *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624, *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)* (2014).



da equidistância e que se podem aproximar de uma solução aceite para equitabilidade entre Estados. Entre outros, os mais relevantes são os métodos de efeito parcial e de comparação com o comprimento da linha de costa.

#### **4. O caso especial das ilhas e rochedos**

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar define o regime das ilhas em parte própria (Parte VIII). Esta é composta por um único artigo, artigo 121.º, no qual é definido o objeto “ilha”<sup>68</sup>, são estipulados os espaços marítimos subjacentes às ilhas, e é definido o objeto “rochedo”.

Apesar de terem sido apresentadas diversas propostas na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, no sentido de limitar a equivalência do estatuto das ilhas aos Estados continentais, quer pelo fator da área, quer pela população residente, prevaleceu o estatuto de equivalência entre estes diferentes tipos de território, tendo sido rejeitadas todas as propostas contrárias (Borgia, 2010:10). Assim, o n.º 2 do artigo 121.º, enuncia ainda que os espaços marítimos associados às ilhas deverão ser determinados em conformidade com as disposições da Convenção aplicáveis a outras formações terrestres, ou seja, deverão ser aplicadas as mesmas metodologias anteriormente apresentadas para determinar o limite exterior e as fronteiras bilaterais dos espaços marítimos.

##### **a. O estatuto do território a delimitar: ilha ou rochedo?**

O traçado dos limites dos espaços marítimos, do ponto de vista da sua execução técnica, não será certamente uma dificuldade a ser ultrapassada quando aplicado às ilhas. De igual forma também não será quando aplicado aos rochedos. O artigo 121.º, no seu n.º3, estipula que os rochedos não devem ter ZEE nem plataforma continental, sendo que só podem gerar mar territorial. O mesmo artigo define ainda que os rochedos são, na sua essência, uma formação natural de terra, rodeada de água, mas que por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida económica. A interpretação da própria definição de rochedo poderá levar a um enquadramento difuso, já que o facto de determinadas ilhas não

---

<sup>68</sup> A definição de ilha, tal como consagrada no n.º1 do artigo 121.º, deriva da definição já estabelecida no artigo 10.º da Convenção de Genebra (1958) do Mar Territorial e Zona Contígua.

serem habitadas não significa que devam, apenas por essa razão, ser consideradas rochedos. Nesta interpretação o relevante não é serem habitadas ou terem atividade econômica em concreto, mas sim haver, em abstrato, a suscetibilidade de poderem ser habitadas e de se poder desenvolver uma determinada atividade econômica. O próprio conceito de “prestar à habitação humana” é por si só muito subjetivo uma vez que não é descrito nenhum fator quantitativo que determine essa mesma capacidade. Ainda se assim fosse<sup>69</sup>, por exemplo através do estabelecimento de uma área mínima de superfície, ou de um número mínimo de habitantes, tal poderia variar em função de outros fatores que vão para lá de uma simples métrica, nomeadamente pelo posicionamento ou interesse geoestratégico, tal como acontece presentemente no Mar do Sul da China. O conceito de se prestar à vida econômica é igualmente subjetivo, já que, no atual mundo globalizado, raros são os territórios que não careçam de interdependência com outras economias para a sua própria existência.

**b. A inevitabilidade da solução difusa**

Tratando de uma matéria controversa em termos de interpretação, a solução final aceite entre as partes, na negociação da solução equitativa, será forçosamente uma solução difusa. Apenas os extremos do binómio ilha-rochedo serão inequívocos no traçado da sua delimitação. Todas as restantes soluções para o traçado serão fixadas entre as soluções extremas, isto é, ocorrerão entre os limites traçados para a solução “ilha” e para a solução “rochedo”. A complexidade associada a esse traçado, que terá como ponto de partida a linha equidistante, e a consideração dos seus extremos, vai ser função das ponderações que forem atribuídas às partes que contribuem para a solução. Essas ponderações, com base em fatores diversos, deverão ser aceites por ambas as partes, de forma a chegar a uma solução construtiva e duradoura. Estes fatores, tais como área ou comprimento da linha de costa, permitirão ajustar a linha mediana (base de partida) contribuindo para um valor de efeito parcial ajustado à solução final.

De forma a ilustrar a variabilidade das soluções possíveis, são

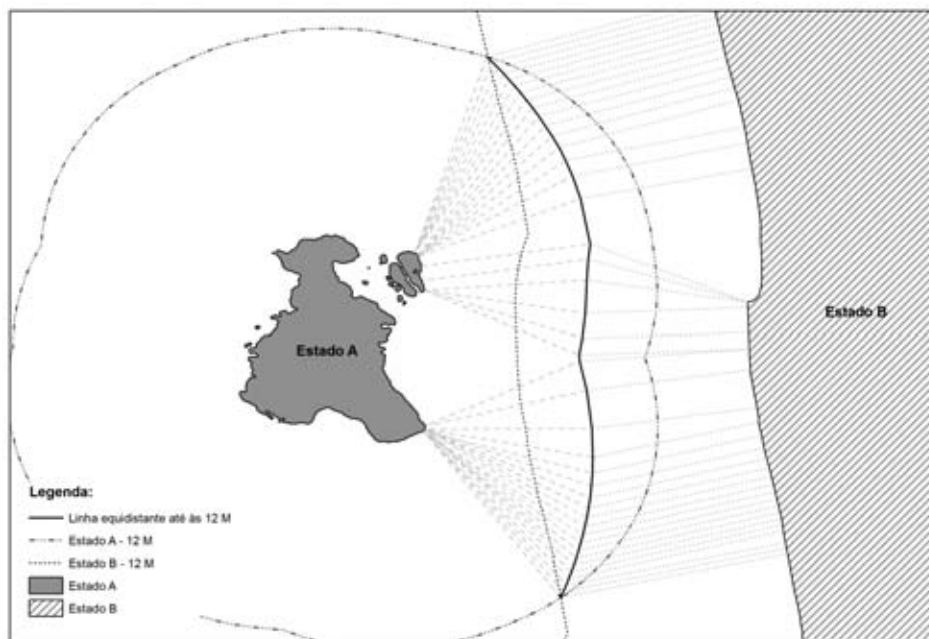
---

<sup>69</sup> Valores métricos do Gabinete Hidrográfico Internacional (IHB) são apontados por Borgia (2010:12), para a qualificação de estatuto de ilha, ilhéu e rochedo, sendo que os últimos têm menos de 1 km quadrado de área.

apresentados alguns cenários, baseados em ilhas e rochedos fictícios, onde facilmente e graficamente se poderá concluir que o fator preponderante para a solução encontrada reside na real interpretação do estatuto assumido para o “objeto rodeado por água”.

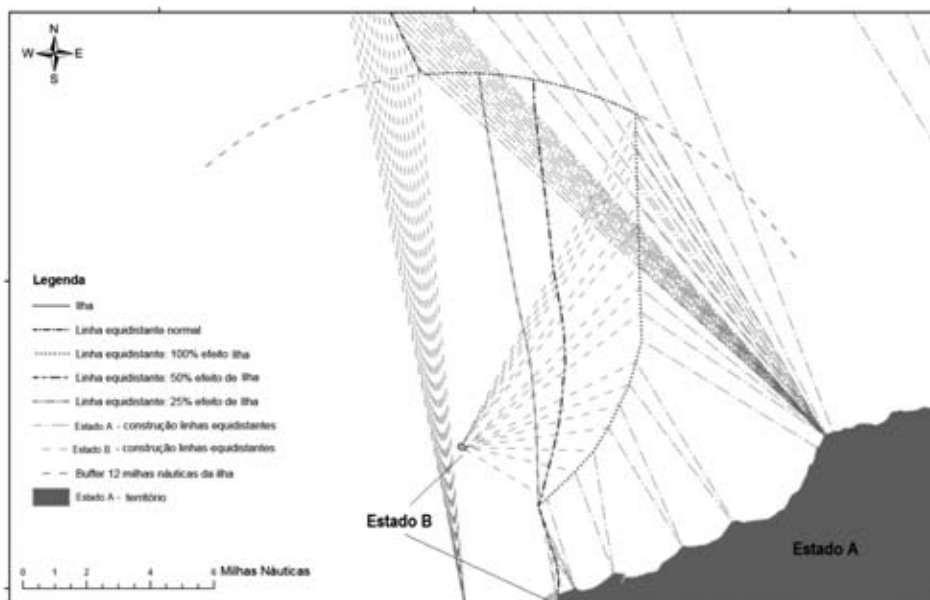
### c. Delimitação do mar territorial das ilhas e rochedos

A construção geométrica da solução para o traçado do mar territorial, face às disposições anteriormente descritas, é o caso mais simples de se abordar. Para este espaço marítimo ambas as partes, sejam ilhas ou rochedos, partem do mesmo princípio de igualdade uma vez que quer num caso quer no outro geram mar territorial. A Convenção também prevê que para esta situação seja adotada a linha mediana como referência, tal como ilustrado na Figura 6 onde quer uma ilha, quer um rochedo são tratadas da mesma forma contribuindo para uma única linha mediana que faz fronteira com um Estado distinto.



**Figura 6** – Traçado computacional da linha de fronteira no Mar Territorial, onde quer as ilhas quer os rochedos (Estado A) são tomados em consideração como equivalentes para a identificação da linha mediana a ser definida em oposição a outro Estado (B).

Contudo, e até neste caso do traçado do Mar Territorial, com vista a uma abordagem puramente académica, poderá ser equacionada uma solução num contexto negocial mais complexo, onde a desproporcionalidade das áreas a considerar entre territórios contribuam para eventual ajustamento do traçado do mar territorial. No exemplo da Figura 7 é apresentado um exemplo ilustrativo desta situação, onde a reduzida dimensão da ilha do Estado B contrasta com a área do Estado costeiro A. Estas pequenas considerações, embora não em linha com o estipulado na Convenção, permitem levar à mesa das negociações soluções alternativas para um contexto mais alargado (ser moeda de troca para outras soluções igualmente complexas).

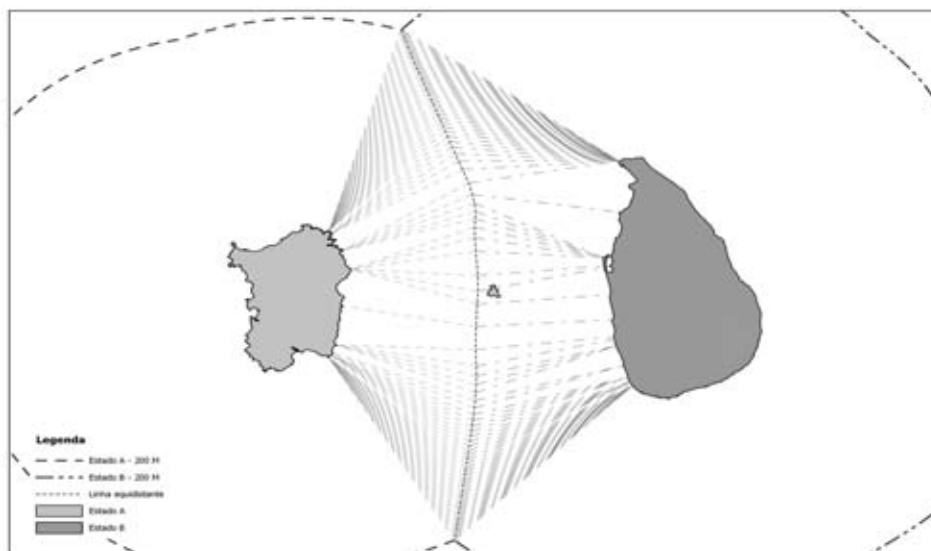


**Figura 7** – Solução de efeito parcial ao nível da delimitação do Mar Territorial a ser considerada num contexto de negociação alargada (maior complexidade) entre as partes.

#### **d) Delimitação da ZEE e Plataforma Continental entre ilhas**

Considerando o traçado da delimitação da ZEE ou da Plataforma Continental estendida entre dois Estados, a abordagem a tomar relativamente aos rochedos é tão simples como ignorar a sua própria existência, i.e., a sua posição geográfica não é tomada em consideração para o processo de traçado de delimitação. Na Figura 8 está ilustrado um caso onde a formação insular e reconhecida

pelas partes com o estatuto de “rochedo” e como tal são somente consideradas as linhas de base da ilha de referência do Estado A.

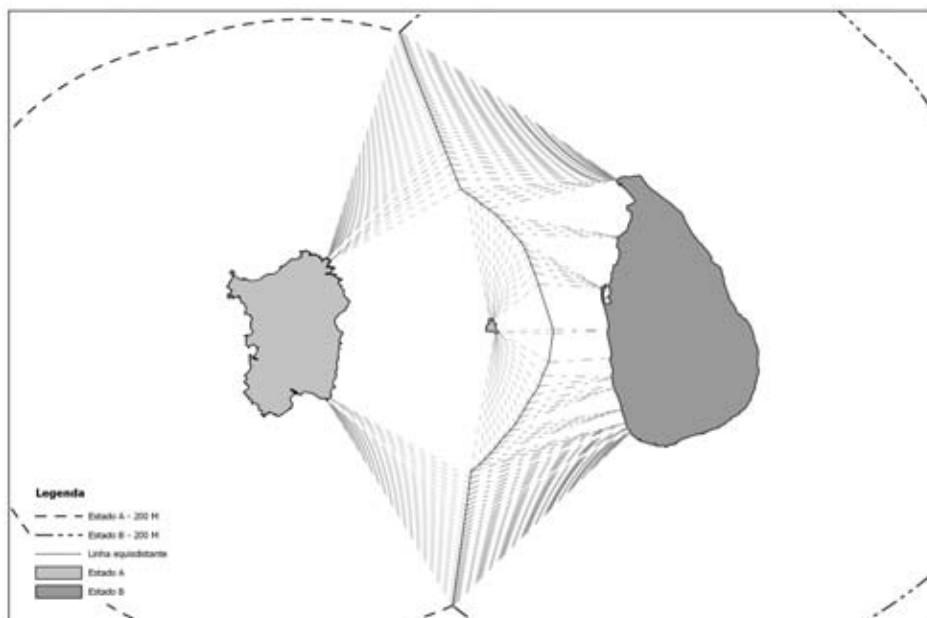


**Figura 8** – Traçado computacional da linha equidistante entre dois Estados (ilhas) onde um dos Estados detém um “rochedo” além da linha mediana das ilhas. Essa formação rochosa não é tida em consideração no traçado do limite da ZEE (neste caso, a linha mediana entre os Estados), mas gera mar territorial (não representado nas Figuras 8 a 10).

Assim, para o traçado destes espaços marítimos apenas deverão ser consideradas as formações rochosas juridicamente consideradas como “ilhas” e, mesmo estas, devido aos fatores múltiplos anteriormente descritos, dever-se-ão considerar soluções múltiplas no processo de negociação.

A título de exemplo são apresentados alguns cenários onde a solução final se encontrará entre a solução ilustrada na Figura 8 (solução extrema negativa do ponto de vista do Estado A) e solução descrita na Figura 9 (solução extrema positiva para o Estado A).

Quando se toma em consideração fatores múltiplos, relativos à dimensão da ilha, comprimento da linha de costa, dimensão da população, atividade económica, etc., uma complexidade de variáveis poderão alimentar uma equação que permite derivar um fator de parcialidade de efeito da ilha como contributo para a determinação da linha mediana. Na Figura 10 estão representadas a linhas mediana balizadoras (efeito nulo e total) bem como uma linha equidistante de meio efeito (50%).



**Figura 9** – Solução Extrema Positiva para o Estado A. A pequena ilha localizada além da linha mediana entre os Estados tem um efeito total na geração da linha mediana entre os Estados.



**Figura 10** – Linhas mediana balizadoras (efeito nulo a ponteados e efeito total a tracejado). Na procura de uma solução equilibrada, é representada uma linha de equidistante de efeito parcial (50%).

## Considerações Finais

No processo de delimitação dos espaços marítimos existem diversos fatores a serem considerados. Sejam estes relacionados com a fisiografia da costa, onde a maré local e morfometria costeira são elementos essenciais, seja relacionado com a representação cartográfica, com as diversas escalas e erros associados, seja ainda pela execução métrica, onde a geodesia e geomática computacional desempenha um papel essencial, a tecnologia e a ciência hidrográfica e cartográfica conseguem ter um desempenho à altura para colmatar qualquer limitação decorrente do processo de delimitação.

Como descrito anteriormente, e ilustrado com diversos exemplos neste documento, a tecnologia com recurso aos atuais Sistemas de Informação Geográfica, facilmente permite descrever e gerar as linhas necessárias a serem consideradas como fronteira marítima entre dois ou mais Estados.

A questão de estabelecer os espaços marítimos das ilhas ou rochedos vai muito para lá da simples métrica computacional. Apesar de ser descrito de forma clara na Convenção as definições das formações insulares, a sua interpretação torna-se difusa por estar envolvida num sem número de fatores sem expressão quantitativa.

Será certamente à mesa das negociações que as partes envolvidas deverão derivar e quantificar esses fatores por forma a se chegar a um valor quantitativo e avaliar o efeito parcial quando da execução da linha de fronteira que terá como referência basilar a linha mediana.

## Bibliografia

Antunes, N.S.M. (2000). The importance of Tidal Datum in the Definition of Limits and Boundaries», *Maritime Briefing*, Volume 2, Number 7, Durham: International Boundaries Research Unit.

Borgia, F. (2010). *Rocks or Islands? The Asian Dilemma*. AsianSIL Working Paper 2010/15. Singapore, Asian Society of International Law.

Carleton, C., Schofield, C. (2001). «Developments in the Technical Determination of Maritime Space: Charts, Datum, Baselines, Maritime Zones and Limits», *Maritime Briefing*, Volume 3, Number 3, Durham: International Boundaries Research Unit.

Coelho, P. N. (2012). *O Traçado das Linhas de Base - O Caso Particular das Linhas de Fecho e de Base Reta Portuguesas*, Lisboa: ADFA.

Kelsen, H. (2007). *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange, Ltd.

Vincenty, T. (1975). *Direct and Inverse Solutions of Geodesics on the Ellipsoid with application of nested equations*. *Survey Review*. XXIII – 176: 88–93, Directorate of Overseas Surveys of the Ministry of Overseas Development, Surrey.

Caso da Delimitação Marítima e Terrestre (Qatar v. Bahrain), International Court of Justice [ICJ] Reports 1994.

Caso da Delimitação Marítima no Mar Negro (Roménia v. Ucrânia), International Court of Justice [ICJ] Reports 2009.

Caso da Disputa Territorial e Marítima (Nicarágua v. Colômbia), International Court of Justice [ICJ] Reports 2012.

Arbitragem para a Fronteira Marítima entre Bangladesh e Índia na Baía de Bengala (Bangladesh v. India), 2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2001), Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain.

International Hydrographic Organization (2013). Regulations of the IHO for International (INT) Charts and Charts Specifications of the IHO (S4- Ed. 4.4.0). International Hydrographic Bureau, Monaco.

International Hydrographic Organization (2014). A Manual on Technical Aspects of the United Nations Conventions on the Law of the Sea - 1982 (S51- Ed. 5.0.0). International Hydrographic Bureau, Monaco.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Baselines Under the International Law – Washington Conference, 2014.

United Nations (1982). United Nation Convention on the Law of the Sea. UN General Assembly.



*Constituição da República Portuguesa – V Revisão Constitucional.*  
Versão online no site: [http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/index.html](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html).

Lei n.º 34/2006. Diário da República, 1.ª série - N.º 145 (28 de julho de 2006): 5374-5376.

Decreto-Lei n.º 119/78. Diário da República, 1.ª série - N.º 125 (1 de junho de 1978): 984-988.

United States Department of State (1987), Limits in the Seas n.º 106-Developing Standard Guidelines for Evaluating Straight Baselines.



### iii). Joint development zones from islands and other features

Vasco Becker-Weinberg

#### *Abstract*

The *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS)<sup>70</sup> does not include specific provisions on territorial sovereignty disputes over islands and other features. It does, however, provide rules on the determination if a certain feature is an island and what adjacent maritime zones can it project. Moreover, international jurisprudence has also considered the relevance of islands for the purpose of the delimitation of maritime boundaries.

The Convention also offers rules when States fail to reach an agreement on the delimitation of maritime boundaries, which include maritime zones projected from disputed territorial features. These rules determine the rights and obligations of all States in disputed maritime areas.

Consistent with these rules, it has been widely acknowledged that joint development agreements offer a suitable legal solution, especially as this alternative allows coastal States to lawfully develop resources found in disputed maritime areas, without prejudice of their respective sovereignty claims.

This paper examines the joint development *rationale* applicable to islands and other features, taking into consideration the existing legal framework and State practice.

#### *Seabed activities in disputed maritime areas*

The legal principle applicable to maritime boundaries is that of delimitation by agreement. Articles 74(1) and 83(1) of UNCLOS do not create an obligation requiring States to enter into a maritime delimitation agreement. States are only required by international law to enter into meaningful negotiations and to cooperate in trying to settle their disputes by peaceful means. Should States fail to settle their maritime boundaries by means of negotiation or compulsory settlement mechanism, UNCLOS provides that States may adopt provisional arrangements, pursuant

---

<sup>70</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, done at Montego Bay on 10 December 1982 and entered into force on 16 November 1994, published at 1833 U.N.T.S. 3

to paragraph 3 of the said provisions. UNCLOS merely reinforces the general obligation to negotiate in good faith and to exercise mutual-restraint, without establishing the obligation to enter into an agreement.

Too, the legal regime applicable to enclosed and semi-enclosed seas determines that coastal States “*should co-operate with each other in the exercise of the rights and in the performance of their duties under [UNCLOS]*”, but excluding any reference to cooperation regarding non-living resources or to an obligation to enter into an agreement<sup>71</sup>.

During the negotiation and drafting procedures of UNCLOS, several States expressed concern that the lack of agreement on the delimitation of maritime areas should not hinder the possibility of undertaking economic activities in disputed maritime areas<sup>72</sup>.

In line with this general insight and as part of the compromise on (a) the criteria to be applied to delimitation of the exclusive economic zone (EEZ) and the continental shelf, (b) on interim measures and (c) on the settlement of delimitation disputes<sup>73</sup>; International Courts and Tribunals also recognized that maritime disputes should not be an obstacle to the development of economic activities. In 2007.

The Arbitral Tribunal in the case between Guyana and Suriname underlined that the obligation contained in Article 83(3) of UNCLOS “*constitutes an implicit acknowledgment of the importance of avoiding the suspension of economic development in a disputed maritime area, as long as such activities do not affect the reaching of a final agreement.*”<sup>74</sup>

It has been noted, however, that despite encouraging restraint and practical co-operation pending final delimitation there is not much purpose for the provision.<sup>75</sup> In fact, it has been considered, together with Article 74(3) of UNCLOS, as not being very enlightening<sup>76</sup>.

These provisions are undeniably not of much use for the delimitation

---

71 Article 123 of UNCLOS.

72 *Report by the Chairman of Negotiating Group 7 on the work of the Group at its 17th–27th meetings*, NG7/24, 14 September 1978, Document A/CONF.62/RCNG/2, UNCLOS III Off. Rec. Volume X, p. 171. Also see *Report of the Chairman of the negotiating group 7*, Document NG7/45, UNCLOS Off. Rec. V. XII; *Reports of the Committees and Negotiating Groups on negotiations at the resumed seventh session contained in a single document both for the purposes of record and for the convenience of delegations*, Document A/CONF.62/RCNG/1, UNCLOS III Off. Rec. Volume X., pp. 123–124.

73 *Ibid.*, pp. 170–172.

74 *Guyana/Suriname*, Award of the Arbitral Tribunal, 17 September 2007, para. 460.

75 Brown, Edward Duncan (1994). *The International Law of the Sea*, vol. 1, Introductory Manual. Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth, p. 159.

76 Lagoni, Rainer (April 1984). “Interim measures pending maritime delimitation agreements”, *American Journal of International Law*. Volume 78-2: 358.

of the EEZ or the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts, nor for the assessment of the scope and content of provisional arrangements referred therein. Nonetheless, State practice and international jurisprudence have considered the implementation of provisional measures a valuable legal option pending the delimitation of maritime boundaries, particularly joint development agreements.

The early examples of joint development pending maritime delimitation precede the aforementioned provisions of UNCLOS<sup>77</sup>. As a matter of fact, the internationalization of marine natural resources through joint development<sup>78</sup> was firstly applied to the management of fisheries<sup>79</sup> and after to the development of onshore mineral resources<sup>80</sup>.

The complexities represented by transboundary resources and the advantages of joint development agreements in these cases have been acknowledged by international jurisprudence. Indeed, in the landmark *North Sea Continental Shelf* cases, although the International Court of Justice (ICJ) considered that it would be within States' powers to determine how to proceed in the event of transboundary resources, it mention the possibility of joint jurisdiction for all or part of the overlapping maritime areas<sup>81</sup>. Judge Jessup further referred in his *Separate Opinion* that the reference made to the cooperative development of offshore hydrocarbon deposits constituted an

---

77 *Bahrain-Saudi Arabia Frontier Agreement*, done on 22 February 1958 and entered into force on 26 February 1958, published at 1733 U.N.T.S. 3.

78 On the internationalization of marine natural resources see Becker-Weinberg, Vasco (2010). "The internationalization of marine natural resources in UNCLOS", In Rainer Lagoni, Peter Ehlers and Marian Paschke (ed), *Recent Developments in the Law of the Sea*. Berlin, Munster, Vienna, Zurich, London: LIT Verlag, pp. 9–54.

79 Beauchamp, Kenneth P. (May–June 1986). "The management function of ocean boundaries". *San Diego Law Review Association*. Volume 23-3: 644–647. Also see Williams, Austin (2007). "The Pacific Salmon Treaty: a historical analysis and prescription for the future", *Journal of Environmental Law and Litigation*. Volume 22: 153–195; Bangert, Kaare (1999). "The effective enforcement of high seas fishing regimes: the case of the Convention for the Regulation of the Policing of the North Sea Fisheries of 6 May 1882". In Guy S. Goodwin-Gill and Stefan Talmon (ed), *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*. Oxford: Clarendon Press, pp. 1–20; Wolfrum, Rüdiger (1978). "Die Fischerei auf Hoher See". *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*. Volume 38: 659–709.

80 *Agreement between the Government of the Czechoslovak Republic and the Austrian Federal Government concerning the Principles of Geological Co-operation between the Czechoslovak Republic and the Republic of Austria*, done at Prague on 23 January 1960, published at 495 U.N.T.S. 7241 (1964), pp. 112–122; and *Agreement between the Government of the Czechoslovak Republic and the Austrian Federal Government concerning the Working of Common Deposits of Natural Gas and Petroleum*, done at Prague on 23 January 1960, published at 495 U.N.T.S. 7242 (1964), pp. 134–140.

81 *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, paras. 94, 97, 99, 101(C)(2), (D)(2).

attempt to contribute towards a better understanding of the principles of equity<sup>82</sup>.

Likewise, the recommendations made by Judge Evensen in his *Dissenting Opinion* in the *Case Concerning the Continental Shelf* between Tunisia and Libya had also the same intent and reportedly did contribute towards the implementation of a joint development regime between both countries<sup>83</sup>. Judge Evensen essentially considered that cooperative regimes, such as joint development agreements, could be a corollary for other equity considerations that had already been referred by the ICJ in the *North Sea Continental Shelf* cases<sup>84</sup>.

The Arbitral Tribunal also considered in the second stage of proceedings concerning maritime delimitation between Eritrea and Yemen that these countries should give every consideration to cooperative exploitation of resources that straddle maritime boundaries, particularly in light of improving relations between both countries and the existence of State practice<sup>85</sup>.

In fact, in the case between Guyana and Suriname, the Arbitral Tribunal went as far as acknowledging that joint development agreements have been “*particularly encouraged by international courts and tribunals*”, although it did not elaborate on the grounds for such a solution being legally required under international law<sup>86</sup>.

In the maritime delimitation case between Myanmar and Bangladesh, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) noted that it was not “*unusual*” for States to enter into agreements to address the “*complex legal and practical problems*” resulting from the delimitation of maritime boundaries, such as those involving transboundary resources. ITLOS specifically referred to an area that was beyond 200 nautical miles (nm) from the coast of Bangladesh but within 200nm from the coast of

---

82 *Separate Opinion of Judge Jessup*, paras. 78, 83, *North Sea Continental Shelf cases*, *ibid.* Also see *Dissenting Opinion of Vice-President Weeramantry*, paras. 108-113, *Kasikilil Sedudu Island (Botswana/Namibia) Judgment*, I.C.J. Reports 1999, p. 1045.

83 *Agreement between the Great Libyan Arab Socialist People's Jamahiriya and the Republic of Tunisia to Implement the Judgment of the International Court of Justice in the Tunisia/Libya Continental Shelf Case*, done at Benghazi on 8 August 1988, reproduced in (1993) *International Maritime Boundaries*, Volume 2, Jonathan. I. Charney and Lewis M. Alexander (ed), Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1679-1680.

84 *Dissenting Opinion of Judge Evensen*, pp. 320-321, *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, *Continental Shelf case (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1982.

85 *The Eritrea—Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings (Maritime Delimitation)*, 17 December 1999, paras 84-86.

86 *Guyana/Suriname*, *supra* note 81, paras. 462-463.

Myanmar, thus accepting the possibility of such agreements taking place in areas of overlapping claims beyond 200nm, in the outer continental shelf<sup>87</sup>.

Finally, in the 2014 award on the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration, the Tribunal found that “[t]he establishment of a maritime area in which States concerned have shared rights is not unknown under the Convention”, and that “[i]t is for the [States] to determine the measures they consider appropriate in this respect, including through the conclusion of further agreements or the creation of a cooperative arrangement.”<sup>88</sup>

### ***Joint development rationale applicable to islands and other features***

States may not unilaterally exploit non-living resources found in disputed maritime areas. Cooperation is indispensable to legally develop resources that would otherwise be off-limits. It also promotes resource-efficiency, seeing that competing drilling of a common hydrocarbon deposit is not only unlawful, but also inefficient and can potentially result in the waste of resources due the uncontrolled release of pressure from within a deposit. Hence M.W. Mouton’s adage: “*never two straws in one glass*”<sup>89</sup>.

Joint development allows for two or more States to implement a cooperative regime in disputed maritime areas to their own benefit, but also for the benefit of the interests of public or private entities undertaking exploitation and exploration activities, providing legal certainty and security.<sup>90</sup> It should be noted that these agreements have also been used in situations where resources straddle a boundary line or are found beyond 200nm<sup>91</sup>.

They create the legal regime applicable to the exploration and

---

87 Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, Judgment of 14 March 2012, Case n. 16, para. 472.

88 Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), P.C.A. Award 7 July 2014, paras. 507-508.

89 Mouton, M.W. (1954-I), “The continental shelf”. *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* Volume 85: 421.

90 Becker-Weinberg, Vasco, “Seabed activities and the protection and preservation of the marine environment in disputed maritime areas of the Asia-Pacific region”, In *Securing the Ocean for the Next Generation*, Papers from the Law of the Sea Institute, UC Berkeley-Korean Institute of Ocean Science and Technology Conference, held in Seoul, Korea, May 2012 [Accessed on April 2016]. Available at <http://www.law.berkeley.edu/files/Becker-Weinberg-final.pdf>.

91 For an overview of State practice and of the legal regime applicable before and after the delimitation of maritime boundaries, see Becker-Weinberg, Vasco (2014). *Joint Development of Hydrocarbon Deposits in the Law of the Sea*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer Verlag, pp. 69-140.

exploitation of living and non-living marine natural resources, as well as other uses and activities and the overall management of the disputed maritime area<sup>92</sup>. However, joint development agreements depend of States reaching a consensus on certain essential legal elements, namely the identification of the designated area and of the natural resources to be exploited, the establishment of a jurisdictional and legal framework, as well as the terms and conditions under which joint operations are to take place.

Other relevant aspects include determining the level of involvement and participation of Governments and national authorities in exploration and exploitation activities and management of the joint development area, the creation of joint entities to undertake certain rights of the relevant coastal States, the conditions for granting the rights of access to operations, the safeguard of pre-existing rights and establishing rules on taxation, sharing of costs and revenues, employment, health and safety, combating pollution, use of offshore installations and structures, namely regarding their construction, operation, removal and decommissioning, as well as identifying the applicable law and mechanism for the settlement of disputes, including with and between operators.

The definition of the joint development zone is closely connected with the identification of the relevant maritime area where the claims of two or more States overlap,<sup>93</sup> although, the overlap of entitlements may not always result in the straightforward identification of the joint development area. Indeed, one of the most complex situations concerns the overlap of claims in maritime areas adjacent to disputed islands and other features, particularly as UNCLOS does not provide rules applicable to the settlement of land disputes.

The legal definition and regime provided by Article 121(1) of UNCLOS<sup>94</sup> merely presents an unclear formula applicable to the characterization of islands and the indication of the maritime areas they

---

<sup>92</sup> *Ibid*, p. 8.

<sup>93</sup> Valencia, Mark J. (May-June 1986), "Taming troubled waters: joint development of oil and mineral resources in overlapping claim areas". *San Diego Law Review Association*. Volume 23-3: 670; Pinto, M.C.W., "Maritime boundary issues and their resolution an overview", In Nisuke Ando, Edward McWhinney and Rüdiger Wolfrum (ed.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Volume 2, The Hague, London, New York: Kluwer Law International, pp. 1115-1142.

<sup>94</sup> The text of Article 121(1) of UNCLOS reads: "An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide."



are allowed as a result<sup>95</sup>. The ambiguity of this formula is consistent with the wording used in Article 10(1) of the 1958 *Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone*.

On many occasions, territorial disputes regarding islands are motivated by the ambition of States to secure access to the marine natural resources found in the respective adjacent maritime areas. Islands are also instrumental and may be decisive to achieve a more advantageous outcome in the delimitation of maritime boundaries. In this respect, international jurisprudence has considered in several occasions that small islands should not be taken into account or given their full potential if they produce a disproportionate effect on the delimitation line and consequently have an inequitable outcome<sup>96</sup>. Under certain circumstances, islands may be given a partial effect in order to meet these requirements<sup>97</sup>. Additionally, not every feature constitutes an island and consequently is permitted full maritime areas. Rocks, for example, if they do not have the ability to sustain human habitation or economic life of their own, can only project a territorial sea<sup>98</sup>. As a result, it is necessary to determine

---

95 Nordquist, Myron H. (2012), "Textual interpretation of article 121 in the UN Convention on the Law of the Sea", In Holger P. Hestermeyer, Doris König, Nele Matz-Lück, Volker Röben, Anja Seibert-Fohr, Peter-Tobias Stoll and Silja Vöneky (ed), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Volume 1. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 991-1036; Schofield, Clive, "The trouble with islands: the definition and role of islands and rocks in maritime delimitation", In Seoung-Yong Hong and Jon Van Dyke, *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*. Martinus Nijhoff Publishers, pp. 21-37; Prescott, Victor and Schofield, Clive (2005), *The Maritime Political Boundaries of the World*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 57-89; Kwiatkowska, Barbara and Soons, Alfred H.A., "Entitlement to maritime areas of rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own". *Netherlands Yearbook of International Law*. Volume 21: 139-181.

96 *North Sea Continental Shelf cases*, *supra* note 12, para. 57; *Continental Shelf (Libya Arab Jamahiriya/ Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, paras. 53-54, 64-73; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, paras. 167, 185, 195, 219; *Case Concerning Maritime Delimitation in the Black Sea, (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, paras. 102, 166-168, 179-188. Also see *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, paras. 68, 69, and *Separate Opinion of Judge Schwebel*, para. 128; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 157; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, para. 301.

97 *Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, *supra* note 15, paras. 129-131. Also see *Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic on the Delimitation of the Continental Shelf*, Decision of the Court of Arbitration dated 30 June 1977, reproduced in (1979) *International Law Reports*. Volume 54: 6, paras. 194-203.

98 The text of Article 121(2) and (3) of UNCLOS reads: "2. Except as provided for in paragraph 3, the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory. 3. Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf."

what constitutes an island or a rock, and what should their relevance be for the purpose of delimitation.

For example, the dispute between Iceland and Norway regarding the delimitation of maritime boundaries in the area between Iceland and Jan Mayen had in its core the divergence regarding the characterization of Jan Mayen. Both States eventually agreed on a fishing regime, which resulted in Iceland having a fishing area with 200nm where Norway could not fish, even though without prejudice of its fishing rights in Jan Mayen. These States also agreed on establishing a Conciliation Commission for the purpose of making recommendations on the delimitation of the continental shelf between Iceland and Jan Mayen<sup>99</sup>. Subsequent to the recommendations of the Commission, Iceland and Norway signed an agreement that established a 200nm continental shelf in favour of Iceland and roughly 90nm for Jan Mayen. The agreement further implemented the recommendations of the Commission regarding geological, seismic and magnetic survey and joint development of hydrocarbon deposits found in an area located almost in its entirety beyond the median line between Iceland and Jan Mayen, and significantly beyond the maritime boundary delimited in the 1981 agreement<sup>100</sup>.

Another example of attempts made to implement joint development regimes in maritime areas adjacent to disputed islands is the case of the Memorandum of Understanding (MoU) signed by Iran and Sharjah. This agreement laid the conditions for the joint occupation of the island of Abu Musa and the delimitation of a territorial sea of 12nm<sup>101</sup>. This MoU also recognized the rights granted by Sharjah for the exploration of the oil resources of the seabed and subsoil of the territorial sea of Abu Musa and

---

99 *Agreement between Iceland and Norway concerning Fishery and Continental Shelf questions between Iceland and Jan Mayen*, done on 28 May 1980 and entered into force on 13 June 1980; *Report and Recommendations to the Governments of Iceland and Norway of the Conciliation Commission on the Continental Shelf Area between Iceland and Jan Mayen*, done on June 1981, reproduced in (July 1981) *International Legal Materials*. Volume 20: 797-842.

100 *Agreement on the Continental Shelf between Iceland and Jan Mayen*, done at Oslo on 22 October 1981 and entered into force on 2 June 1982, reproduced in: *International Maritime Boundaries*, vol. 2, *supra* note 14, pp. 1762-1765. See Østreng, Willy (1985), "Reaching agreement on international exploitation of ocean mineral resources (with special reference to the joint development area between Jan Mayen and Iceland)", In Mark J. Valencia (ed), *Geology and Hydrocarbon Potential of the South China Sea and Possibilities of Joint Development*. New York, Oxford, Toronto, Sydney, Paris, Frankfurt: Pergamon Press, pp. 555-571; Richardson, Elliot L. (1988). "Jan Mayen in perspective", *American Journal of International Law*. Volume 82: 443-458.

101 *Memorandum of Understanding between Iran and Sharjah concerning the island of Abu Musa*, done on 24 November 1971, reproduced in El-Hakim, Ali A. (1979) *The Middle Eastern States and the Law of the Sea*. Manchester: Manchester University Press, pp. 208-211.

established the equal sharing of the respective revenues between the two countries, as well as that nationals of Iran and Sharjah would have equal fishing rights in the territorial sea of Abu Musa<sup>102</sup>.

The prospects of joint development of offshore hydrocarbon deposits also provided the United Kingdom and Argentina with a way forward and an opportunity to resume relations following the conflict over the sovereignty of the Falkland Islands (Malvinas) and the islands of South Georgia and South Sandwich. On 27 September 1995, the two countries signed a joint declaration that established cooperation on offshore activities in the Southwest Atlantic Ocean, while excluding the maritime areas of South Georgia and South Sandwich islands and adopting the sovereignty formula approved during the diplomatic meetings held in Madrid, in 1989.

The scope of this joint declaration was to encourage offshore coordinated activities regarding the exploration and exploitation of hydrocarbon deposits, according to the best practices and commercial principles of the oil industry. For this purpose, Argentina and the United Kingdom created a joint commission composed of delegations of both countries that would meet at least twice yearly to decide, by consensus, on matters regarding the implementation of such cooperative activities. These matters included making recommendations on the protection of the marine environment, analyse requests by operators for the exploration and exploitation of hydrocarbon deposits and agree on the tax regime applicable to these activities, as well as on the promotion of joint ventures between operators of both countries and proposing the unitization of oil fields. However, after a considerable reflection period that started in the year 2000, Argentina withdrew from the joint statement in March 2007 due to differences regarding the maritime area where such activities should take place<sup>103</sup>.

An important development in State practice regarding potential areas for joint development is the agreement implemented by Mauritius and Seychelles in respect of mineral resources found in the continental shelf beyond 200nm. After a decade of negotiations on maritime boundaries and the signing of the agreement on the delimitation of the

---

102 Mehdiyou, Kamyar (January 2000), "Ownership of oil and gas resources in the Caspian Sea". *American Journal of International Law*. Volume 94-1: 181.

103 On the Falkland Islands (Malvinas) and the precedents and prospects for joint development see Becker-Weinberg, Vasco (2013). "Recalling the Falkland Islands (Malvinas) Sovereignty Formula". *Ocean Yearbook*, Volume 27: 411-433.

EEZ, these States agreed on entering into a provisional arrangement pursuant to Article 83(3) of UNCLOS<sup>104</sup>. Simultaneously, these States signed a treaty that established the outer limit boundaries of the extended continental shelf<sup>105</sup>. The latter agreement followed the successful joint submission of Mauritius and Seychelles to the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS), which resulted in establishing joint jurisdiction over an additional area of 396,000 km<sup>2</sup> in the Indian Ocean<sup>106</sup>. These agreements did not settle the maritime boundary dispute between the two States, seeing that Mauritius and Seychelles still have to reach an agreement on the final delimitation of the maritime boundaries in the continental shelf beyond 200nm.

One of the most challenging regions in the world where currently States maintain critical disputes regarding islands and other features is the Asia-Pacific region and in particular the South China Sea, where certain States have often refused, rejected or ignored attempts to settle their maritime disputes, mostly as the result of lacking trust or political

---

104 *Treaty Concerning the Joint Management of the Continental Shelf in the Mascarene Plateau Region between the Government of the Republic of Seychelles and the Government of the Republic of Mauritius*, done at Vacoas on 13 March 2012 and entered into force on 18 June 2012, reg. n. 49783 U.N.T.S., 11 July 2012.

105 *Treaty Concerning the Joint Exercise of Sovereign Rights Over the Continental Shelf in the Mascarene Plateau Region*, done at Vacoas on 13 March 2012 and entered into force on 18 June 2012, reg. n. 49782 U.N.T.S., 11 July 2012.

106 On 1 December 2008, Mauritius and the Seychelles jointly submitted to the CLCS information on the limits of their continental shelf beyond 200nm *see Receipt of the Joint Submission made by the Republic of Mauritius and the Republic of Seychelles to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, 12 December 2008*, UN Doc. CLCS.14.2008.LOS (Continental Shelf Notification) [Accessed on April 2016]. Available at [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/musc08/clcs14\\_2008e.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/musc08/clcs14_2008e.pdf); revised on 12 March 2010 concerning the Mascarene Plateau region [Accessed on April 2016]. Available at [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/musc08/SMS-ES-DOC\\_Rev.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/musc08/SMS-ES-DOC_Rev.pdf). The CLCS on 30 March 2011 adopted the recommendations on the limits of the continental shelf and recognized the legal entitlement of Mauritius and the Seychelles to delineate the outer limits of the continental shelf beyond their 200nm limits in the Mascarene Plateau region, thus recognizing that these two countries had an additional 396,000km<sup>2</sup> of the Indian Ocean *see Summary of the Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Joint Submission made by Mauritius and Seychelles concerning the Mascarene Plateau region on 1 December 2008*, p. 5, para. 19 and p. 21, paras. 59 to 62 [Accessed on April 2016]. Available at [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/musc08/sms08\\_summary\\_recommendations.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/musc08/sms08_summary_recommendations.pdf).

susceptibility to negotiate and to end disputes<sup>107</sup>. Most disputes in the South China Sea regard overlapping maritime claims based on geomorphologic and geological factors but also territorial conflicts over islands and other features and their legal status, as States attempt to claim the respective adjacent maritime areas. In fact, the claims put forward by coastal States, including the continental shelf entitlements beyond 200nm submitted thus far, would result in most parts of the South China Sea being under the potential jurisdiction of two or more States<sup>108</sup>.

Yet, some coastal States of the South China Sea have managed to adopt joint development agreements as a means of surpassing deadlock situations caused by overlapping maritime entitlements. This insight and pragmatism to move forward and to establish a peaceful and prosperous *modus vivendi* took into consideration that maintaining the conflicting situation would not be sustainable in the long-run, or that settling disputes by agreement or third party intervention could have unforeseeable consequences beyond the legal spectrum of the disputes. As noted by Deng Xiaoping, they are based on the principle of setting aside disputes and jointly developing common resources<sup>109</sup>. Also, the use of compulsory dispute mechanisms would entail the risk of uncertainty as to the outcome and duration of proceedings. Similarly relevant was also the fact that operating rights in disputed maritime areas had already been granted.

### *States obligations pending maritime delimitation*

The lack of an obligation to enter into provisional arrangements does not mean that States are not bound to certain obligations in the

107 For an in-depth analysis of State practice in the South China Sea and the greater Asia-Pacific region, see Becker-Weinberg, *Joint*, pp. 144-165. Also see, Beckman, Robert (2013). "The UN Convention on the Law of the Sea and the Maritime Disputes in the South China Sea". *American Journal of International Law*. Volume 107: 142-163; Schofield, Clive (2013). "What's at stake in the South China sea? Geographical and geopolitical considerations". In Robert Beckman, Ian Townsend-Gault, Clive Schofield, Tara Davenport and Leonardo Bernard, *Beyond Territorial Disputes in the South China Sea: Legal Frameworks for the Joint Development of Hydrocarbon Resources*, Cheltenham, UK, Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, pp. 11-46. On the political and diplomatic aspects of the maritime disputes in the South China Sea, see Hayton, Bill (2014). *The South China Sea: The Struggle for Power in Asia*. New Haven, London: Yale University Press.

108 Submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf regarding the South China Sea made thus far and the respective objections are available online [Accessed on April 2016]. Available at [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/commission\\_submissions.htm](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm).

109 Xiaoping, Deng (1984). "Speech at the third plenary session of the Central Advisory Commission of the Communist Party of China, October 22, 1984". *Selected Works of Deng Xiaoping*, Volume 3. Beijing: Foreign Languages Press.

disputed maritime area<sup>110</sup>. These include the aforementioned obligation to cooperate and negotiate in good faith the peaceful settlement of disputes, to clarify claims and their consistency with UNCLOS, to identify the disputed maritime area, to exercise self-restraint, and to refrain from the use or threat of the use of force. States must also inform neighbouring States of the existence and the known location of common resources.

The obligation of due regard in UNCLOS is the reflection of the balance achieved with respect to the rights and freedoms of States, which is intrinsically connected with the organization of the different maritime areas, both within and beyond national jurisdiction. Accordingly, States must exercise their rights while having due regard for the rights and freedoms of other States and in a manner that does not constitute an abuse of right<sup>111</sup>.

Such rights have a relative character. Indeed, the ICJ in the *Fisheries Jurisdiction* case noted that the concept of reasonable regard implied that the rights of coastal States were not absolute and that, consequently, the different interests of States in the high seas should be reconciled<sup>112</sup>.

UNCLOS includes several provisions that safeguard the rights and duties of third States in the exclusive economic zone (EEZ). Article 58(1) provides that all States enjoy in the EEZ the freedoms of navigation, over-flight and of laying submarine cables and pipelines<sup>113</sup>. In paragraph 3 of this provision, the Convention also specifies that States shall have due regard for the rights and obligations of coastal States and shall comply with its laws and regulations in the EEZ.

The reference to due regard had already been included in Article 2 of the 1958 *Geneva Convention on the High Seas* when mentioning that the freedoms of the high seas should be exercised with “*reasonable regard to the interests of other States*”. Yet, the content and extent of the due regard obligation must be considered in light of the circumstances of each case when different uses are in conflict. This is the same *ratio* as included in Article 59 of UNCLOS that is applicable to situations where

---

110 Cameron, Peter D. (2006), “The rules of engagement: developing cross-border petroleum deposits in the North Sea and the Caribbean”. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 55: 565-567; Lagoni, Rainer (January 1979). “Oil and gas deposits across national frontiers”. *American Journal of International Law*. Volume 73-1: 243.

111 Article 300 of UNCLOS.

112 *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, paras. 52, 55, 57 to 60, 66, 68 to 70.

113 Articles 55, 56(2) and 87 of UNCLOS.



the Convention does not determine the rights and jurisdiction of coastal States and other States in the EEZ, despite the fact that UNCLOS did not include these situations within the scope of the compulsory settlement mechanism in Part XV<sup>114</sup>.

UNCLOS does not include rules concerning the exercise of States' rights in disputed maritime areas, even though, in these cases, the need for a similar balance is too indispensable. In certain situations, despite two or more States making opposing or overlapping legal claims, it may happen that one or more of these States unilaterally undertakes seabed activities and constructs and operates offshore installations, while not having regard for the rights and freedoms of other claiming States, as well as for those of third States. This is the case of States' obligation to protect and preserve the marine environment and the obligation to safeguard the rights of third States, such as the freedom of navigation.

Particularly in what concerns the general obligation of protection and preservation of the marine environment, it should be noted that this is a vague obligation. As a matter of fact, the Convention recognizes in Article 192 that this is an obligation for *all* States, without making any distinction or referring to maritime areas within or outside national jurisdiction. It also provides in Section 4 of Part XII that States shall monitor the risks and effects of pollution<sup>115</sup>. In this respect, ITLOS recognized that the requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that activities may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, with respect to shared natural resources, may also be applicable to activities in the Area. The Tribunal concluded that customary international law provided that environmental impact assessments should be included in the system of consultations and prior notifications set out in Article 142 of UNCLOS<sup>116</sup>.

Considering the Tribunal's *dictum* that States are required to make environmental impact assessments in areas within their national jurisdiction and in the Area, it could be supported that there would be a similar concern for activities in disputed maritime areas under the duty of due regard, even though the Tribunal reaffirmed that general international law does not specify the scope and content of environmental impact assessments<sup>117</sup>.

---

114 Article 297(1) lit. a) of UNCLOS, *a contrario*.

115 Articles 204 to 206 of UNCLOS.

116 *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, paras. 147-150

117 *Ibid.*

In the already mentioned case between Guyana and Suriname the Arbitral Tribunal considered that the duty to negotiate in good faith required States to have “*a conciliatory approach to negotiations, pursuant to which they would be prepared to make concessions in the pursuit of a provisional arrangement*”, particularly in view of the fact that such provisional arrangements are by definition temporary and without prejudice of final delimitation<sup>118</sup>.

In this particular case, the Arbitral Tribunal concluded that both countries had violated their obligation to make every effort to enter into provisional arrangements and consequently for having jeopardised a final delimitation agreement. Specifically, Guyana for not having informed Suriname of the intention to explore the resources of the disputed maritime area and failing to provide official detailed notice of the planned activities, as well as for not having engaged Suriname earlier on in discussions concerning drilling activities. In what concerns Suriname, the Arbitral Tribunal considered that it had not engaged in dialogue with Guyana in the spirit of understanding and cooperation as required by UNCLOS, resorting instead to a threatening conduct towards the latter<sup>119</sup>.

The Arbitral Tribunal also concluded that within such efforts to enter into provisional arrangements, Guyana should have further attempted to seek the cooperation of Suriname regarding the undertaking of activities. Accordingly, Guyana should have offered to share the results of the exploration and given Suriname the opportunity to observe these activities, as well as to share the financial benefits gained<sup>120</sup>. The Arbitral Tribunal also considered that only acts that do not cause a physical change to the marine environment, such as seismic surveys, would generally be regarded as acts that, although unilateral, would not have the effect of jeopardizing or hampering a final agreement on maritime delimitation<sup>121</sup>.

In the order issued by the Special Chamber of ITLOS following the request by Côte d’Ivoire that the Special Chamber prescribe provisional measures to suspend all ongoing oil exploration and exploitation operations conducted by Ghana in the disputed area and to refrain from granting any new permit for oil exploration and exploitation there, the Special Chamber found that “*the acquisition and use of information*

---

118 *Guyana/Suriname*, *supra* note 81, para. 461.

119 *Idem*, paras. 471-486, 488.

120 *Idem*, para. 477.

121 *Idid*, paras. 466-467, 480-481.



*about the resources of the disputed area would create a risk of irreversible prejudice to the rights of Côte d'Ivoire should the Special Chamber, in its decision on the merits, find that Côte d'Ivoire has rights in all or any part of the disputed area;” and “that the exploration and exploitation activities, as planned by Ghana, may cause irreparable prejudice to the sovereign and exclusive rights invoked by Côte d'Ivoire in the continental shelf and superjacent waters of the disputed area, before a decision on the merits is given by the Special Chamber, and that the risk of such prejudice is imminent.”<sup>122</sup>*

But the Special Chamber also found that *“the suspension of ongoing activities conducted by Ghana in respect of which drilling has already taken place would entail the risk of considerable financial loss to Ghana and its concessionaires and could also pose a serious danger to the marine environment resulting, in particular, from the deterioration of equipment.”<sup>123</sup>* The Special Chamber further considered *“an order suspending all exploration or exploitation activities conducted by or on behalf of Ghana in the disputed area, including activities in respect of which drilling has already taken place, would therefore cause prejudice to the rights claimed by Ghana and create an undue burden on it.”<sup>124</sup>*

In balancing the different interests at hand, on the one hand, the safeguard of the rights of Côte d'Ivoire, and on the other hand, the protection and preservation of the marine environment, the Chamber ordered Ghana to refrain from making new drilling in the disputed maritime area, instead of suspending all on-going exploration and exploitation activities, as Côte d'Ivoire had requested<sup>125</sup>. The Special Chamber further ordered Ghana to take all necessary measures to prevent information on such activities to be used in any manner to the detriment of Côte d'Ivoire, as well as to monitor said activities to prevent serious harm to the marine environment. It was also ordered by the Special Chamber that both States should pursue cooperation and refrain from unilateral action that could aggravate the dispute.

It should be noted, however, that this order is, to a certain extent, a deviation from previous decisions by International Courts and Tribunals,

---

122 *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Request for the prescription of provisional measures*, Case n. 23, 25 April 2015, paras. 95-96.

123 *Ibid*, para. 98.

124 *Ibid*, para. 100.

125 *Ibid*, para. 102.

namely the aforementioned case between Guyana and Suriname with regard to the understanding that drilling by one State in a disputed maritime area may be accepted pending the settlement of the dispute, in this case, based on economic and environmental considerations<sup>126</sup>. This distinction is perhaps also the outcome of the consideration that this is not a decision on the merits of the case and that until the request for the prescription of provisional measures there had been a practice based on the good faith of both States regarding exploration and exploitation activities, which, if not duly considered, would now potential have a considerable financial impact for operators.

### ***Conclusion***

There is no obligation for States to adopt provisional arrangements pending the delimitation of maritime boundaries. Nonetheless, States must continue to negotiate in good faith towards the settlement of maritime boundaries, even though there is no connection between joint development and maritime delimitation, seeing that, as provisional arrangements, they are without prejudice to States' claims or the final delimitation of maritime boundaries.

Pending the settlement of a dispute by agreement or compulsory mechanism, States are bound to the exercise of due regard and mutual-restraint. States may also not undertake exploration and exploitation activities of common mineral resources without the consent of other legally entitled States and are further subject to share information on the presence of common mineral resources and the intention to initiate exploration and exploitation activities.

Notwithstanding, joint development remains a legally valuable and functional alternative whenever two or more States fail to reach an agreement on the delimitation of maritime boundaries, as well as regarding maritime areas adjacent to disputed islands and other features. Yet, the implementation of such regimes is inevitably dependent on other factors external to the law of the sea.

---

<sup>126</sup> On this case, see Tanaka, Yoshifumi (2015). "Unilateral exploration and exploitation of natural resources in disputed areas: a note on the Ghana/Côte d'Ivoire order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS". *Ocean Development & International Law*. Volume 46: 315–330.

#### **iv. Ilhas Selvagens – da afirmação da soberania lusa ao cumprimento dos requisitos previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982**

Pedro Quartin Graça

### **Resumo**

O propósito deste estudo é, exclusivamente, o de dar a conhecer a realidade histórica das Ilhas Selvagens em matéria de soberania por parte de Portugal, pretende-se também demonstrar que as mesmas preenchem os requisitos legais previstos no artigo 121.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, no que respeita à sua classificação como ilhas em razão de se prestarem à habitação humana ou à vida económica, isto.

*Em certo dia, vindo eu, pela última vez da Guiné, a meio das Ilhas Canárias e a da Madeira, vi uma ilha e estive nela, chamada ilha Selvagem. É estéril, ninguém habita aí, nem tem árvores nem rios. As caravelas do senhor Infante descobriram esta ilha e descendo em terra acharam muita urzela, que é uma herva que tinge os panos de cor amarela, em acharam-na em grande abundância. Depois alguns pediram ao senhor Infante que lhes desse licença para irem ali com as suas caravelas e pudessem transportar a urzela a Inglaterra e Flandres, onde tem grande valor. O Senhor Infante, deu-lhes licença, com a condição de lhe darem a quinta parte do lucro, o que fazem. E o senhor Infante mandou para ali cabras, machos e fêmeas, que se multiplicaram em grande multidão.*

Diogo Gomes<sup>127</sup>

### **1. História, propriedade e soberania lusa das Selvagens**

Localizadas no Oceano Atlântico, constituindo a fronteira mais a sul do actual território nacional<sup>128</sup>, conhecidas, pelo menos, desde o séc. XIV, com descobrimento oficial atribuído a Diogo Gomes (de Sintra), em

<sup>127</sup> Cf. Gomes, Diogo, in As relações do Descobrimento da Guiné e das Ilhas dos Açores, Madeira e Cabo verde,

<sup>128</sup> As ilhas Selvagens fazem parte integrante do arquipélago da Madeira e situam-se “no Oceano Atlântico Norte (no paralelo 30º08’N, 15º54’O), a 280 quilómetros a sul da ilha da Madeira e a 160 quilómetros a norte das ilhas Canárias.

1438, mas descobertas, na realidade, antes disso, já que é o mesmo Diogo Gomes que refere, no relato da sua viagem de retorno da Costa da Guiné, em 1461, que apenas havia encontrado “aquilo que os marinheiros do Senhor Infante tinham descoberto”, as ilhas, segundo sustenta Leonardo Torriani (1594), “foram assim chamadas Selvagens por estarem afastadas da terra de África e de outras ilhas, na direcção sul norte, desabitadas e de muitos perigos para a navegação da parte do poente.”<sup>129</sup>

Já Gaspar Frutuoso escreve: “... que se chamão as selvagens, por serem hermas e desconversáveis assi de navegação como de gente.”<sup>130</sup>

Independentemente da menor ou maior precisão das datas, cujos registos da época, muito imprecisos, não permitem apurar com rigor a realidade factual, o importante é o facto de, em pleno século XV, as Selvagens terem sido reconhecidas e a sua posse transferida para a Casa do Infante D. Henrique.

Valentim Fernandes, em 1508, faz-lhes nova referência como sendo “uma ilha pequena e despouada. Ha nesta ilha alguas cabras e muytas aues do mar(...)”, escreve, ainda que atribuindo aparentemente a descoberta a Diogo Gomes em 1438<sup>131</sup>.

A questão de se saber se as Selvagens constavam, ou não, na relação das ilhas pertencentes à Ordem de Cristo não é pacífica para os historiadores sendo certo que a maioria destes se inclina para tal inclusão. A mesma dúvida ocorre, aliás, com a autoria de um acrescento à edição original atribuído a Gaspar Frutuoso na sua obra “Saudades da Terra”, a qual, na primeira edição, nada diz sobre as Selvagens. Mas na 2ª edição daquele livro já se escreve «*Estas ilhas, chamadas Selvagens, parece que deviam ter sido achadas depois das Canárias por castelhanos, tem senhorio castelhano, como também já agora a Ilha da Madeira com suas adjacentes e estas dos Açores...com que parece ficar este glorioso e poderoso Rei Católico o maior do mundo.*» Trata-se de um acrescentamento oportuno, decerto não da autoria de Frutuoso, com o propósito de lisonjear Filipe II.

A verdade é que as ilhas foram depois incorporadas nos bens da Coroa e, ao tempo de D. Manuel, as que haviam pertencido ao “mestrado de Christo” fizeram parte de doações régias a diversos fidalgos e guerreiros<sup>132</sup>.

---

129 Torriani (1999), p. 216.

130 Frutuoso (1979), p. 309.

131 Fernandes (1997), p. 132.

132 De acordo com Sarmiento, Alberto Artur, in *As Selvagens* (1906), foram «incorporados na corôa os bens do Mestrado de Christo, no reinado de D. Manoel, fizeram os reis concessões dos terrenos da Ordem a muitos fidalgos de sua casa e esforçados guerreiros que se distinguiram nas luctas de além-mar.

O Arquivo Histórico da Madeira<sup>133</sup> dá conta, aliás, de um interessante documento datado de 28 de junho de 1472. Trata-se de uma carta da Infanta em que “dá lugar a Afonso Contador, que quando fora, deixe outro por si, encarregado dos ditos ofícios, nessas Ilhas e nas cousas das desertas e das Selvagens, que estão cerca das Canárias”

No século XVI pertenciam estas ilhotas a uma família madeirense do título de Cayados<sup>134</sup>. Depois, e a partir de 1768, sucessivamente a Bráz Constantino Cabral de Noronha e aos seus descendentes até que um deles, Constantino Cabral de Noronha as perdeu por descuido, ao não ter registado o vínculo quando foram extintos os morgados, em 1863<sup>135</sup>.

Em 1863, João Teixeira Cabral de Noronha registou as três ilhas no Registo Vincular do Distrito do Funchal. No ano seguinte, em 1864, foram hipotecadas a vários credores que se reservaram o direito de administração.

As Selvagens foram depois vendidas pelos herdeiros de Cabral de Noronha<sup>136</sup>, a de 21 de novembro de 1903, a favor de Luís da Rocha Machado (Pai). Tinham sido seus últimos possuidores Ana Cândida Cabral e o seu marido Francisco António do Nascimento<sup>137</sup>, sendo que o valor venal inscrito era de quatro contos de reis, com um rendimento anual líquido de cento e cinquenta mil reis.

Por vontade de Josefina da Rocha Machado, viúva, e mãe daquele, e que herdara as ilhas após a morte do seu marido, as mesmas foram doadas em vida ao seu filho, Luís da Rocha Machado, por escritura, tendo este procedido ao seu registo na extinta conservatória do concelho do Funchal, em 30 de março de 1917.

---

133 Volume XV, pág. 62, documento 32.

134 O padre Eduardo C. Nunes afirma, na sua obra “Ilhas de Zargo” que, em fins do séc. XVII as ilhas Selvagens faziam parte dum morgadio administrado por uma família de Santa Cruz, ilha da Madeira, de apelido Teixeira Caiado, ignorando-se a identidade dos seus proprietários desde o tempo da colonização até aquela data.

135 Um madeirense, tido por “carismático”, de seu nome João Borges, numa entrevista que concedeu ao semanário Tribuna da Madeira em abril de 2003, com o título “Estado comprou as Selvagens ao banqueiro Rocha Machado”, por ocasião da visita oficial pelo então Presidente da República Dr. Jorge Sampaio às Selvagens, refere que, as «Selvagens pertenceram inicialmente a um cônego da freguesia da Sé, no Funchal. Depois, passaram para a família Cabral Noronha. Mas um dos membros da família (ao perder muito dinheiro no jogo), ficou com grandes dívidas. Para as saldar, decidiu entregar as Selvagens ao banqueiro Rocha Machado».

136 Constantino Cabral de Noronha e seu irmão Francisco venderam (em quitação de dívidas de jogo) por oito contos de reis, estas ilhas.

137 As Selvagens figuram, também, nos livros da Conservatória do Registo Predial do Funchal, sendo Francisco do Nascimento o possuidor mais antigo registado.

A partir de 16 de novembro de 1876 as Selvagens passaram a integrar a comarca do Funchal - e em concreto a Freguesia da Sé - de que as Ilhas ainda hoje fazem administrativamente parte.

Luís Rocha Machado concedeu, por sua vez, em junho de 1939, à firma industrial Leacocke C<sup>a</sup> a exploração do adubo das cagarras destinado este ao fabrico de guano, no Funchal.

A partir de 1948, no que à caça das aves diz respeito, a referida actividade é explorada por João Clímaco de Freitas, o qual pagava ao donatário, a importância de 3000 escudos, sendo que a este cabia pagar 1400 escudos à Fazenda Pública, incluindo o Imposto Complementar, relativo a um rendimento de matriz de 5500 escudos constante da supra-referida escritura.

Já na década de 40, Luís Rocha Machado (Filho) passou a arrendar as ilhas durante várias semanas a um grupo de pessoas que incluía Rufino de Menezes, Paços Gouveia e João “Batata”.

As ilhas Selvagens foram, pois, e durante séculos, objecto de propriedade particular, mas sempre por parte de cidadãos portugueses. Encontram-se, actualmente, registadas em nome do Estado Português, por força da venda que, em 1971, teve lugar no Funchal.

Como bem resume Alberto Vieira, “a sua presença na documentação e historiografia é quase nula. São escassos e avulsos os rastros documentais da História deste arquipélago. Tudo se resume a alguns textos, quase sempre em torno da questão dos proprietários, a partir do século XVI, ignorando-se tudo o que estava para trás.” (Vieira, 2015. p.2)

Útil torna-se, contudo, demonstrar documentalmente a aludida portugalidade das Selvagens, ou seja, de que a soberania de Portugal sobre as Selvagens não está, como nunca poderia ter estado, minimamente em causa.

## **2. A única reivindicação de soberania por parte de Espanha relativamente às Selvagens**

É certo que, no passado, momentos houve em que o “discurso oficial” de Estado de Espanha não coincidiu com a realidade fática, mesmo aquela que existia em Espanha isto porque os próprios canários sabiam, e disso

davam nota pública, desde logo a partir da década inicial de 1800, de que as Selvagens eram pertença de portugueses<sup>138</sup>.

Terá sido, todavia, no ano de 1881 que Espanha decidiu que deveria fazer algo do ponto de vista diplomático relativamente às Ilhas Selvagens. E isto porque, alegadamente, as Selvagens constituíam um perigo para a navegação dos barcos rumo às Canárias. Espanha terá então decidido construir um farol<sup>139</sup>, intenção esta que, tendo chegado ao conhecimento do governo de Portugal, foi objecto de um imediato protesto português o qual respondeu a esta nota, concordando, todavia, que o Governo Espanhol poderia construir à sua custa um farol nas Ilhas Selvagens, sem prejuízo da questão de soberania, subsistente entre Portugal e Espanha, sobre aquelas ilhas.

Seis anos depois daquela data, em 6 de outubro de 1911, é recebida uma nova provida do Governo de Espanha, comunicando que o Rei tinha havido dispor, de conformidade com o proposto pelo Ministro do Fomento, que *“las islas situadas hacia los 30° de latitud N. y 10° de longitud E. de S. Fernando se consideran para todos los efectos como comprendidas en el Archipelago Canario y por lo tanto la Jefetura de Obras Publicas de Canárias y la del Servicio Central de señales marítimos procedería de comum acuerdo a designar el emplazamiento del faro de recalada de dichas islas intermedias llamadas Selvages y Pitones, y a tomas las demas destes necessários para su construccion y la de cualquiera otras señales que convenga establecer en aquellas costas y igualmente en las del Rio de Oro y sus adjacentes, que tambien se consideran incorpradas á Canárias...”*

---

138 Se assim não fosse, como se explicaria o “Aviso” publicado no “Correo de Tenerife” número 12, datado de 10 de novembro de 1808, e no qual se demandava junto dos leitores daquele periódico do eventual interesse destes em adquirirem as ilhas Selvagens que, diz-se no mesmo, “pertencem à família portuguesa e Casa de Cabral da Madeira?” no qual se pode ler:

«AVISO. La persona a quien acomode comprar las dos Islas llamadas Salvajes que pertenecen en propiedad libre a la familia portuguesa y casa de Cabral en la Isla de la Madera, puede dirigirse al Presbítero D. Miguel Cabral de Noroña, Capellan de Ejercito, residente en la Ciudad de La Laguna Capital de Tenerife, que este dirá con quién ha de tratarse, y en que terminos» ., in “Correo de Tenerife”, número 12, de 10 de novembro de 1808, pág. 90, citado por Juan José Laforet, Madeira y Azores en los Primeros Periodicos Canarios (1750-1850), Real Sociedad Económica de Amigos del País de Las Palmas.

139 A construção de um farol numa das ilhas Selvagens foi considerada, pela primeira vez, numa reunião da comissão de faróis e balizas, realizada em 9 de setembro de 1881, a solicitação do governo espanhol. Este governo solicitava do governo português a sua cooperação para o estabelecimento de um farol de primeira ordem natural naquela ilha». Aquela comissão, considerando que o estabelecimento daquele farol interessaria, fundamentalmente, à navegação que demandava as Canárias, reconhecia a sua utilidade, mas entendia que Portugal não deveria contribuir para a sua construção naquele momento, por estar cometido à mesma comissão o estudo de um projecto geral de iluminação das costas de Portugal e ilhas adjacentes e julgar mais vantajoso reservar para a rápida execução de tal projecto todas as verbas de que pudesse dispor.



Tratou-se, até aos dias de hoje, da única vez em que Espanha afirmou taxativamente e oficialmente que a soberania sobre as Ilhas Selvagens lhe pertencia. Esta afirmação de soberania não deixa de ser estranha. Na verdade, que novos factos ocorrem para que, entre o ano de 1881, data em que foram iniciadas negociações entre Portugal e Espanha para a construção de um farol nas Selvagens, e período no qual Espanha reconhecia “não estar determinado se a soberania da Ilha pertencia a Espanha ou a Portugal” e não ter sido até então “declarado o melhor direito”, e o ano de 1911, data em que Espanha, desta feita, comunica que, de futuro, consideraria as Selvagens compreendidas no arquipélago das Canárias?

Desconhecemos em absoluto os argumentos que Espanha invocava para o efeito porque, na verdade, não os forneceu. Mais parecendo, portanto, que Espanha quis colocar Portugal perante um facto consumado<sup>140</sup>.

A esta nova nota reagiu o Governo português através de documento congénere, datado de 27 de outubro, e em que nela recordou a nota espanhola de 23 de julho de 1881, e fez alusão a vários incidentes relacionados com a propriedade e que haviam sido cometidos naquelas ilhas por pescadores espanhóis das Ilhas Canárias.

A estas queixas, respondeu o Governo espanhol, indicando quais as providências por si tomadas para que não voltassem a ser cometidos abusos daquele género.

Ora este tipo de atitude é manifestamente demonstrativo do reconhecimento de soberania de Portugal relativamente às Selvagens. Trata-se de respostas, ou de documentos, típicos de quem reconhece a soberania dum país para reclamar contra atentados cometidos sobre as propriedades dos seus nacionais localizadas num outro Estado.

Ainda assim, o Governo espanhol deu conta de que estava disposto a tratar a questão das Ilhas Selvagens nos mais amigáveis termos e, em nova nota datada de 16 de julho de 1912, comunicava que em breve receberia “*instrucciones para constestar la aludida Nota de Vuestra Excelência* (nota 27 de outubro de 1911 do Governo de Portugal), *reinvindicando los derechos de España relativos á las ditas islas*”. Esta nota foi imediatamente seguida de uma outra, de dia 30 do mesmo mês e esta de nova do Governo português, em 1 de agosto.

---

<sup>140</sup> Não as encontrou e, porque não as encontrou, pretendeu colocar Portugal diante do facto consumado. Cf. Parecer nº 50 da Comissão de Direito Marítimo Internacional, de 15 de fevereiro de 1938.



Em janeiro de 1913, o Almirante Schultz Xavier apresentou um relatório tendo concluído que, após o reconhecimento da Selvagem Grande e ter procedido a um levantamento e nivelamento, a melhor localização do farol seria no Pico da Atalaia. Em princípios de 1915, junto do Vice-Cônsul de Portugal em Arrecife, foi feito o pedido para que pescadores espanhóis pudessem pescar nas águas das Selvagens, pedido esse que foi recusado, mediante consulta prévia do Consulado ao Ministro da República.

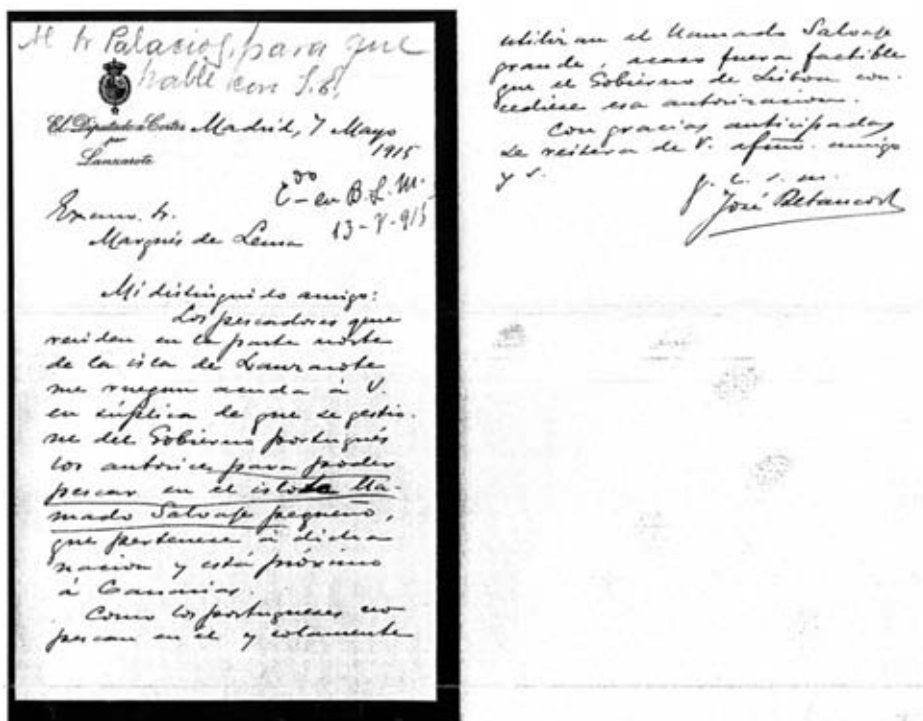
A posição assumida por Espanha de rejeição no que diz respeito à soberania portuguesa sobre as Ilhas Selvagens não deixa de ser, no mínimo, caricata.

Esta qualificação resulta do facto de, face às provas documentais (inéditas até 2014) que aqui se publicam ser à data, absolutamente inquestionável, mesmo para Espanha, a efectiva soberania portuguesa sobre as Selvagens. Atente-se á cabal demonstração desse reconhecimento por via da carta escrita em Madrid pelo Deputado às Cortes por Lanzarote José Betancort Cabrera<sup>141</sup>, datada de 7 de maio de 1915, (**Figura 1**), e dirigida ao Marquês de Lema<sup>142</sup>, versando a autorização do Governo português para pescadores espanhóis poderem pescar na Selvagem Pequena.

---

141 José Betancort Cabrera foi Deputado nas Cortes de Espanha, eleito por Lanzarote, entre 1913 e 1923. Nasceu em Tegüise, Lanzarote, Canárias, em 1874 e morreu em Madrid em 1950.  
Cf. <http://webpages.ull.es/users/files/TesisCABRERAPERERA.htm>, recolhido em 6.01.2010.

142 O destinatário desta carta é D. Salvador Bermúdez de Castro y O' Lawor (1863-1945), II Marquês de Lema. Nascido em Madrid, Espanha, a 1 de novembro de 1863, morreu nesta mesma cidade em 20 janeiro de 1945. Académico foi, ainda, Deputado por Tineo de 1891 a 1923, Subsecretário de Governação e de Graça e Justiça. Presidente (Alcalde) da Câmara Municipal de Madrid. Ministro de Estado (à época era esta a designação do Ministério dos Negócios Estrangeiros de Espanha) em todos os Governos de Eduardo Dato e nos de Manuel Allende Salazar e Joaquín Sánchez de Toca.  
Cf. <http://www.bermudezdecastro.net/ilustres.htm>, recolhido em 6.01.2010.



**Figura 1** – Carta escrita em Madrid ao Marquês de Lema pelo Deputado às Cortes por Lanzarote José Betancort Cabrera, datada de 7 de maio de 1915. Origem: Arquivos do Ministerio de Asuntos Exteriores de Espanha

Eis o seu teor:

«Ex.mo Sr. Marquês de Lema

Mi distinguido amigo:

Los pescadores que residen en la parte norte de la isla de Lanzarote me ruegan acuda à V. en súplica de que se gestione del Gobierno português los autorices para poder pescar en el islote llamado Salvaje Pequeño, que pertence à dicha nación y está próximo à Canarias.

Como los portugueses no pescan en el y solamente utilizan el llamado Salvaje Grande, acaso fuera factible que el Gobierno de Lisboa concediese esa autorización.

Com gracias anticipadas, le reitera de V. afnno amigo y v.  
g.c.i.m.»

### 3. O exercício da soberania portuguesa sobre as ilhas

Inabitadas que eram à data da sua descoberta, as Selvagens foram, pois, de um ponto de vista jurídico, “terra nullius”, ou seja, “terra que pertence a ninguém”, deixando de o ser a partir do momento da sua posse efectiva por parte dos seus descobridores, nos termos já acima descritos.

Sendo certo que a primeira questão que se colocou em sede de dúvidas acerca da soberania lusa sobre as Selvagens se prendeu precisamente com a sua localização geográfica, a verdade é que estas, de um ponto de vista geográfico, constituem um arquipélago independente, ainda que, no âmbito político-administrativo, sejam integrantes da Região Autónoma da Madeira, com direito a figurar no Estatuto de Autonomia da Região<sup>143</sup>.

As Selvagens são, na prática, um subarquipélago, de características autónomas, que se encontra mais próximo das Canárias (Espanha) do que da Madeira (Portugal), por via da sua localização física mais aproximada da ilha espanhola de Tenerife, e foi essa maior proximidade geográfica ao Reino de Espanha levou a que, ao longo dos tempos, o país vizinho esgrimisse no sentido da mesma se dever considerar como determinante para apurar a matéria de soberania sobre as ilhas.

A essa dúvida foi dada resposta cabal por parte da Comissão Permanente de Direito Marítimo Internacional<sup>144</sup>, num parecer subordinado à questão da “nacionalidade das “Ilhas Selvagens” e no qual se podia ler que “nenhuma importância tem (...) o facto de se encontrarem mais próximo das Canárias do que da Madeira, para o efeito de se optar pela soberania portuguesa ou pela soberania espanhola”<sup>145</sup>.

O certo é que, em momento algum, foi sustentado título ou documento legal conhecido em posse de mãos espanholas ou outras, particulares ou do Estado, que pudesse servir de prova da sua alegada soberania sobre as Selvagens tendo, ao invés, existido apenas alegações unilaterais e não provadas de soberania por parte de Espanha relativamente às ilhas.

Todavia, já no que refere a Portugal e a documentos com origem lusa, o mesmo não acontece. Na verdade, as ilhas Selvagens pertencem a Portugal pelo já citado “direito de descobrimento e de posse ininterrupta”.

Esta é atestada, além do mais, pelo facto de, desde a colonização da

143 Cfr. o 3.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira, em conjunto com o “mar circundante e seus fundos, designadamente as águas territoriais e a ZEE, nos termos da lei”.

144 Mais tarde rebaptizada de Comissão de Direito Marítimo Internacional (CDMI), por força do Decreto-lei 49079, de 25 de junho.

145 Parecer da CDMI de 15 de fevereiro de 1938.

Madeira, tanto as Selvagens, como as Desertas, terem sido incorporadas no Governo daquela ilha e, atualmente, no distrito administrativo do Funchal.

O próprio Estado português tem-se considerado sistematicamente competente para sobre elas poder legislar (e tem-no feito de forma abundante), como é possível retirar, desde logo, da referência que lhes é feita no Estatuto de Autonomia da Região, bem assim como no preâmbulo do Decreto 21821, de 1 de novembro de 1932, no qual consta que “as Ilhas Desertas e as Ilhas Selvagens, pertencentes ao distrito administrativo do Funchal, constituem propriedade particular” para, mais à frente, nele se estipular que “são consideradas em regime de reserva de caça, a favor dos respectivos proprietários (...)”.

A assunção de soberania por parte de Portugal sobre as ilhas Selvagens não resulta, todavia e tão só, da prática legislativa, mas, também, de um consenso internacional generalizado, uma vez que, quer as mais prestigiadas obras internacionais no domínio da ciência, geopolítica, defesa, entre outras, bem assim como diversos organismos internacionais como a UNESCO, reconhecem a aludida soberania lusa sobre o território. O mesmo se passa, aliás, pelo facto de a sua Reserva natural integrar a Rede Ecológica Europeia “Natura 2000”, serem detentoras do Diploma Europeu, atribuído pela Resolução n.º 65/1997, do Comité de Ministros do Conselho da Europa e se encontrarem inscritas na Categoria 1ª de Gestão de Áreas Protegidas da *International Union for Conservation of Nature* - IUCN.

Tal resulta, também, e muito, da actuação e da presença efectiva portuguesa no terreno, por via da Marinha e da Autoridade Marítima, da Força Aérea e através de marcos simbólicos diversos, desde faróis a marcos geodésicos, posto de correios, placas comemorativas de visitas de autoridades, ao hastear da bandeira nacional e a da Região, bem assim como as frequentes visitas de altos titulares de cargos públicos como três Presidentes da República de Portugal, deputados, autoridades militares, entre outras, tudo isto sem existência de protestos diplomáticos de qualquer tipo pelo facto de as mesmas terem lugar.

#### **4. O cumprimento dos critérios da Convenção de Montego Bay em sede de habitabilidade e de desenvolvimento de actividades económicas**

Um dos argumentos que mais é utilizado pelos detratores da ideia de que as Selvagens são ilhas reside no argumento, que esgrimem, de que as mesmas são “rochedos” não habitados, que estes não são

nem foram habitados ou habitáveis, bem assim como neles não se ter desenvolvido no passado qualquer tipo de actividade económica, de que não foram exploradas, por assim dizer, para, a partir daí, imediatamente as destratarem enquanto realidades insulares ou locais passíveis de ser utilizados pelo homem.

Tais argumentos são, diga-se desde já, falsos, logo não consentâneos com a história das Selvagens.

Senão vejamos:

Em sede de **habitabilidade**, e de acordo com os dados históricos disponíveis, a partir do momento em que os portugueses descobriram as ilhas não mais as abandonaram. Isto não significa, naturalmente, que lá tivessem permanecido 24 horas por dia/365 dias por ano. Mas esta realidade traduz, em suma, a ideia de que aqueles espaços, território sempre pertença de portugueses, foi historicamente habitado como tal, por um número díspar de pessoas, pescadores, caçadores, cidadãos nacionais (**Figura 2**) e até mesmo por canários em frequentes visitas autorizadas ao longo dos séculos.



**Figura 2** – A zona dos alojamentos na Selvagem Grande. Ano de 1951. Foto: António Augusto Peixoto Correia

Aliás, uma das razões para que essa habitabilidade fosse possível no passado tinha a ver com a existência, ou não de água potável. Também neste campo, e contrariamente a muito do que é erradamente escrito, sempre existiu água nas ilhas, especificamente na Selvagem Grande, ainda que “apenas três fontes de fraco débito e apenas em parte do ano: Fonte das Ovelhas, Fonte Salgada e Fonte das Galinhas”, pelo que, como afirma A.M. Galopim de Carvalho, “o abastecimento de água se faz com recurso a duas cisternas, a Velha, no centro da ilha, e a Nova, a Sudoeste do Pico da Atalaia”.

Junto à referida Fonte das Galinhas, “estrutura localizada junto ao trilho de acesso da Selvagem Grande, ligeiramente abaixo do Planalto e aparece coberta por rocha natural, separada por um muro de pedra seca” foram mesmo localizadas anforetas, entre outras cerâmicas, relacionadas com o armazenamento e com o transporte de líquido e que foram classificadas como pertencentes a três períodos, com base na sua morfologia: o “estilo antigo” (1500-1580), o “estilo médio” (1580-1800) e o “estilo recente” (1800-1850). (Sousa, 2010, p.129).

E se a visita e estadia do antigo Presidente da República Aníbal Cavaco Silva na Selvagem Grande, em julho de 2013, onde comodamente pernitoiu, encerra de vez, no nosso entendimento, a matéria da não habitabilidade das ilhas, resta, por fim, a questão da demonstração da existência de actividades com incidência na economia ao longo dos anos.

Ainda assim, e reforçando quanto à primeira questão, refira-se que na Selvagem Grande habitam, em permanência, dois vigilantes da natureza affectos ao Parque Natural da Madeira, sendo revezados cada três semanas e, na Selvagem Pequena, durante os meses do Verão, dois vigilantes da natureza.

Acresce que existem duas habitações nas Selvagens, uma na Selvagem Grande e outra na Selvagem Pequena, ambas destinadas a ser utilizadas pelos vigilantes e ainda por cientistas, e ainda uma outra, esta de propriedade particular, pertencente aos portugueses Francis e Elizabeth Zino, localizada na Selvagem Grande, e na qual estes habitam durante parte significativa do ano.

Diga-se, a este propósito, que já no mês de março de 2016, foi escolhido o projecto de arquitectura através do qual irão ser repensadas as habitações dos Vigilantes da Natureza do Parque Natural da Madeira nas Selvagens, as quais irão ser edificadas de novo, na sequência da atribuição à equipe de arquitectos Ponto, liderada por Vasco Tomás Rosa, da vitória no concurso “Duas Casas nas Ilhas Selvagens”, lançado

pela Secção Regional Sul da Ordem dos Arquitetos, no âmbito do Programa “escolha-arquitectura”. Os referidos trabalhos irão ter início ainda no decorrer de 2016.

Já no que tange à segunda exigência do artigo 121º da convenção de Montego Bay, a **vida económica**, é também seguro poder afirmar-se que, desde tempos imemoriais, ou seja, pelo menos após a sua descoberta pelas “caravelas do Infante”, sempre nas Selvagens foi desenvolvida, ainda que com uma cronologia própria, algum tipo de actividade económica ou com influência na economia da Madeira ou das Canárias, ainda que sempre adaptada às naturais circunstâncias da(s) época(s) em que se vivia. Sendo mesmo possível dividirmos a exploração económica das ilhas em dois grupos: a sua exploração pelos madeirenses, ou seja, por Portugal e a sua exploração pelos canários, ou seja, por Espanha. Comum aos dois tipos está, todavia, uma única realidade: as Selvagens foram exploradas economicamente ou comercialmente por pessoas, portuguesas ou espanholas, mas que nelas desenvolveram ou delas retiraram proveitos económicos ou com influência nas economias das suas regiões de origem.

Aliás, a demonstração de que as Selvagens possuíam importância económica pode ser atestada por esta afirmação: “uma importante riqueza de recurso ao nível da caça, pesca, criação de cabras e recolção da urzela. Para o período de 1774 a 1831, temos indicação do dízimo pago à Fazenda Real. Para o triénio de 1774 a 1776 foi de 24\$288 réis, mas no de 1829 a 1831, foi de 163\$423 réis.” (Vieira, 2015. p.4)

De acordo com o mesmo Alberto Vieira: “A maioria dos autores, como Gaspar Frutuoso e Thomas Nichols, refere apenas a presença de gado. Já Leonardo Torriani (1594) dá mais atenção às potencialidades económicas: têm infinita quantidade de grandes aves marinhas e de coelhos. (...) pequenas avezinhas, chamadas canários, (...) os quais os ilhéus da Madeira vêm apanhar em certa altura do ano e as mandam a vender em muitas partes.” (Vieira, 2015, p.6)





**Figura 3** – Os espanhóis das Canárias na ilha Selvagem Pequena. Ano de 1951. Foto: António Augusto Peixoto Correia



A frequência das Selvagens por parte dos madeirenses deu-se, durante décadas ou mesmo séculos, fundamentalmente nos meses mais favoráveis, quer de um ponto de vista meteorológico, quer naquilo que dependia das condições naturais mais aptas em sede de pesca e de caça nelas existente. Assim, e pelo menos a partir de meados de 1800 de forma regular, os madeirenses marcavam presença frequente nas ilhas durante os meses de Verão e os princípios do Outono.

A pesca fora tradicionalmente a principal actividade que levava à deslocação dos habitantes ilhéus da Madeira às Selvagens. A verdade é que a pesca viria a conhecer menor actividade a partir do momento em que os madeirenses preferiram dedicar-se à caça das cagaras, mais lucrativa, diminuindo a exploração do pescado e a exposição de peixe seco ao sol, que desenvolveram em grande escala, confinando-a então, e quase apenas, para efeitos de alimentação dos caçadores que se encontravam nas ilhas.

Diga-se que, de acordo com o Arquivo Histórico da Madeira<sup>146</sup>, em pleno século XVIII, num livro de cobranças do dízimo das explorações da urzela e pescas (1774 a 1831) se podem retirar valores significativos de cobrança do dízimo agrícola e pescas das ilhas Desertas, Bugio e Selvagens. A título de exemplo, em 1816-18, a arrematação chegou aos 386.344 rs.

Só no que se refere à pesca, e sendo verdade que o pescado entrado na alfândega no Funchal pagava o chamado imposto do pescado, o seu valor em outubro de 1912 ascendeu aos 85.000 escudos, sendo apenas suplantado pelo Funchal e Câmara de Lobos.

Conforme assinala Alberto Vieira: “Os produtos mais importantes desta atividade económica, nas Selvagens, eram carne e peixe salgados, mariscos, barro e pedra calcária.” (Vieira, 2015. p.7)

No que se refere à caça esta reportava-se quase exclusivamente à caça à cagarra, a qual se iniciava a partir de meio de setembro e que, em épocas boas, levava à apanha de um impressionante número de cagaras, que oscilava entre as 18.000 e as 30.000. Isto sem menosprezo da abundante caça ao coelho que existia no território em grande número e que servia de alimentação aos *rocheros*.

Existiam ainda outras actividades com incidência económica na Madeira como a recolha de urzela, uma planta tintureira que permitia excelente rendimento aquando da sua venda para a Europa continental, e, ainda, do sumagre, do pastel e da barrilha, sendo que, no caso desta

---

146 Arquivo Histórico da Madeira, Vol. X.

última, existia mesmo uma pequena instalação “industrial” na Selvagem Grande destinada à sua produção.

Refira-se que o desenvolvimento de uma actividade com reflexos na economia, como era o caso da caça desde o início de 1900 nas ilhas Selvagens, abrangia não apenas portugueses da Madeira, mas também espanhóis provenientes das Canárias, de Lanzarote, Tenerife e Grande Canária em particular (**Figura 3**).

Nos dias de hoje, décadas depois, persiste, ainda que com novos contornos, a presença de actividades com incidência na economia do país, agora debaixo das actividades científicas, as quais são actualmente reconhecidas pela ONU como de relevante impacto nas economias dos Estados.

Nos termos supra expostos, afigura-se-nos como desfazadas da realidade e, portanto, desprovidas de qualquer base legal em sede de Convenção de Montego Bay as afirmações sucessivas por parte de governantes espanhóis e de parte da doutrina castelhana, de que Amparo Sereno é exemplo, relativamente às Selvagens, de que estas “são umas ilhas sem vida económica e praticamente desabitadas.” (Sereno, 2014, p. 40), naquilo que é fundamentalmente a assunção por parte de Espanha de uma postura de *bullier*, tão bem desenvolvida por Susana Reis no seu estudo. (Reis, 2012, p.15).

Já Alejandro Camacho Gonzáles e Victor Luis Gutierrez Castillo são mais comedidos quando não ousam ir tão longe na afirmação de ausência de vida económica e escrevem que a mesma é “praticamente inexistente”. (Camacho, 2014, p. 226 e Gutiérrez, 2015, p. 176), sendo que, por outras palavras, confirmam que esta existe, ainda que a destratem.

Como julgamos ter demonstrado *in abundantiam*, as Selvagens possuíram no passado e continuam a possuir no presente, actividades com relevo na economia do Estado e da Região de que são parte integrante, desenvolvendo, aliás, na actualidade, actividades científicas que hoje se podem considerar como consentâneas com a moderna economia dos Estados e com a protecção do ambiente a escala internacional, de acordo com as resoluções tomadas no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Ademais, em lado algum da Convenção, e muito menos no referido artigo 121º, se pode encontrar o conceito de ilhas “praticamente desabitadas”. A expressão, aliás, é em si mesma contraditória. Na verdade, as ilhas em geral ou são habitadas por humanos ou não o são de todo e exemplos vários existem à escala no planeta demonstrativos dessa realidade. Não é o caso das Selvagens, arquipélago que é em permanência habitado.

Diga-se, por último, que se nas Selvagens não existe um índice de construção superior ao actual e se o tipo de actividades económicas

desenvolvidas não se configura como sendo semelhante ao existente na maior parte das ilhas habitadas de características semelhantes, tal se deveu, em exclusividade, ao facto de, por uma decisão de política pública, ter sido restringido de forma significativa o impacto humano nas ilhas, de se ter criado no início dos anos 70 uma reserva natural integral, de molde a preservar o ambiente e a flora e a fauna locais. Desta forma se cumpriram as directrizes nacionais e europeias em sede preservação da natureza num território natural com estas características, posição política que, cremos, o poder não tem qualquer intenção de alterar.

Terminamos com uma afirmação que consideramos indiscutível: a de que as Selvagens são efectivamente ilhas, enquanto formação natural de terra, rodeada de água, que fica a descoberto na praia-mar. Acrescentamos que nelas vive gente e as mesmas se prestam, hoje como no passado, e sem qualquer dificuldade, à vida económica. Quem pretender afirmar o contrário deturpa de forma grave a realidade.

### **Principais referências bibliográficas citadas ou sobre a temática**

Carvalho, Luís, Leitão, Nuno, A noção “estratégica” das ilhas Selvagens, disponível em: <http://fcsh.unl.pt/geoinova/revistas/files/n11-13.pdf>

Castillo, Victor Luiz Gutiérrez, (2015), La delimitación de los espacios marinos entre España y Portugal, in “As Fronteiras Luso – Espanholas – das questões de soberania aos fatores de união”, Lisboa,

Coelho, Paulo Neves, Ilhas Selvagens: do equívoco à realidade, disponível em: [http://www.revistademarinha.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2830:ilhas-selvagens-do-equivoco-a-realidade&catid=101:actualidade-nacional&Itemid=290](http://www.revistademarinha.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2830:ilhas-selvagens-do-equivoco-a-realidade&catid=101:actualidade-nacional&Itemid=290)

Comissão de Direito Marítimo Internacional (C.D.M.I.), (1964, 1978, 1994), «Pareceres...», 3 vols, Marinha, Lisboa.

Cosme, Mario J. Gallego, (2015), Apuntes sobre la política exterior española hacia las islas Salvajes, las Plazas Menores de soberanía, Perejil y Limacos, Revista de Geopolítica, Natal, v. 6, nº 2, p. 37 – 51, disponível em: <https://www.revistas.vcm.es/index.php/GEOP/issue/archive>

Daehnhard, Rainer, Ferreira, J. J. Brandão, Coutinho, Almirante Gago e Vasconcelos, Ernesto, (2014), *As nossas Ilhas Selvagens disputadas no jogo geoestratégico*, Lisboa.

Fernandes, V. (1997), *Código de Valentim Fernandes*, Lisboa.

Frutuoso, G. (1979), *Livro Segundo das Saudades da Terra*, Ponta Delgada, cap. 51.

Gomes, Diogo, (1900), *As relações do Descobrimento da Guiné e das Ilhas dos Açores, Madeira e Cabo verde*, Versão traduzida do latim por Gabriel Pereira, *Boletim Sociedade de Geographia de Lisboa*, 17ª Série, 1898-1899, n.º 5, Lisboa, Imprensa Nacional, pp. 289-290.

González, Alejandro Camacho, (2014), *La cuestión de las Islas Salvajes*, in *Cuestiones actuales sobre la diplomacia y las relaciones internacionales en los inicios del siglo XXI - Memorias de alumnos del Máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales 2012-2013*, Cuadernos de la escuela diplomática, número 52, Madrid.

Graça, Pedro Quartin ou José, Pedro Q G Simão, (2014), *A importância das ilhas no quadro das políticas e do direito do mar - O caso das Selvagens*, Lisboa.

Graça, Pedro Quartin ou José, Pedro Q G Simão, (2015), *A fronteira marítima a sul: génese e problemática do caso das Ilhas Selvagens*, Lisboa.

Graça, Pedro Quartin ou José, Pedro Q G Simão, (2016), *As noções de ilha e de rochedo - fundamentação doutrinária no quadro da Convenção de Montego Bay*, *Revista de Direito Público*, Lisboa (no prelo)

Lynce de Faria, Duarte Manuel, (2002), “A Jurisdição e a Delimitação dos Espaços Marítimos em Portugal – Do Rio Minho às Ilhas Selvagens, na Golada do Guadiana e no Mar de Timor”, in *Revista Jurídica*, nº 25, abril.

Madeira, Região Autónoma da, (2014), *As Ilhas Selvagens*, disponível em: [https://issuu.com/rcl\\_imagem/docs/ilhas\\_selvagens](https://issuu.com/rcl_imagem/docs/ilhas_selvagens)

Melo, Pedro Alexandre da Silva, (2012), *O “Regime das Ilhas” na Convenção de Montego Bay*, Lisboa.

Reis, Susana Margarida Gonçalves, (2012), As ilhas selvagens: manobras espanholas, ameaças e oportunidades, disponível em: [https://www.academia.edu/11935784/A\\_Seguran%C3%A7a\\_Mar%C3%ADtima\\_no\\_Atl%C3%A2ntico\\_Uma\\_Perspectiva\\_do\\_Sul\\_Lus%C3%B3fono\\_e\\_http://oceanoportugal.wix.com/ceeat#!as-ilhas-selvagens/cmk8](https://www.academia.edu/11935784/A_Seguran%C3%A7a_Mar%C3%ADtima_no_Atl%C3%A2ntico_Uma_Perspectiva_do_Sul_Lus%C3%B3fono_e_http://oceanoportugal.wix.com/ceeat#!as-ilhas-selvagens/cmk8)

Sarmento, Artur, (1906), As Selvagens, Funchal.

Sereno, Amparo, (2014), Gibraltar, Perejil e agora também as Selvagens. Será viável a cooperação luso-espanhola face ao «novo Direito do Mar»? , Lisboa.

Sereno, Amparo, El nuevo mapa marítimo de Portugal y el caso de las Islas Salvajes, disponível em: <http://www.reei.org/index.php/revista/num28/articulos/nuevo-mapa-maritimo-portugal-caso-islas-salvajes>

Sousa, Élvio, Putzer, Dietrich, (2010), Rastos de gente nas Selvagens (Madeira, Portugal). Estudo preliminar das cerâmicas das épocas Moderna e Contemporânea, Funchal.

Torriani, L. (1999). Descrição e História do Reino das Ilhas Canárias. Lisboa

Vieira, Alberto (2015). O arquipélago das selvagens um mundo de ilhas portuguesas com história. Anuario de Estudios Atlánticos, nº 61: 061-006. disponível em: <http://anuariosatlanticos.casadecolon.com/index.php/aea/article/view/9306>

Vieira, Alberto, online, Funchal, CEHA, disponível em: <http://www.madeiraedu.pt/Portals/31/CEHA/avieira/ilhas.pdf>



## **2.2 Dossier II: “ Responsabilidade Internacional dos Estados” Intervenções nos dois eventos realizados nas Nações Unidas sobre a temática em 2015**

### **i. Responsibility of States: State of Play and the way forward (Part II) - 15 June 2015 - United Nations**

Miguel de Serpa Soares

It is my pleasure to give some introductory remarks this afternoon by way of opening the meeting of this panel of experts, which has been convened to discuss the future of the articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts. As you may be aware, the International Law Commission adopted the articles in 2001 after a herculean effort of nearly fifty years of work. In so doing, the Commission left it for the member States, as represented in the Sixth Committee of the General Assembly, to take a decision, at an appropriate point in the future, on the possibility of convening a diplomatic conference to negotiate an international convention on the basis of the articles. The Sixth Committee has since considered the matter on five occasions, the last being in 2013, and it is scheduled to do so again at the seventy-first session of the Assembly, next year.

In the meantime, I am sure you will agree with me that the articles have been extremely well-received by States, Courts and Tribunals as well as by academia. It is clear, including from the series of studies prepared by the Secretariat, that they have come to be generally regarded as an authoritative restatement of the law on international responsibility, with the differences of view being limited to a relatively few articles.

It is increasingly apparent that the time might be fast approaching for the Assembly to start considering its options, and for it to take a decision on the future of the articles, one way or the other. Continuing to simply postpone a decision on how to proceed, after what will be 15 years since their adoption by the Commission, risks creating doubts as to the extent to which States perceive the significance of the articles, thereby potentially undermining their authoritativeness. As we approach a point of diminishing returns while the articles linger on the agenda of the Assembly, we need to look to the future. It is time to have the conversation about whether the work of the International Law Commission should be

the last word on the matter, or whether there might be room for further work, with a view to cementing the *acquis* of the Commission.

It is in this light that I welcome the initiative of the five delegations (Czech Republic, Guatemala, Mexico, Portugal and South Africa) which have organized this second in a series of panels to explore the possible advantages and pitfalls of the Assembly deciding to convene a diplomatic conference to negotiate an international convention on the responsibility of States for internationally wrongful acts. Permit me to express my gratitude to Amb. Juan Manuel Gomez Robledo of Mexico, who is well known to all of us, for agreeing to officiate over today's panel. I also would like to welcome our expert panelists to the United Nations and to thank them for giving their time to come and debate this issue with us today. I am sure we will all benefit from their presence.

Before giving the floor to Amb. Gomez Robledo to introduce the panelists, permit me to make some further remarks about the subject-matter of the panel. While it is for the member States to take the decision on the future of the articles, I wish to note that we are gathered here today on the eve of the seventieth anniversary of the United Nations. It is a time for solemn reflection on the contribution of the Organization to the improvement of the human condition. It goes without saying that the fulfillment of the mandate of the General Assembly to progressively develop and codify international law, based on the tremendous contribution of the International Law Commission, is an important part of the legacy of the Organization. Indeed, as you know from this year's discussion on the rule of law, which is dedicated to the the role multilateral treaty processes in advancing and promoting the rule of law, the treaty regime developed by, or adopted under the auspices of the United Nations has transformed international law. Contrary to the position prevailing at the time of the creation of the United Nations, seventy years later we find ourselves in the presence of a relatively mature system of international law, anchored in a web of treaties, at the core of which lies a series of law-making international conventions adopted on the basis of the work and recommendation of the Commission.

While it is accepted that not all international legal instruments, including those developed by the Commission, require transformation into legally binding treaties, it still remains the fact that codification by means of the adoption of an international convention is one of the, if not the primary modes of international law-making. Still, it is not a step that should be taken lightly. It requires a significant level of political commitment, and a marshalling of resources, both intellectual and financial. Nonetheless,



when successful, the benefits far outweigh the costs. Existing multilateral law-making treaties, such as the Vienna Convention on the Law of Treaties which has to a significant extent strengthened the stability of the treaty regime, stand as monuments to prior struggles and efforts by our predecessors to further develop and codify the law. It is now our turn to make a contribution. A commitment to encapsulation of law in a treaty is a commitment to the future of international law. It is also an important reaffirmation of the centrality of role of States and of this Organization, in the making of international law.

I thank you, and wish you a successful meeting.



## ii. Responsibility of States: Which Way Forward?

15 June 2015 - United Nations

Laurence Boisson de Chazournes

The Articles on Responsibility of States for Wrongful Acts constitute one of the main achievements of the International Law Commission (ILC). Another major accomplishment was the Draft Articles that gave rise to the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). In addition to being two cornerstone instruments of public international law and “superstructure” sets of rules in the international legal order, interestingly they have something else in common, i.e. the debate surrounding the nature of the legal instrument capable of encapsulating the said rules: codes, draft articles or convention?

The “success-story” of the codification of the rules on the law of treaties often leaves aside the fact that from 1955 to 1960, the *Special Rapporteur* Sir G. Fitzmaurice, submitted five reports based on the general assumption that the final instrument to be developed by the Commission would be a code and not a convention<sup>147</sup>. In other words, before the rules on the law of treaties became a convention (and until Sir H. Waldock became the *Special Rapporteur*), there was no certainty that the final outcome of the ILC’s work would lead to a convention.

Questions of a similar nature currently exist around the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter ‘the Articles’).

It appears from the debate surrounding the way forward for the Articles that there are three options available: (i) to negotiate a treaty based on the Articles; (ii) maintaining the *status quo* and, (iii) a midway position that would allow some time for reflection, for example through the endorsement of the Articles by virtue of a General Assembly resolution.

As alluded to, speculation on the “fate” of the Articles on Responsibility of States is not new. However, the VCLT should not necessarily indicate a precedent in favor of a diplomatic conference to negotiate a treaty on State Responsibility either. As is often the case, there are pros and cons, and it is clear that no straightforward answer exists. Each case presents its particular features and challenges *vis-à-vis* States.

---

<sup>147</sup> Laurence T. Pacht, “The Case For A Convention On State Responsibility”, *Nordic Journal of International Law*, 83 (2014), p. 441.

This said, it should be emphasized that there is wide support for preserving the general spirit and content of the Draft Articles as they were finalized by the ILC. They have received broad support in practice<sup>148</sup>. The most recent *Special Rapporteur*, J. Crawford (1998-2001), has spoken of the delicate balance of the text and the need to protect it<sup>149</sup>. Those are important points that should guide our reflections. The Articles have to be seen and interpreted in their whole.

The question to be addressed in this short contribution is related to the possibility of adopting a convention. A focus will be put on the process and the possible ways in which the rules on State responsibility may be framed in a convention.

### ***1. A propos the enhancement of the political acceptance of the rules reflected in the Articles.***

At the outset, one should recall the recommendation made by the ILC in 2001 to the General Assembly:

72. At its 2709<sup>th</sup> meeting, on 9 August 2001, the Commission decided, in accordance with article 23 of its Statute, to recommend to the General Assembly that it take note of the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts in a resolution, and that it annex the draft articles to the resolution.

73. The Commission decided further to recommend that the General Assembly consider, at a later stage, and in light of the importance of the topic, the possibility of convening an international conference of plenipotentiaries to examine the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with a view to concluding a convention on the topic. The Commission was of the view that the question of the settlement of disputes could be dealt with by the above-mentioned international conference, if it considered that a legal mechanism on the settlement of disputes should be provided in connection with the draft articles<sup>150</sup>.

---

148 See United Nations Legislative Series, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, ST/LEG/SER.B/25 (United Nations, 2012).

149 James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 59.

150 Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), paras. 72 and 73.

As can be noted, the Commission had foreseen “the possibility of convening an international conference of plenipotentiaries (...) with a view to concluding a Convention on the topic”<sup>151</sup>. The General Assembly has met on several occasions (2004, 2007, 2010 and 2013) to discuss the status of the Articles<sup>152</sup>. The possibility of adopting a Convention was part of the debates. The next such *rendez-vous* will take place in 2016.

Among the reasons advanced in favor of the adoption of a convention is the argument that it would enhance the acceptance of the rules on the responsibility of States. The legal status of the Articles is sometimes considered as requiring clarification. In this context, the convening of a diplomatic conference is perceived as a means to upgrade the Articles. This would help clarify their status.

Another argument in favour of convoking a diplomatic conference to negotiate a treaty is that it would serve as an opportunity for States to confirm or negate their position on the Articles. This may be true. Moreover, participating in a conference would allow States to confirm their support in a more explicit way. It should however be borne in mind that States have earlier had the opportunity to comment on the ILC’s work, especially after the first reading of the Articles. Yet only a small number of States issued guidance on the ILC’s codification work. In one sense, this acquiescence may have been an implicit acceptance of the work that the ILC was conducting. This may also partly be a reflection of the capacities many States possessed (and still possess) in responding to the work product of the ILC. However, it must not be forgotten that if a diplomatic conference is convened, the political nature of treaty negotiations could threaten the legal *acquis* of the Commission’s work.

Another question relates to the acceptance of the Articles’ content. Might that which was not controversial or not too controversial back then become controversial today? Time is an important factor to be taken into consideration when addressing this issue. As a matter of fact, there is a need to contextualize the discussion. The Articles were adopted in 2001, after the ILC had been working on the topic since the 1950s. Major political events subsequently took place that had an impact on the evolution of international law, and which were somewhat reflected in the work of the ILC. The ILC managed to overcome significant difficulties, as well as to take into account the evolution of international law over

---

151 *Ibid.*, para. 73.

152 See, respectively, Res. 59/35 of 2 December 2004; Res. 62/61 of 6 December 2007; Res. 65/19 of 6 December 2010; Res. 68/104 of 16 December 2013.

the last 70 years. Almost fifteen years have passed since the General Assembly took note of the Articles<sup>153</sup>. In the meantime, these Articles have received strong support in State and judicial practice. It is foreseeable that a diplomatic conference would largely confirm this privileged status. In other words, a large codification of the *acquis* would take place. This said, besides confirmation of the *acquis*, a diplomatic conference could mark its presence through different avenues.

A diplomatic conference has the potential to clarify or refine certain rules. This could be in the case of damage remedies, for example. A diplomatic conference may also have some scope to add further provisions, such as provisions on responsibility towards non-State actors or provisions on dispute settlement, which had been foreseen by the ILC in 2001 in its recommendation to the General Assembly. Further still, a diplomatic conference might also water down existing provisions, and the example of counter-measures is often given in this respect. Given the widespread consensus around the Articles, however, it would be important that their present content is preserved as much as possible.

In all events, procedural devices should be put in place so that only a large majority of States would be able to effect any changes to the Articles. I am thinking of a voting process such as the two thirds majority rule, or at least steps to address the potential blocking limitations of the consensus rule<sup>154</sup>. Should changes to the Articles occur, they ought to be supported by a large majority of States.

One could also think of the adoption of interpretative statements that would accompany a convention on State responsibility, as had been the case with the UN Watercourses Convention, for example. With regard to the latter Convention, the relevant Working Group adopted a Statement of Understanding on the concept of vital human needs<sup>155</sup>.

Lastly, is there a risk that negotiations fail and that no convention could come into existence? It would be important to ascertain the support given to the Articles and place the question against this scenario. However, if this were to be the case, some comfort should be derived from the fact

---

153 A/RES/56/83. Responsibility of States for internationally wrongful acts, 28 January 2002.

154 In this regard, one can take note of the recent General Assembly resolution to commence the process of the development of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, and its commitment to exhaust every effort to find consensus, but not to be hamstrung by such efforts; see A/RES/69/292 (currently available as A/69/L.65), para. 1 (g) – (j).

155 See Salman M. A. Salman, “The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later: Why its Entry into Force Proven Difficult?”, *Water International*, Vol. 32 No.1, 2007, p. 5.

that the Articles reflect customary international law. The parallel lives of customary and treaty law were acknowledged by the International Court of Justice in the Nicaragua/US judgment<sup>156</sup>.

## ***2. A propos the possible steps towards adopting a convention***

We have discussed the option of the convening of a diplomatic conference with the aim of adopting a convention on State responsibility. But is the convening of a diplomatic conference the best option?

As the Articles have received broad support in their present form, one may consider that the General Assembly would be in a position to adopt the Articles as a convention through a resolution.

Indeed, this solution would have the benefit of avoiding a diplomatic conference while keeping the existing Articles as a starting point. The recent development regarding the Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration is enlightening in this respect. Following negotiations for a period of eighteen months at UNCITRAL, the Rules on Transparency were eventually transformed into a convention, which opened for signature after the General Assembly adopted this convention by resolution<sup>157</sup>.

Another source of inspiration might be the Draft Articles on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses. The ILC adopted a set of 33 Articles in 1994<sup>158</sup> and recommended the elaboration of a Convention by the General Assembly or by an international conference of plenipotentiaries<sup>159</sup>. In its resolution 49/52, the General Assembly decided to submit the Draft Articles to the Sixth Committee of the United Nations convened as a Working Group of the Whole “to elaborate a framework Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses”. The meetings of the Working Group were held in October 1996 and in March-April 1997 in New York. As amended by the Working Group, the General Assembly adopted the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses as an annex to Resolution 51/229 on 21 May 1997.

---

156 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), 1986 ICJ Rep 14, paras. 177-178.

157 A/RES/69/116, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 10 December 2014.

158 *Yearbook of the International Law Commission, 1994*, Vol. II, Part Two.

159 *Ibid.*, p. 89.

Another example of the same kind is the UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property. There, the UN General Assembly's Sixth Committee undertook to elaborate a draft convention on the basis of the ILC's draft articles<sup>160</sup>. Two Working Groups sought to resolve points of contention in the draft articles and an *ad hoc* Committee, mandated by the General Assembly, finalized the text before it was submitted to the General Assembly for adoption<sup>161</sup>.

This process would avoid the convening of a diplomatic conference of States. While giving political support to the Articles and leveraging their visibility, this option might avoid "opening the Pandora's box" that may be more readily present with the convening of a diplomatic conference. As a first step, States could adopt a resolution demonstrating a clearer endorsement of the Articles than was the case with the resolution adopted in 2001. This could help frame discussions towards the eventual adoption of a convention. Material benefits deriving from the involvement of the Sixth Committee would include that it would be less expensive than convening a diplomatic conference.

The last point to touch upon is concerned with the fact that a convention, should it be adopted, may not receive a sufficient number of signatures and/or ratifications or would not enter into force, at least in the near future. This risk should be put into perspective. In addition to the broad acceptance and implementation of the Articles, it is also expected that the States supporting the adoption of a convention would then sign and ratify it.

A confidence-building measure could be to ensure reservations are not prohibited such as is the case with the VCLT. Should reservations be permitted wholly or partially, there is the possibility of framing a specific regime as to their admissibility and potential phasing-out. In this context, it would be important to take into account the holistic nature of the Articles when defining the contours of a reservation regime.

As an additional point, one may think of the possibility that the convention is implemented provisionally. Here, I refer to Article 25 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. States may consider integrating a provision related to the provisional application of the Convention on State Responsibility.

---

<sup>160</sup> Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two. The ILC had in fact recommended the convening of an international conference of plenipotentiaries (Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April to 19 July 1991, A/46/10, para. 25).

<sup>161</sup> General Assembly resolution 59/38 of 2 December 2004.



Article 25 of the VCLT (“Provisional application”) states:

*“A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:*

- (a) the treaty itself so provides; or*
- (b) the negotiating States have in some other manner so agreed.*

*Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.”*

The ILC has also been working on the topic and has made a clear distinction between the provisional application of a treaty and the provisional entry into force of a treaty: “An analysis of the concept of the provisional application of treaties must begin with the distinction between ‘provisional application’ and ‘provisional entry into force’; these terms are not synonymous and refer to different legal concepts. In his first report in 2013, the ILC Rapporteur Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo recognized that: “in light of the lack of uniform regulations on the matter, the content and scope of the provisional application of a treaty will depend largely on the terms in which such application is envisioned in the treaty to be applied provisionally. In some cases, a single clause establishes the applicable regime while in others its inclusion is far more complex and detailed and may lead to the establishment of some form of special regime.”<sup>162</sup>

Utilizing ‘provisional application’ or ‘provisional entry into force’ of a convention on State responsibility would mitigate the concern about the risk of a low number of ratifications or the delayed entry into force of the convention, and might encourage States to become parties to the treaty. This treaty-regime feature should not obviate the fact that the Articles reflect customary international law and that those provisions would continue to produce their legal effects.

In case a decision is taken to adopt a convention on State responsibility, be it through the convoking of a conference of plenipotentiaries or through the General Assembly, it is hoped that States would cooperate in good

---

<sup>162</sup> First report of the Special Rapporteur on the provisional application of treaties, 3 June 2013, A/CN.4/664, para. 21.

faith with a view to concluding and ratifying a convention which would best serve legal certainty in the area of the responsibility of States and enshrine respect for the general spirit and content of the Articles.

**iii. Panel on State Responsibility –  
– 15 June 2015 – United Nations**

André Nollkaemper

It is an honor to participate in the panel on this important topic. I thank the organizing delegations.

In my presentation, I will address the main points that were raised in the concept note for this meeting.

I will make 4 separate points.

My first point concerns the importance of the codification of the law of responsibility and the role of states in this process.

The codification of the law of state responsibility is of fundamental importance to the role of international law in international society.

State responsibility is an essential part of the very existence of an international legal order.

The existence of an international legal order implies that the states on which duties are imposed should be responsible in the case of a failure to perform those duties.

Responsibility is key to the sovereign equality of all states. The notion of sovereign equality presupposes the ability of all states to incur responsibility, and to invoke the responsibility of others.

Of course, the law of responsibility can only fulfill these functions if it is sufficiently clear what that law is. It is for this reason that codification of the law of responsibility is of major importance.

The fundamental question for us today, and in the further process in the General Assembly, is whether the process of codification should move beyond the ILC articles towards a convention.

There are two aspects to this question.

One aspect is whether codification could help clarify the contents of the law of responsibility.

What we now see is that there may be broad consensus on some principles of responsibility.

But there is also uncertainty on some issues, for instance complicity and countermeasures.

The question is whether, by moving to a convention, the various aspects in which the ILC articles are somewhat unclear can be clarified. I am somewhat doubtful that this can be achieved. But I also am somewhat doubtful whether this in fact will be necessary. I will come back to this in a second.

The second aspect of the question whether the process of codification should move beyond the ILC articles towards a convention concerns the role of states in the process of codification.

If the law of responsibility indeed is of key importance for international law, and if there is uncertainty in some key areas, the question is whether the clarification of these points should be left to the somewhat unorganized and apolitical process that we see now.

We may tend to think about responsibility as technical legal issues – questions of attribution and compensation that are to be decided in adjudication.

But we should not forget that these issues involve deeply political questions. They have profound implications for determining which state is responsible for a particular conduct.

They also have profound implications for whether and how injured parties are protected.

It is common to say that the development of international law in such areas should be left to practice.

In some respects this is also inevitable and useful.

But it is useful to reflect for moment on what it really means to leave development to practice.

Quite often, this means that we leave it to courts in specific fields of international law to clarify how these courts, in the specific area in which they have jurisdiction, define the international law of responsibility.

Thus, we leave it to a human rights court to determine which acts are attributable to states– as the ECHR has done in relation to the rendition cases. The outcome is quite different from what the ILC has drafted.

Likewise, we leave it to tribunals in investment arbitration to resolve questions of compensation and causation. The outcomes too, may be quite different from what the ILC has drafted.

The question is whether states can afford to leave questions which are so important to them, and to international law, to the uncertain development driven by adjudication in some areas but not in others.

Given the fact that the content of many principles is deeply political, it could well be argued that the main political organ of the UN, as well as the member states, have to play a role here.

There may be a strong argument that moving towards a convention would enhance the political legitimacy of the process and the eventual contents. However, I also note that a convention is not the *only* way to do this. A General Assembly Resolution endorsing the ILC Articles may to some extent fulfill a comparable purpose.

I come to my second point. This concerns the scope or content of the convention, if that is pursued. More in particular, the question raised in the concept note is how a convention is to contain the unraveling of the articles.

My main point here is that codification in a convention could best achieve its functions if it did not attempt to fill in too many details.

The function to provide stability and certainty in the international legal order can be done with a relatively limited number of general principles.

Limiting the scope of the convention will be important to make the convention acceptable for states.

At the same time it is important for keeping the convention open and to allow for further development.

The challenge is to combine the interests of certainty and stability on the one hand, and the interests of political feasibility and openness for future development on the other.

Let me make in this context three points.

The first and obvious point to make is that the convention should allow for *lex specialis*: for secondary rules in particular areas of international law, which may deviate from the convention.

This will, for instance, be relevant for diverging practices in human rights courts. It also holds for some aspects of the law of the WTO.

Through recognition of *lex specialis*, apparently divergent practices in particular regions or in particular subject-areas can be accommodated through special rules.

States should also recognize the opportunity to make more use of this possibility of clarifying specific rules for specific areas, for instance in relation to peace keeping.

A second point to make here is that in the ILC Articles, many key questions are left open. It is not to be expected - and may not be necessary - that they will be filled in in negotiations.

One example is the principle contained in art 5 of the ILC articles. This says that the conduct of a person or entity which is empowered by

the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law.

The ILC articles do not define what governmental authority is. There is a heterogeneous practice in the case-law. This may or may not be a problem. But it is unlikely that a convention would provide more clarity.

Codifying such a principle would still provide some certainty and clarity and at the same time allow for development and diversity, precisely because what is governmental and what not may differ between regions and states.

Thirdly and more generally, any convention would not and should not impede the development of customary international law.

Some states have said that given that international relations and the international legal order are in a constant state of flux, it would be counterproductive to try to establish fixed rules regulating the entire corpus of international legal obligations.

However, that would not necessarily be the case.

In particular, given the open textured meaning of many norms the development of custom would continue.

In all of these respects, it would thus be key to formulate the provisions in such a way so as not to impede future development.

I come to my third point. This concerns the question of how a convention could address the contentious issues, and how existing differences could be narrowed down to the extent possible.

This is an important question. Certain parts of the ILC Articles are problematic because the state of international law is unclear and/or because there are differences in political appreciation of the issues between states. The question how we deal with such controversial issues may well dictate the fate of an attempt to negotiate a convention.

It may be helpful to divide the contentious issues into three groups.

A first group consists of contentious articles that need to be resolved in some way and that cannot be taken out.

A good example is the question on aid and assistance included in articles 16 and 41 of the Articles of the International Law Commission.

Some have critiqued these articles for not being stringent enough and for allowing states to help other states in committing wrongful acts.

Others have critiqued these articles because they would make it too easy to hold states responsible for the wrongful acts of others, even though they were only engaged in good faith cooperation with other states.

It may be tempting to take such a principle out to remove the dispute.

However, such a solution would seem undesirable.

We have to reckon with the fact that the ICJ in the Bosnian Genocide case found this a rule of customary law.

We also have to reckon with the fact that removing the articles on aid and assistance would create a problematic gap in the law. That gap would allow states to help others to commit wrongs where they could not so by themselves.

This example demonstrates the risk that negotiating a convention would unravel the articles in an undesirable way.

There is a risk that the valuable developments and progress, which have been initiated by the ILC, are lost in order to secure political package deals to bring more states on board.

It could be envisaged that even though a majority of states would support such rules, they may be sacrificed, so to speak, in order to bring more states on board.

This, however, I would see as a serious risk for the development of international law.

In sum, we would need to assess which articles - though they may be adjusted - should in any case be part of the overall convention.

A second category of controversial principles consists of principles that could be taken out without much loss for the process of codification.

One example is countermeasures.

This is a topic that remains controversial.

This is in particular true for conditions for countermeasures in relation to negotiation and dispute settlement. It also holds for the limits of countermeasures e.g. the effect on human rights.

And perhaps most controversial of all are the so-called countermeasures in general interest, where non-injured states use countermeasures to enforce *erga omnes* obligations.

This is a very important topic for international law as a whole, as it also relates to the limited powers of international organisations.

However, the question can be raised whether these principles should be included at all.

With the exception of the role of countermeasures as circumstance precluding wrongfulness, countermeasures are not matters of responsibility proper. They could be excluded without harming the system as a whole and without creating gaps.

Of course, they are related. But a codification of law of responsibility cannot solve all issues that are related to it.

The third group of controversial issues is the most complex one. This consists of topics that in part can be included, but that also may be excluded in part.

This holds in particular for the relationship between responsibility of states on the one hand, and responsibility of international organisations, on the other.

It seems obvious that in any consideration of a convention IOs as such can be left out. The contents of the articles on the Responsibility of International Organisations is too unsettled and too controversial to lay down in a convention. If there is to be a convention, it is to be on the responsibility of states, rather than IOs.

However, it is also clear that the topic of responsibility of states is very much intertwined with questions of responsibility of IOs.

One example is state responsibility for the implementation of decisions of IOs.

Another example is state responsibility for the adoption of decisions of IOs and for the conduct of IOs.

In respect of these issues, the law is uncertain.

I can point to the unsettled practice and doctrine of state responsibility for the conduct of IOs in the context of the ECHR. The court has held in some cases that member states can be responsible when an international organisation has no internal procedures with proper remedies. However, what the ground of such responsibility is, remains quite uncertain.

Whether this area is ripe for inclusion in a treaty may be doubtful.

On the other hand, leaving it out entirely does not seem unsatisfactory given the key importance of the relationship between state responsibility and conduct of organisations.

This is one example of an area that will have to be given very careful thought in relation to the system of responsibility as a whole, in view of the need to preclude gaps and the need to formulate rules that are widely accepted.

This brings me to my fourth and final point. This concerns the possible steps towards adopting a convention and action by the General Assembly.

The obvious but important point to make here is that the question whether or not to move ahead towards a convention is first and foremost a political question.

There are clear *legal* advantages if there were a very broadly supported convention with relatively clear rules.



However, if such support would not exist, from a legal perspective a convention would not at all be a positive development.

In 1961 the Dutch member of the ILC, Professor François, argued in relation to the law of treaties against the transformation of the Commission's work product into a convention. He said that

“Even when there were no great differences of opinion, the acceptance and ratification of a convention gave rise to considerable difficulties. The presentation of standard rules by a body with the Commission's standing would have a greater impact on international law than a convention ratified by very few states with many reservations and restrictions”.

This is still very true. If a convention ratified by very few states with many reservations and restrictions would be the prospect, it may be unwise to embark on it.

Whether or not this is the case depends on the assessment of political support.

So the next steps really, should aim to clarify further the scope of support among states.

Let me by way of conclusion make two points.

First, in seeking to clarify the position of states, it would be helpful to identify the key areas that can be expected to be controversial, and to articulate options for addressing them.

These include articles 16 and 41 as well as the articles on countermeasures and international organisations.

It cannot be a matter of putting the articles as a whole to diplomatic conference – there will be a need for consideration of the main areas of potential controversy, and of the options for dealing with them.

Secondly, the threshold in, terms of political support, that would be required before moving ahead should be high.

If this were the UN Convention on Watercourses, states could be satisfied even with a convention with 30 or so state parties.

But given the centrality of state responsibility to the international legal order as a whole, the topic should be of interest to all states. Wider support would be needed to make this into a positive legal development.

According to information I have, the position of 106 states is on record.

For almost 90 states the position is unknown. For about 47 the status is still uncertain.

This situation has too many unknowns. Moving ahead seems to require first and foremost a better sense of where states stand in relation to both the apparently well accepted principles and the contentious issues.

There may be a case for involving working groups for articulating options but eventually, all issues presented by the ILC should be on the table to make this an inclusive process, and assess support in the international community as a whole.

I thank you for your attention.

**iv. Responsibility of States: state of play and the way  
forward - 15 June 2015 - United Nations**

August Reinisch

The Articles on State responsibility adopted by the ILC in 2001 and taken note of by the General Assembly in the same year, are still draft articles and the debate whether and in which way they should be transformed into a convention is still open. It is clear, however, that this is not an issue which is limited to State responsibility, but more broadly relates to the outcome and work products of the International Law Commission. Except for the 2004 Convention on Jurisdictional Immunities of States, there has been no new codification outcome in the traditional form of a convention. It would appear that the question has to do with what we call path dependency – the question whether, if a certain path or avenue is taken, others would follow suit in that direction.

This is an issue that was recently discussed during a workshop of the OSCE in Vienna relating to the OSCE Court of International Arbitration and Conciliation which, as is well known, has not had a single case during its 25 years of existence. There seemed to be consensus that this could be remedied by actually having a first successful case which would then lead to a certain increase, if not proliferation, of cases. We have witnessed such a development in the field of investment arbitration. The 1965 Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention) has long lived a rather dormant existence. Only with some first cases in the 1980s and the ensuing development of so-called treaty arbitration in the mid-1980s/early 1990s this has led to an unprecedented increase in cases.

Transferring the idea of path dependency to the field of ILC codifications in the form of conventions, it might be useful to consider whether there are other areas of ILC work that could lead to a successful convention outcome. One area that comes to mind here is diplomatic protection. The 2006 Articles on Diplomatic Protection seemed to be fairly uncontroversial and could serve as a good starting point to re-activate convention-making on a multilateral level as a form of codification of international law.

When it comes to the practical side of transforming the ILC Articles on State responsibility into a convention, of course, as my colleagues Laurence and André have already very aptly explained, the major challenge is one of not unraveling the existing consensus of the articles or to come up with what James Crawford has called a “de-codification” of State responsibility. They have mentioned the issue of *erga omnes* obligations, countermeasures, and further controversial issues, such as attribution, dispute settlement, etc. I do not want to repeat this, but let me add that also some of the parts that do not appear to be very controversial could turn out to open up a new debate in the end.

Let me just refer to the example of state of necessity which has been recognized as a customary international law principle even during the codification work of the ILC. In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case of the International Court of Justice, the Court already held that the then provisional article on state of necessity reflected custom. As we all know commentators at the time may have been less certain about that.

Another aspect of state of necessity is the old issue to what extent, if at all, state of necessity could be invoked in cases of financial or economic necessity. With the *Ottoman debt* arbitration and the *Socobelge* case before the Permanent Court of International Justice this seems to have been affirmed in principle. More recently, investment arbitration and here in particular numerous Argentinian cases have reinforced this view. A financial crisis, a serious economic situation, may amount to a state of necessity with the consequence that necessity can be invoked by States in order to justify, at least temporarily, the non-performance of their international obligations.

In an interesting aside, investment tribunals have generally considered that this is available also as a defense in situations where it is invoked *vis-à-vis* private parties. Of course, this question has been answered differently by the German Constitutional Court in the *Bondholders' case against Argentina*. But what is more interesting and pertinent for the question of a potential codification in the sense of treaty-making is the question to what extend the state of necessity, which has been regarded as reflecting customary international law in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, is indeed reflecting this. My concern is about some of the details which have come out very clearly in the investment cases. I am referring less to the assessment of what degree is necessary to actually amount to a sufficiently serious situation such as to constitute necessity; rather, I am

referring to the question of what may exclude the invocation of necessity. The articles merely refer to a “contribution” to the situation by the State invoking necessity. Literally, this means any contribution and it would in practice most likely lead to a situation where no kind of an economic necessity can be invoked because it is hard to imagine any situation where the affected State has not at least to some degree contributed to the situation. When we look at investment cases, at least some of them have quite reasonably found that the “contribution” must be “substantial” in order to exclude the possibility of invoking state of necessity.

This, of course, is a conclusion that can be arrived at when looking at the ILC’s commentary on the State responsibility articles and it may be easier to do so when the articles are just non-binding guidelines that can be supplemented via interpretation and by having resort to the drafting materials. It could be that during a treaty-negotiation this may be brought up and insistence could arise by some negotiators to have it reflected in the text.

This leads us back to the central question of how to achieve a successful codification. Indeed the number of potentially controversial aspects is probably too high to immediately open the traditional diplomatic conference to negotiate the treaty.

I would submit that it might be useful to discuss within the General Assembly, and here in particular in the Sixth Committee, some of the potentially controversial issues. A kind of exploration phase might be highly useful in order to find out which aspects really are controversial and which may in fact turn out to be merely perceived as controversial.

Of course, there is a risk that not all States will actively participate in that exercise, but at least it may give a very good opportunity for States to actually engage with the issue and to potentially voice their concern and ultimately even to try to find some new formulations which could then at a later stage be taken up at a codification conference.

Clearly such an approach would also be in line with what our chairman Mr. Gomez Robledo has called the central role of States in the whole exercise of codifying State responsibility law. And this avenue may also lead us to an authoritative statement of the law of State responsibility. As mentioned by Mr. de Serpa Soares the articles are already considered to be authoritative. However, currently the authoritative nature may be more one resembling the so-called *communis opinio scholarum*, the

authoritative interpretation shared by the scholarly members of the ILC, and less an authoritative statement which is taken by the legislator, which would mean the treaty-making States.

In a number of countries, the notion of authoritative interpretation is in fact limited to the law-maker itself making clear what it considers to be binding. In that sense codification would receive an additional authoritative impulse by States agreeing on a final text on the convention on State responsibility.

**v. Panel on “Responsibility of States: state of play and way forward” (Part III) - 4 November 2015 - United Nations**

Patrícia Galvão Teles

**Responsibility of States: A “containment strategy”  
for turning the ILC Draft Articles into a Convention**

I would like to start by extending my warmest greetings to the audience, the Moderator of this Panel, Dire Tladi, as well as to my fellow panelists, Michael Wood and Pierre Bodeau-Livinec. It is a great honor to have been invited to take part in this distinguished panel in a subject of the greatest interest to the legal community in general and of particular importance to the Sixth Committee and the UN General Assembly.

I would like, therefore, to commend the Member States that have organized these series of panels, the Czech Republic, Guatemala, Mexico, Portugal and South Africa, which are, in my view, contributing to a better understanding and providing for a forum for discussion regarding the “State of Play and the Way Forward concerning the Responsibility of States”.

Allow me a short personal note. I have followed with great interest the issue of the ILC Draft Articles on State Responsibility. Since more than 20 years ago, in Geneva, as a Master and Doctoral student, where, at the Graduate Institute of International Studies, State Responsibility was a “mandatory” subject, it was a key topic of both my academic dissertations - one dealing with obligations *erga omnes*, the other with how international deals with its own violations - and where I had the opportunity to attend in person sessions of the ILC in the *Palais des Nations* as the draft articles were being discussed. Also in Lisbon, as legal consultant in the Ministry of Foreign Affairs and in New York, as a delegate to the Sixth Committee, in which capacity I participated in the discussions in 2004 and 2007 regarding the future of the Draft Articles.

In view of the debate and possible decision next year regarding a Convention on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, I have been asked to reflect upon how to “contain” the unraveling of the articles and avoid harming the work done by the ILC, building on relevant examples of previous codification processes.

Before doing that, allow me some introductory remarks of a more general nature.

## **1. Introductory Remarks**

The UN is turning 70 this year and so will the ILC in a few years. The efforts to codify the law on State Responsibility are attaining the same respectful age. The ILC selected State Responsibility as suitable for codification in 1949, in its first session, together with other fundamental topics such as the law of treaties and of diplomatic and consular relations, and the work on the topic was completed in 2001. Since then, every three years, the Sixth Committee has debated the future form of the Articles and will do so again next year, with a view to taking a decision.

If the UN has chosen as motto for its 70<sup>th</sup> Anniversary “Strong UN. Better World”, I also would argue “Strong International Law. Better World”. This should be our common goal as practitioners in the Sixth Committee and as academics throughout the world.

For this purpose, having a set of codified international rules on responsibility is at the heart of a strong international order. As it was said in 2001 by the General Assembly, in the preamble of Resolution 56/83, that took note of the Draft Articles, the subject of responsibility of States for internationally wrongful acts is of “major importance in the relations of States”.

So it is high time to take action regarding the future of this major topic. The past discussions in the Sixth Committee as well as in the previous two panels organized in the matter have helped to identify the points in common and of divergence among member States. This is important in order to prepare an even more informed decision to be taken next year on the opportunity of opening negotiations on a Convention on State Responsibility. There seems to be a growing sentiment among Member States that the time has come to seek agreement on a way forward and that the adoption of a Convention, possibly through a Diplomatic Conference, could be the best way ahead.

This was indeed what the International Law Commission itself recommended, as a second stage, in its Report to the General Assembly in 2001. This path is also the one that honors best the work of the ILC and of the Special Rapporteurs that have worked on the topic, but the one that confers upon States a leading role on international law-making process on such crucial legal domain. These points have been eloquently



highlighted by our Moderator today in the First Panel that was organized last fall and also, in the Second Panel last June, by the Under-Secretary-General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel.

But the question is how do we do it? How do we transform the draft articles into a Convention, in a successful way, without unraveling the careful balance attained by the work of the ILC?

## **2. How do we preserve and not open the uncontroversial and widely supported aspects of the Draft Articles?**

Let me turn, thus, to the main object of my intervention, which is to present some key ideas for a “containment strategy” for turning the Draft Articles into a Convention while preserving and not opening their uncontroversial and widely supported aspects.

It is not the first time (and hopefully not the last) that draft articles elaborated by the International Law Commission are turned into a Convention. If we look at examples of past practice, it is suggested that they could be used as part of such containment strategy, that could be grouped around a) procedural; and b) substantive aspects. As part of that “containment strategy” use could also be made of certain “containment clauses” that could ease the acceptance of such a Convention.

Since the other two panelists are focusing on the substantive aspects (the identification of points of agreement and of disagreement), I would like to focus primarily on the **procedural aspects of a “containment strategy” and also on possible “containment clauses” and other “containment tools”**, based on past practice such as the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 and other Conventions such as the Rome Statute of the ICC of 1998 and the Convention on the Jurisdictional Immunities of States of 2004 – which were also all products of the International Law Commission.

For that purpose, there are key features of **past practice regarding Conventions that were adopted on the basis of ILC Articles** which could also be followed here. Let us focus on some of them, which could be used also with regard to the ILC Draft Articles on State Responsibility.

Resolution 2166 (XXI) of the General Assembly, adopted on the 5<sup>th</sup> December 1966, entitled “International Conference of Plenipotentiaries on the **Law of Treaties**”, decided that **an international conference of plenipotentiaries** was to be convened, **in two sessions, to consider the law of treaties and embody the results of the work of the ILC in an international convention** and such other instruments as it may deem appropriate.

The same Resolution referred to the diplomatic conference the **draft articles as adopted by the ILC as the basic proposal for consideration** by the Conference. It also requested the **Secretary-General to present to the conference all relevant documentation and recommendations relating to its method of work and procedures.**

It furthermore invited States participating in the conference to include as far as possible among their representatives **experts in the field to be considered.** And it invited the submission of **written comments and observations on the final draft articles prepared by the ILC, which were to be circulated so as to facilitate discussions.**

This last point is already covered by Resolution 68/104 of 16 December 2013, which requested States to submit by the 1<sup>st</sup> of February 2016 further written comments on any future action regarding the articles on State Responsibility in view of the consideration of the topic in the seventy-first session of the General Assembly in 2016.

Considering the draft articles adopted by the ILC as the **basic proposal for consideration** by the Diplomatic Conference (or a Working Group of the Sixth Committee or a Preparatory Committee) and conferring upon the **Secretariat the task to make recommendations relating to the method of work and procedures** are, in our view, some of the key useful examples to follow.

On another example of past practice, regarding the establishment of the **International Criminal Court** (GA Resolutions 49/53 of 9 December 1994 and 52/160 of 15 December 1997), it was **first decided to establish an ad hoc committee to review the major substantive and administrative issues arising out of the draft statute prepared by the ILC and, in light of that review, to consider arrangements for the convening of an international conference of plenipotentiaries.** When the so-called Preparatory Committee completed the drafting of a widely accepted consolidated text of a convention, it was then submitted to a **diplomatic conference of plenipotentiaries with a view to finalizing and adopting a convention** on the establishment of an International Criminal Court.

This **intermediary step of a Preparatory Committee** could be useful in regard to State Responsibility in order to better identify the substantive issues pointed out by the other two panelists, i.e. the points of agreement and the points of disagreement and possible solutions, and to step into a diplomatic conference on safer ground. This was a point also made by Professors Reinisch in the Second Panel and Šturma in the First Panel.

Surely, as it has been said also in the previous panel by Professor Boisson de Chazournes, **“procedural devices should be put in place**

**so that only a large majority of States would be able to effect any changes to the Articles...** a voting process such as the two thirds majority rule, or at least steps to address the potential blocking limitations of the consensus rule. Should changes to the Articles occur, they ought to be supported by a large majority of States.”

Use could also be made of I what would call **“containment clauses”**, that we can find in other international conventions, like the **Vienna Convention of the Law of Treaties**, and that were not present in the initial ILC draft articles on that issue. For instance, **non-retroactivity, customary law and *lex specialis* clauses**.

The Vienna Diplomatic Conference on the Law of Treaties added Article 4, entitled **“Non-retroactivity of the present Convention”**, that stipulated the following: “Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.” The same could be added in a Responsibility of States Convention, limiting its application to issues of responsibility arising only after the entry into force with regard the States in question. The precise formulation of this clause would have to be well crafted.

As to customary law, the last paragraph of the preamble of the Vienna Convention on the Law of Treaties, also added in the Diplomatic Conference, mentions that **“the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention”**. Not only a convention will not codify all areas of customary law, but also it should not impede the development of customary law. This would also be a useful addition and was a point also made in the Second Panel by Professor Nollkaemper. The Draft Articles on State Responsibility already contain a provision that addresses this concern, encompassing customary law and also other applicable rules of international law. **Article 56** refers that “the applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of States for an internationally wrongful act to the extent they are not regulated by these articles.” This provision should be kept in a future convention.

Another relevant clause would be one similar to Article 26 of the **Convention on Jurisdictional Immunities**, entitled **“Other international agreements”**, that states “Nothing in the present Convention shall affect the rights and obligations of States Parties under

existing international agreements which relate to matters dealt with in the present Convention as between the parties to those agreements”. As Professor Nollkaemper put it in the Second Panel, a convention on State Responsibility “should allow for *lex specialis*: for secondary rules in particular areas of international law, which may deviate from the convention.” The Draft Articles themselves, in **Article 55**, already have a provision on ***Lex Specialis***, which is right to the point and should therefore be kept in a Convention: “These articles do not apply where and to the extent the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law”.

Other ideas that could contribute to a better acceptance of a Convention on State Responsibility and that have been used in the past during the diplomatic negotiations with regard to other legal instruments prepared by the ILC would be the acceptance of **reservations** and/or **interpretative statements**, as also suggested in a previous Panel by Professor Boisson de Chazournes. A provision allowing for reservations has not been common in these type of “structural” Conventions, and probably would not be desirable, and one could more easily accept the inclusion of interpretative declarations made in the Diplomatic Conference itself (or whatever forum the instrument was negotiated), as it was the case with the **UN Watercourses Convention**, in relation to the concept of “vital human needs”, and of the **UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property**, that contains an Annex with Understandings concerning certain provisions of the Convention.

Another possibility, without undermining the legal content of a Convention on State Responsibility, but allowing for a deferred application for a number of years (revocable at any time) with regard to a certain State that expressed its will to that effect, could be the insertion of a **transitional clause** similar to that of Article 124 of the **ICC Statute**. This article is bound to disappear in the ICC Statute; nevertheless it may have played – at least with regard to a few States – a reassuring effect, making ratification easier.

A Convention on State Responsibility, though possibly delaying its applicability as treaty law, would also benefit from a **high threshold of ratifications for its entry into force**, somewhere between the **35 ratifications** stipulated in the **Vienna Convention on the Law of Treaties** and the **60 States** required by the **Statute of the International Criminal Court**.

A more difficult question concerns the introduction of a **mechanism of Dispute Settlement**, which would have to be **carefully drafted** in order not to become a mechanism that “potentially covers any and every dispute”, as it was put by James Crawford<sup>163</sup>, since disputes concerning State responsibility could virtually mean any dispute among States. Although initially included in the Draft Articles, **Part Three on Dispute Settlement** was deleted from the Second Reading, and it was a decision left to the General Assembly, the ILC having drawn the attention to the desirability of the inclusion of a peaceful settlement mechanism. It is submitted that the original mechanism proposed by the ILC in the first reading in 1996 was not the optimal one since it was too closely related to the issue of countermeasures, that is one of the contentious aspects of the Draft Articles and that may not survive an intergovernmental negotiation. Likewise, the compromise mechanism introduced by the Diplomatic Conference on the **Vienna Convention on the Law of Treaties** does not seem appropriate since its conception is also linked to a special feature of that Convention, i.e. the articles on *jus cogens* that, if disputed, a unilateral application before the ICJ is possible, and the default mechanism of conciliation seems to be too “modest” if compared with posterior regimes and the **UNCLOS or WTO dispute settlement procedures**.

This Dispute Settlement Mechanism could, **if needed, contain an “opt out” clause**, if it would prove to be a major obstacle for agreement. For instance, in a more recent example of codification based on ILC Articles that were silent on dispute settlement, as it was the case of the **Convention on Jurisdictional Immunities of States**, its Article 27 contains the following clause that could serve as inspiration, however in need of re-drafting to limit its scope to actual disputes on State Responsibility, i.e. on secondary and not primary rules: “1. States Parties shall endeavor to settle disputes concerning the interpretation or application of the present Convention through negotiation. 2. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which cannot be settled through negotiation within six months shall, at the request of any of those States Parties, be submitted to arbitration. If, six months after the date of the request for arbitration, those States Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any of those States Parties may refer the dispute to the International

---

176 J. Crawford, J. Peel and S. Olleson, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, *EJIL* 12-5 (2001) pp. 963-991.

Court of Justice by request in accordance with the Statute of the Court. 3. Each State Party may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of, or accession to, the present Convention, declare that it does not consider itself bound by paragraph 2. The other States Parties shall not be bound by paragraph 2 with respect to any State Party which has made such a declaration. 4. Any State Party that has made a declaration in accordance with paragraph 3 may at any time withdraw that declaration by notification to the Secretary-General of the United Nations.” The **Vienna Conventions of Diplomatic and Consular Relations of 1961 and 1963**, respectively, contained an **“opt in” mechanism in the form of an Optional Protocol** that provides for the compulsory jurisdiction of the ICJ; however, the formula adopted in the Convention on Jurisdictional Immunities seems to be a more balanced one.

### **3. Concluding remarks**

To conclude, based on past practice of previous codification processes, it is possible to develop suggestions for a “containment strategy” as to the process leading up to the convening of a Diplomatic Conference on a Convention of State Responsibility as well as during such Conference, and also with regard to certain “containment clauses” that could make the negotiating process as well as the future of a Convention a more successful one.

Due to the fundamental character and centrality of the issue at hand to the relations of the international community, it is our sincere conviction that a Convention on State Responsibility would definitely contribute to, again, stealing from the motto for the UN’s 70<sup>th</sup> Anniversary, a “Stronger International Law. Better World”.

I thank you for your attention.

## **2.3 Acção externa:**

### **i. Discursos de Portugal na 69ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (6ª Comissão)**

#### **i.i. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session**

Since I am taking the floor for the first time, let me congratulate you on your election as Chair of the Sixth Committee.

Allow us to thank the Chairman of the International Law Commission, Mr. Gevorgian, for presenting the Report on the work carried out by the Commission during its sixty-sixth session.

In today's statement, we will begin by making some general comments on the Commission's work. We will then address the topics 'Expulsion of Aliens' and 'Protection of persons in the event of disasters'. The other topics of the Report will be addressed in the coming days, according to the clusters proposed.

#### **Introduction and other issues (Chapters I-III and XIV of the Report)<sup>164</sup>**

Portugal has followed the works and outputs of the sixty-sixth session of the International Law Commission with much interest. We are very pleased to note the inclusion in the Commission's programme of work of a new topic: '*Jus Cogens*'. As we had the opportunity to state in the past, *jus cogens* is a topic of the utmost importance. International peremptory norms deal with basic values of the international society which are instrumental for the structural political goals of the present. Despite the contribution to its clarification by doctrine, jurisprudence and the Commission itself, *jus cogens* – its content and the relation with other International Law norms and principles – continues to be a somewhat disputed mystery.

As regard relates the combined work of the General Assembly and the Commission, we would like to share some general methodological and substantive concerns, and offer some ideas on what could be improved.

---

<sup>164</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014.



Firstly, we find that surveying the repetition of international facts should not be overrated as a working method, as it is sometimes. It is certainly a relevant legal tool. However, as Anthony Carty wisely adverts, the practice of States alienated from a subjective criterion, has little legal relevance. One has also to be reminded that of the 193 UN members only a minority reports their State practice on a given subject to the Commission. This may lead the Commission to base its work merely on the practice of States who are willing to perform such a report of practice and have the resources to do so.

On the other hand, we would like to encourage the Commission to embark on an exercise of progressive development of International Law whenever necessary to address new trends of contemporary international social relations. In this regard, one has to caution against autonomous readings of each of the sources of International Law that, as observed by Martti Koskenniemi, may turn in a formalist devise to validate the substantive argumentation regarding a pre-defined result.

Secondly, it is widely noticed, that of all the UN members only a small minority intervenes at the Sixth Committee debate on the Report of the Commission or in the negotiation of resolutions. This may be due to a lack of human resources of most delegations to follow the work of the Sixth Committee rather than to some kind of indifference. However, from the perspective of legitimacy of International Law, we cannot strive for a universal law without having a plural participation in its formation.

Therefore, in the context of the UN Programme of Assistance on International Law and following the High Level Meeting on the Rule of Law and its outcome, for instance, a prioritization should be given to aiding the development of national legal services with trained human resources in order to enhance a broader participation in the process of codification and progressive development.

Finally, there are other challenges that we believe deserve consideration as well, such as: the election of the Commission's members should follow not only the criteria of merit or the representation of different legal systems of the world, but also different doctrinal approaches to International Law; more interaction between the General Assembly and the Commission; greater openness for participation of civil society movements, not only at the UN level, but also at the national level; or not insisting in the dogma of consensus which frequently paralyses action by the will of a minority



of members thus constraining a democratic approach to the process – the Charter, in its Article 18, has established clear voting rules for the General Assembly.

To conclude this part of the intervention, we would also like to praise the contribution of the Secretariat to the codification and progressive development of International Law.

### **Expulsion of Aliens (Chapter IV of the Report)<sup>165</sup>**

Now I would like to turn to Chapter IV of the Commission's Report on the topic 'Expulsion of Aliens'.

To begin with, Portugal would like to express its appreciation to the Special Rapporteur, Mr. Kamto, and to the Commission for their thorough work on this topic.

Throughout the past years, when discussing this topic at the Sixth Committee, Portugal has had the opportunity to stress the relevance of this topic as well as of the issue of fundamental rights when studying it.

Overall, we consider that the set of draft articles we have now before us provides a good framework for the protection and respect of individual rights in situations of expulsion and a balance between those rights and the sovereignty of a State over its territory. Furthermore, we also believe it reflects the Commission's work and the discussions held at the Sixth Committee. It also provides solutions for some of the concerns that were raised during such discussions.

Nevertheless, we consider that there are some issues that could have been further clarified, as we have had the opportunity to state in previous years.

Portugal welcomes the Commission's recommendation to the General Assembly to take note of the draft articles in a resolution and to encourage their widest dissemination. At this stage, we believe this set of draft articles should remain an overview of already existing legal norms, thus providing a general guide of law on the expulsion of aliens.

---

<sup>165</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014

## **Protection of persons in the event of disasters (Chapter V of the Report)<sup>166</sup>**

I would like to now address Chapter V of the Commission's Report on the topic 'Protection of Persons in the Event of Disasters' and begin by commending the Special Rapporteur, Mr. Valencia-Ospina, for his comprehensive work, which allowed the Commission to progress steadily in its study and to adopt, on first reading, a set of 21 draft articles on the topic.

Portugal believes that, overall, the draft articles offer a good framework for working towards the protection of persons in the event of disasters. We note with satisfaction that the Commission has strived to maintain a rights-based approach throughout its work. Furthermore, when addressing cooperation, the Commission has been able to achieve some balance between State sovereignty and the need to protect human rights, an issue to which we have attached some importance over the past few years.

At this point, however, we would like to comment briefly on some of the proposed draft articles that drew our attention.

Firstly, Portugal would like to refer to the definition of 'other assisting actor' as established in subparagraph c) of draft article 4 (Use of terms). The definition itself poses no problem for us. It is its interaction with other draft articles that raises some doubts. We have noticed that, while establishing rights and obligations for those who assist the affected State, an explicit reference is made to intergovernmental organizations and non-governmental organizations, leaving out other entities or individuals.

In this sense, we consider that the Commission should further clarify the interaction between all actors and the affected State, as well as what are their rights and obligations when providing assistance to an affected State.

As regards paragraph 3 of draft article 14 (Consent of the affected State to external assistance), we consider that the Commission has still not been able to explain clearly what would occur in a situation where it is not possible to make a decision, namely what would be the consequences for the protection of persons.

---

<sup>166</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014

Portugal would like to conclude its statement on this topic by saying we intend to provide the Commission with our written comments and observations on the draft articles by the 1<sup>st</sup> of January 2016, as requested.

**The Obligation to Extradite or Prosecute (*aut dedere aut judicare*) (Chapter VI of the Report)<sup>167</sup>**

I will start by briefly turning to Chapter VI of the Commission's Report on the topic 'The Obligation to Extradite or Prosecute (*aut dedere aut judicare*)' that reaches its conclusion this year.

The Commission has had the opportunity to examine the final report of the Working Group which summarized the work of the Commission on this subject over the past few years.

As emphasized in the report, the discussion on the obligation to extradite or prosecute raised important issues. However, we feel that the Commission was unable to find solutions and give clear answers to all of these issues and, as a consequence, it encountered difficulties in continuing with its work.

Portugal has repeatedly stressed the importance of this topic, taking into consideration the objectives underlying this obligation, which we have stated many times and cannot be overlooked: the fight against impunity for offenders and against the creation of safe havens for them. The legal community and the international society in general must continue to debate the obligation to extradite or prosecute and strive to find answers to the questions raised by the Commission.

Therefore, we consider that the Commission's work over the past few years and contained within the final report of the Working Group forms a good basis for continuing to discuss this subject in other settings.

In this sense, we commend the Commission and the Working Group on their study of this topic, which we recognize was difficult and complex.

**Subsequent Agreement and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (Chapter VII of the Report)<sup>168</sup>**

---

<sup>167</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014

<sup>168</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014

Let me now turn to the topic ‘Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties’.

Portugal would like to once again commend the Special Rapporteur, Mr. Nolte, for his thorough report and his effort in addressing issues and concerns that were raised, not only during the work of the Commission, but also during the debate in the Sixth Committee of last year.

This year, the Commission adopted five more draft conclusions relating to several aspects concerning the topic at hand, such as the identification of subsequent agreements and subsequent practice, as well as their possible effects on the interpretation of treaties and their weight as means of interpretation.

Portugal considers that these five draft conclusions, just as the ones adopted in the previous year, offer valuable guidance in the interpretation of treaties and reflect customary international law.

We concur with the view shared by some of the members of the Commission that subsequent practice under Article 31, paragraph 3 and under Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties should not be addressed as being an identical situation.

While in Article 31, paragraph 3 subsequent practice is an element of interpretation under the general rule of interpretation of treaties, in Article 32, subsequent practice is a supplementary means of interpretation. In fact, a clear distinction between these two situations has already been made by the Commission last year, in paragraph 3 of draft conclusion 4 and in its commentary thereto.

In this sense, we welcome the redrafting that was operated by the Drafting Committee on this year’s draft conclusions in order to make a clear distinction between these two different situations. It is our expectation that the Commission and the Special Rapporteur will continue to address Articles 31 and 32 at different levels when proceeding with their analysis of this topic in the following years.

Paragraph 2 of draft conclusion 8 (*Weight of subsequent agreements and subsequent practice as a mean of interpretation*) draws attention to a relevant question when it comes to subsequent practice. Its weight in the interpretation of treaties depends on whether and how it is repeated.

As pointed out by the Commission in the commentary to this conclusion, the continuity in time as well as the character of the repetition of the

subsequent practice demonstrates how rooted a particular position of States regarding the interpretation of a treaty is. We, therefore, welcome the insertion of such reference in the text of this draft conclusion.

To end our intervention on this topic, Portugal reiterates that the Commission must avoid the temptation of going beyond the Vienna Conventions on the Law of Treaties. Its work should strive to clarify and guide States, international organizations, courts and tribunals, as well as individuals that are subjects of treaty rights and obligations.

This is a topic to which Portugal attaches quite some importance and therefore we look forward to seeing how the Commission will continue its approach on this topic, namely when delving into the new questions foreseen in the plan of work and addressing questions that have already risen as its work progresses.

### **Protection of the Atmosphere (Chapter VIII of the Report) <sup>169</sup>**

I will now address the topic ‘Protection of Atmosphere’. Portugal would like to begin by commending Mr. Murase for the first report on this pressing matter.

Being that the topic demands immediate attention, we agree with the Commission’s position of refraining from intruding into any political negotiations. The emergency and contingency of this issue means that it needs to be primarily dealt with, as a matter of urgency, within the policy realm. Having said that, to study the protection of the atmosphere from a legal perspective can be a good contribution to finding solutions in a broader diplomatic setting. Indeed, and by its own nature, an International Law approach to the matter can contribute to the development of a global environmental ethic and accentuate the need for a universal, distributive and equitable action.

Regarding the scope of the guidelines, we agree with the members of the Commission who requested a methodological approach based on the ‘cause and effect’ double element. For instance, it has been demonstrated that the degradation of the atmosphere may have concurrent causes that may be difficult to decompose and to attribute to specific operators and/or States. Additionally, the adverse consequences may also be felt where

---

<sup>169</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014

the contribution of human activity to the degradation of the atmosphere is relatively small.

The level of impact of the degradation of the atmosphere on society, as well as its prevention, mitigation or even reversal, depends on the ability of human communities to change behaviors at political, technological, economic and lifestyle levels. Therefore, in terms of legal analysis, there is an imperative to address the problem from a ‘cause and effect’ perspective.

This is a topic to which Portugal attaches great importance. The Commission may have an important contribution to this vital debate on our common future as humankind. We thus encourage the Commission to proceed with its work and to explore without any hesitations every aspect of the legal dimension of the protection of the atmosphere.

### **Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction (Chapter IX of the Report)<sup>170</sup>**

I will now address the topic ‘Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction’.

Portugal would like to thank the Special Rapporteur, Ms. Escobar Hernández, for her third report and to commend her for the contribution given to the development of this topic.

It is Portugal’s firm belief that the basis for this legally complex and politically challenging topic has to be a very clear, restricted and value-laden approach. Serving the interests of international society means to achieve a balance between State sovereignty, the rights of individuals and the need to avoid impunity.

Therefore, for reasons that we had opportunity to share over the past years, it is our long-standing position that the distinction between immunities *ratione personae* and *ratione materiae* is methodological in nature and is relevant mostly because it enables the recognition of a State official solely by virtue of his or her office. In both cases, immunity – which is itself an exception – should only apply to official acts.

This line of reasoning justifies our opinion that the material scope of immunity must be given precedence over its subjective scope. It is the

---

170 Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – outubro 2014.

official nature of the act that indicates if a State official enjoys immunity.

As regards the definition of ‘State officials’ (draft article 2 (e)), we are pleased with the definition proposed by the Commission. It is straightforward and broad enough to allow a case-by-case interpretation. Nevertheless, that also means that the commentary on the definition has to establish very precise criteria for such an interpretation.

As for the concept designation, we agree that the term ‘official’ is more appropriate than the term ‘organ’. The term ‘official’ refers very clearly to an individual or a natural person, the subject of immunity in the present topic. For example, the *Certain Questions of Mutual Assistance* case<sup>171</sup> widely uses the term ‘official’. In contrast, the term ‘organ’ lends itself to confusion with a legal person, which falls outside the scope of this topic.

Turning now to draft Article 5, on the persons enjoying immunity *ratione materiae*, we do agree that any act performed for the benefit of the person falls outside the scope of immunity from the exercise of foreign criminal jurisdiction. Immunities are functional in nature and should be as limited as possible. Therefore, considerations of *ordre public* and regarding individual rights should prevail over any act performed within the private sphere of a State official.

In this regard, it is our understanding that it would be advantageous to refer, in the commentaries to the draft articles, that the immunities are without prejudice to the States’ general obligation to consider withdrawing the immunity of one of its own State officials when requested.

Furthermore, and where the immunity is not withdrawn, it should also be referred in the commentaries that States have a legal obligation to prosecute at home their own State officials who commit a crime abroad in the exercise of State functions. Since such obligations apply to all State officials, including those who enjoy immunity *ratione personae*, such commentaries could be placed either in draft article 1, on scope, or specifically in both draft articles 4 and 5 (persons enjoying immunities *rationae personae* and *rationae materiae*, respectively).

The Commission decided to use the phrase “acting as such” in draft article 5 precisely to emphasize the functional nature of immunities *rationae materiae*. Although we agree with the choice of this phrase,

---

<sup>171</sup> *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p.177.

we also believe that the Commission could further explain the minimum content of the necessary link between the official and the State on whose behalf he or she acts.

For instance, if a person acts *ultra vires* – that is – if a person acts on behalf of the State but without having the necessary powers to do so, such person should not be entitled to immunity. Other situations that would also be useful to clarify include the cases of corruption or coercion of State officials.

To conclude Portugal's intervention on this topic, we would like to share with you that we are pleased with the work plan proposed by the Special Rapporteur in her last report. Meanwhile, we would like to encourage the Commission to develop this relevant topic according to a value-laden approach.

The discussion around this topic, both within and outside the Commission, is illustrative of a broader debate on the core principles that should frame the international social relations and its normative structure in the 21st century. Immunities cannot exist, ever, as a privileged exception over individual rights and public order.

### **Identification of Customary International Law (Chapter X of the Report)<sup>172</sup>**

I will now address Chapter X of the Commission's Report on 'Identification of Customary International Law'. We would like to take this opportunity to congratulate Mr. Wood for his work on the topic.

In our comments, we will have as reference the text of the latest version of the eight draft conclusions provisionally adopted by the drafting committee, regardless of the fact that they will only be submitted formally to the Commission at the next year's session.

Portugal concurs with the 'two-elements' approach to examine both practice and *opinio juris* as proposed by the Special Rapporteur. This option is relatively consensual: indeed the identification of customary law should be seen in the dynamics of those two elements *in totum*. The most difficult theoretical question is the degree of importance that should be given to *opinio juris* in the equation. In Portugal's view *opinio juris*

---

<sup>172</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2014.



should be studied without any anxiety about recognizing the relevance of ‘subjectivity’ in International Law.

As to proving the existence of customary international law, we think that the burden should lie on the party claiming its existence. Additionally, we agree that the judge has the power to examine *ex officio* the existence of a certain norm of customary international law. This seems to be also the view of the International Court of Justice (ICJ) as expressed in the *Asylum* case<sup>173</sup>.

Regarding the ‘general practice’ element, Portugal agrees that the practice to be examined should be contemporary, paying attention to the different practices and cultural backgrounds from the various regions of the world. The Commission should also be very careful in assessing State practice since a precise repertoire of practice is available only from a few States.

Moreover, we consider that the practice of International Organizations is relevant for the identification of customary international law. Many International Organizations have competences that used to belong to the classic sovereign State. The European Union is an illustrative case since some of the traditional competences of its member States have been transferred totally or partially to the Union.

Furthermore, the practice of other non-State actors could also be worth exploring. For instance, the International Committee of the Red Cross has produced a well-known study on customary International Humanitarian Law<sup>174</sup> where practice of non-State actors is referred to. In another example, in the *Aminoil* case<sup>175</sup>, the arbitral tribunal considered that private companies can indeed contribute to the formation of customary international law.

Regarding the definition of customary international law, the expression ‘accepted as law’ is, in our view, too closely attached to a mere voluntaristic approach that echoes the decision in the *Lotus* case of 1927<sup>176</sup>. However, the expression *opinio juris* is less about a voluntary adherence to law and more a conviction of the existence, or just a strong and general necessity,

---

173 *Asylum* (Colombia v. Peru), *Judgment*, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

174 Henckaerts, Jean-Marie; Doswald-Beck, Louise (eds.) (2005) *Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

175 *Government of Kuwait vs. American Independent Oil Company*, Award of 24 March 1982, published in *International Legal Materials*, 21(5), p. 976-1053.

176 *Affaire du Lotus* (France c. Turquie), *Jugement*, *Recueil des Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale*, 1927, série A, 10.

of a certain legal obligation. Such conviction may have roots on certain ethical or moral perceptions and on specific social contexts.

As such, we encourage the Commission to further study the issue of the formation of *opinio juris* in time, the question being ‘at which moment can it be said that there is an *opinio juris* regarding a certain practice?’ In this context, it is interesting to note that the ICJ, in the Nuclear Weapons advisory opinion, uses somewhat enigmatic temporal expressions such as the “gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule” or “nascent *opinio juris*”<sup>177</sup>.

Portugal encourages the Commission to proceed in this much needed revisitation of international customary law. That requires the Commission to continuously take a position regarding some different theoretical approaches to customary international law and to International Law in general.

As to the final outcome, we do concur with a flexible and pragmatic outcome, such as a guide to practice, to assist practitioners in identifying customary international law. A guide that would certainly also be of great value to scholars.

### **Protection of the Environment in relation to Armed Conflicts (Chapter XI of the Report)**<sup>178</sup>

I will now turn to the topic ‘Protection of the Environment in relation to Armed Conflicts’. Portugal would like to congratulate the Special Rapporteur, Ms. Jacobson, for her preliminary report on the topic, which we have read with interest.

The main issue at stake is the preservation of the environment in the event of armed conflicts. Nevertheless, this purpose has to go hand in hand with disarmament, non-proliferation, conflict prevention and progressive restriction – legally and politically – of the recourse to armed conflicts. As stated in the Rio Declaration on Environment and Development, “peace, development and environmental protection are interdependent and indivisible”<sup>179</sup>.

As we have had the occasion to state before, we agree with the Special

---

<sup>177</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 255.

<sup>178</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2014.

<sup>179</sup> See Principle 25 of the Rio Declaration on Environment and Development of 1992.

Rapporteur to approach this topic in three different phases: before, during and after the armed conflict. However, this distinction should only be for analytical purposes in order to facilitate the identification of the obligations and effects in the temporal line concerning the protection of the environment.

In our opinion, phase II – the protection during armed conflicts – is the most important phase, without prejudice of an integrated approach. It is mostly during armed conflicts that the environmental impact is produced.

The Commission's work on this topic has also to take into consideration the law of armed conflict, which addresses the protection of the environment in a limited way. If existing international legal obligations are not sufficient, then the Commission should consider embarking on a progressive development exercise.

The impact of armed conflicts on the environment depends a great deal on the type of weapons used. The ICJ, in its advisory opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, has stated that there exists a “general obligation (...) [on] the prohibition of methods and means of warfare which are intended, or may be expected, to cause [environmental] damage”<sup>180</sup>. As such, the issue of ‘weapons’ has to be necessarily addressed by the Commission, even if only from a general perspective.

Portugal agrees that non-international armed conflicts should be included in the scope of this topic. Most of the ongoing armed conflicts are intrastate. A UNEP report on the issue even suggests “that at least forty percent of all intrastate conflicts over the last sixty years have a link to natural resources”<sup>181</sup>.

Therefore, non-international armed conflicts cannot be overlooked in the analysis of the impact of armed conflicts on the environment.

In this sense, we also agree with the inclusion of armed conflicts between non-state actors or between non-state actors and States. However, it should be noted that, in these cases, an armed conflict also implies a minimum level of intensity of hostilities. Therefore, we would welcome a reference to the exclusion of ‘internal disturbances and tensions’ as provided in the Additional Protocol II to the Geneva Conventions and in the Rome Statute.

---

180 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 20.

181 United Nations Environment Programme (2009). *Protecting the Environment during Armed Conflict: an Inventory and Analysis of International Law*. Nairobi: UNEP.

We support the idea to consider human rights as part of the topic, which would widen the analysis and strengthen the outcome of the Commission's work. We believe that a substantive analysis by the Commission of the triangular relation between human rights, environment and armed conflicts will provide some conclusions of interest to the topic. The special relationship of indigenous peoples with the environment supports the idea of according a separate treatment to indigenous rights.

With respect to the final outcome of the topic, Portugal feels that it is still premature to take a stance on the issue. The work by the Commission in unveiling the existing law on the protection of the environment in relation to armed conflicts will be decisive to settle on the final outcome. For the time being, we do not exclude the necessity for progressive development in this domain.

In conclusion, we would like to encourage the Commission to proceed with the work on this important topic as proposed.

### **Provisional Application of Treaties (Chapter XII of the Report)<sup>182</sup>**

I will now address the topic "Provisional application of treaties".

Portugal wishes, first of all, to thank Mr. Gómez-Robledo for his second report on the topic which provides a substantive analysis of the legal effects of the provisional application of treaties.

Portugal agrees that the provisional application of treaties does give rise to legal obligations, as if the treaty was in force for the signatories applying it. Those legal obligations are treaty based.

Domestic law concurs, of course, with the decision of a State to apply treaty norms provisionally. For example, it is common in treaty practice to have a clause making provisional application dependent on its compatibility with domestic law. This is the case with, for instance, Article 45(1) of the Energy Charter Treaty which states that "each signatory agrees to apply this Treaty provisionally (...) to the extent that such provisional application is not inconsistent with [the signatory's] constitution, laws or regulations".

Therefore, the two parts of this equation should be studied. The focus of the Commission should be, naturally, on the International Law

---

<sup>182</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2014.

aspects of provisional application. Nevertheless, since the purpose of the Commission's work regarding this topic is to provide guidance, a comparative study of relevant domestic law would be helpful.

As for the legal consequences of breach of a treaty being applied provisionally, we agree with the conclusion of the Special Rapporteur. Once the signatory accepts the provisional application, the violation of obligations of such a treaty may amount to a wrongful act and, as such, trigger international responsibility. Therefore, a violation of a provisionally applied treaty should bear the same consequence as the violation of a treaty already in force.

We support the decision of the Commission to also consider the legal regime applicable to the provisional application of treaties between States and International Organizations, as well as between International Organizations. Furthermore, the Commission should also consider, besides State practice, case-law and doctrine.

In what concerns the final outcome, we deem it is still premature to have a decision on the final form of the Commission's work. However, being a topic that cannot go further than what is already provided for in the 1969 and 1986 Vienna Conventions, there is no room for progressive development.

The Commission's work is to clarify the legal regime of provisional application of treaties. Therefore, for the moment, Portugal inclines to consider that a guide with commentaries and model clauses would be the best outcome regarding the topic.

### **The Most-Favoured-Nation Clause (Chapter XIII of the Report) <sup>183</sup>**

I will now briefly address the topic Most-Favoured-Nation (MNF) clause.

Portugal would like to commend the Chairman of the Study Group, Mr. McRae, for his contribution to the development of this topic.

The increasing relevance of MFN clauses in international relations, involving public and private actors, justifies the relevance of this topic. Having said that, it is important to note that not only has the number

---

<sup>183</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2014.

of cases relating to this topic continued to grow, but also, at the same time, there has been an increase of dissenting opinions being appended to arbitral awards. This shows the existence of different understandings on the correct interpretation to be given to MFN clauses.

For example, if some decisions follow the general logic of the *Maffezini* case when referring that dispute settlement provisions do fall within the scope of MFN treatment; other decisions are led by the *Plama v. Bulgaria* case which makes the opposite assumption.

Therefore, the survey conducted by the Commission on the various trends and approaches to the interpretation of MFN clauses is, in its own right, already a good outcome.

There is a limit to the degree of harmonization and uniformity that one can expect when it comes to the interpretation of MFN clauses. As such, a forced uniformization of practice and jurisprudence without any support in practice could result in a solution devoid of content.

The Commission, by not forcing ideal outcomes, will be providing helpful assistance to States, International Organizations, investors, courts and tribunals and, therefore, contributing to the only possible, but necessary certainty and stability to investments.

## **ii. Discursos de Portugal na 70ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (6ª Comissão)**

Since I am taking the floor for the first time, let me congratulate you on your election as Chair of the Sixth Committee. You are an experienced delegate of this Committee and we fully trust that this will be another successful session, at this very special moment when we celebrate the 70<sup>th</sup> Anniversary of the United Nations. Our congratulations are extended to the rest of the Bureau.

Allow us also to thank the Chairman of the International Law Commission (ILC), Mr. Narinder Singh, for presenting the Report on the work carried out by the Commission during its sixty-seventh session.

In today's statement, we will begin by making some general comments on the Commission's work. We will then address the topics "Most-Favoured Nation clause" and "Protection of the Atmosphere". The other topics of the Report will be addressed in the coming days, according to the clusters proposed.

Portugal has followed with much interest the work and outputs of the sixty-seventh session of the International Law Commission. Not only we commend the Special Rapporteurs for the comprehensive reports presented, that serve as the basis for the ILC discussions, but we would also highlight the work of the Drafting Committee - under the able Chairmanship of Mr. Mathias Forteau.

Regarding the interaction of the ILC with the Sixth Committee, we would like to share some general comments and offer some ideas on what could be improved.

We continue to believe that Chapter III of the Report of the ILC, where specific issues on which comments of States would be of particular relevance to the Commission are identified, is most useful. Lately, the requests have been focused on State practice and domestic legislation. It has to be recognized that, for many States, it is sometimes difficult to keep up with such requests, and this is valid also for the comments produced to the Report itself during the Sixth Committee debate. Of course, this should be improved from the side of States, but we encourage the Commission to continue to survey State practice in general for its codification work.

As regards progressive development, we are of the view that the ILC

should propose it whenever necessary or justified to address new trends in contemporary international relations. This is one of the added values of the Commission's work, it is part of its mandate and should not be overlooked. If one recalls Article 13 of the United Nations (UN) Charter and Article 1 of the ILC Statute, the task of promoting progressive development of international law comes before its codification. What should be meant by progressive development and its relation to codification, however, could benefit from a more careful analysis, 70 years past the adoption of the Charter. In any case, when embarking upon progressive development, the ILC should attempt to clearly identify it in its work and should follow the needs of States and respect their concerns.

To increase the participation of States in the task of progressive development and codification of International Law, and to make this process as inclusive and plural as possible, we reiterate our suggestion that, in the context of the UN Programme of Assistance on International Law and following the High Level Meeting on the Rule of Law, priority should be given to aiding the development of national legal services with trained human resources in order to enhance a broader participation on the process of codification and progressive development of International Law. After all, if this is the core mandate of the ILC, it is also a responsibility of the States that are members of the international community and one they should not shy away from.

Let me restate that we are pleased to note the inclusion in the programme of work of the topic '*Jus Cogens*'. As we had the opportunity to state in the past, *jus cogens* is a topic of the utmost importance, since international peremptory norms protect the basic values of the international community. In spite of the contributions by doctrine, case-law and the ILC itself, the content of *jus cogens* and its relation with other International Law norms and principles continues to require clarification. We are very much looking forward to the first report of the appointed Special Rapporteur, Mr. Dire Tladi, and consider that the 2014 Syllabus that he presented is a good working basis.

As to the future work of the Commission and possible new topics, we welcome that the Commission has requested the Secretariat to review the list of possible future topics established in 1996 and prepare for its consideration a list of potential topics accompanied by brief explanatory notes. In the same vein, we note with satisfaction that the ILC has reconstituted its Working Group on Long-Term Programme of Work and that the Secretariat has issued a Working Paper, which we will carefully study.



To conclude this part of the intervention, we would also reiterate our praise to the contribution of the Secretariat to the work of the ILC. In particular, we pay tribute to Mr. Korontzis for his longstanding contribution acting as Director of the Codification Division and Secretary of the International Law Commission. The Portuguese Delegation wishes him all the best in his future endeavors and congratulates Mr. Huw Llewellyn on his new appointment.

### **The Most-Favoured-Nation Clause (Chapter IV)<sup>184</sup>**

Allow me now to turn to Chapter IV of the Commission's Report on the topic of 'The Most-Favoured-Nation Clause'.

Portugal welcomes the final report of the Study Group on 'The Most-Favoured-Nation clause' and would like to pay a special tribute to the Study Group and its Chairman, Mr. Donald McRae, for their valuable contribution to the development of this topic.

The final report on the work of the Study Group provides an excellent overview and analysis of the contemporary relevance of MFN clauses and the issues concerning their interpretation, including in the context of the major recent trends in investment and trade treaties.

Portugal endorses the conclusions reached by the Study Group underlining the continued relevance of the core provisions of the 1978 draft articles and the Vienna Convention on the Law of Treaties in the interpretation of MFN clauses.

With regard to the application of MFN clauses to dispute settlement provisions in investment treaty arbitration, we would like to highlight the need to address the potential overlap between substantive and procedural rules, which could be achieved by means of a carefully worded treaty provision.

The outcome of the Commission's work on this topic will provide an important contribution to the ongoing debate on the regime of international investment treaties and the related dispute settlement mechanisms.

Overall, Portugal fully agrees with the approach taken and endorses the outcome of the work of the Study Group. The final report is based on a comprehensive and updated analysis of this highly complex topic and its conclusions are of unquestionable practical value to all stakeholders.

---

<sup>184</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2015.

## **Protection of the Atmosphere (Chapter V)**

I will now address the topic ‘Protection of the Atmosphere’ included in the programme of work of the ILC in 2013. Allow me to start by thanking the Special Rapporteur, Mr. Shinya Murase, for his second report on this pressing matter.

Portugal supports a balanced and positive approach to this topic and recalls that there is a growing consensus within the international community in relation to the need of addressing critical questions concerning the protection of the atmosphere.

In our perspective, the inclusion of the protection of the atmosphere in the Commission’s programme of work has the potential to contribute to the enhancement of international environmental law.

We support the adoption of the concept of ‘common concern of humankind’, as proposed in the Special Rapporteur’s report, as it provides the adequate conceptual framework to address the legal questions of the atmosphere.

The concept of the common concern of humankind has been established in State practice and relevant literature. It found universal acceptance in the first preambular paragraph of the 1992 UN Framework Convention on Climate Change, a legally binding international law treaty, which encompasses the protection of the atmosphere.

More recently, the 2030 Agenda for sustainable development, which characterizes “natural resource depletion and the adverse impacts of environmental degradation (...) as challenges which humanity faces”, was adopted by consensus.

The principle of ‘common concern of humankind’ entails, on the one hand, the acceptance that harm to the atmosphere resulting from human activities adversely affects all humankind, and on the other hand, the recognition that the international community must take joint action to protect this limited natural resource.

We will continue to follow with interest the forthcoming work of the Commission on this issue.

## **Identification of customary international law (Chapter VI)<sup>185</sup>**

Portugal continues to follow with great interest the topic ‘Identification of customary international law’ included in the programme of work of the

---

<sup>185</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – novembro 2015.

ILC in 2012 and commends the Special Rapporteur, Mr. Michael Wood, for the work conducted so far.

This is a topic of high practical value for legal advisors and practitioners around the world and we welcome the intention of the ILC to adopt provisionally next year the Draft Conclusions and the commentaries thereto. A set of practical and simple conclusions, with a commentary, aiming at assisting in the identification of rules of customary law seems to be the right way to proceed, though we agree with the comments made in the debate in the ILC that cautioned against oversimplification and some draft conclusions would thus benefit from further specification.

Portugal would like to offer some comments regarding certain Draft Conclusions proposed in the Report of the Special Rapporteur as well as in the outcome of the Drafting Committee. We will refer to the numbering used in the Text of the Draft Conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee.

Concerning the relationship between the two constituent elements of custom and Draft Conclusion 3 on “Assessment of Evidence”, we would tend to agree with the view that there could be a difference in application of the two-element approach in different fields or with respect to different types of rule, consequently requiring further exploration of the respective weight of the two elements. It could also be specified that, although each element – general practice and *opinio juris* – has to be separately ascertained, the same material can be evidence of both elements, as it was stated by the Chairman of the Drafting Committee, and that there is no necessary sequence between them.

With regard to Draft Conclusion 12 on “Resolutions of International Organizations and Conferences”, it would be useful to detail in which circumstances, even if only in an indicative manner, such resolutions may be evidence of customary international law or contribute to its development. At the same time, it seems too categorical to include in the draft conclusion, as it was proposed by the Special Rapporteur, the sentence “they cannot, in and of themselves, constitute” custom, and we would favor its deletion. In this respect, seems more acceptable, the formulation that came out of the Drafting Committee for paragraph 1, but we still would prefer the deletion of this paragraph and believe that paragraphs 2 and 3 are sufficient to characterize the significance that resolutions of international organizations have for the identification of customary international law.

In what concerns Draft Conclusion 15 on the issue of “Persistent

Objector”, we concur with the Draft Committee in the characterization of this category as a matter of “opposability” rather than of “the binding character” of the customary rule. However, our view is that it should be specified that the “persistent objector” status is not compatible with norms that have a *jus cogens* character. Also, concrete examples should be provided in the commentary to substantiate the rule, as it was mentioned in the Statement of the Chairman of the Drafting Committee.

Turning now to “Particular Custom” and Draft Conclusion 16, we support the view taken by the Special Rapporteur to include a draft conclusion in this matter. Particular custom could be better specified as referring to regional, local or particular custom, thus we welcome the re-drafting by the Drafting Committee. We would also be of the opinion that the assessment of the two elements may be differentiated from what is proposed for general custom. For instance, in the *Right of Passage over Indian Territory*, the ICJ referred to a “long continued practice” and not to a “general practice”, so we share the view of the members of the Drafting Committee who wondered if the qualifier “general” (with respect to the constituent element of practice) was necessary in the context of particular custom.

As a final remark, on balance, we feel that the Draft Conclusions give more prominence to the issue of “evidence” rather than to the one of “formation” as envisaged on the original title of the topic which was “Formation and evidence of customary international law”. In our view, more emphasis should be given to the aspect of formation, namely with regard to the two elements of practice and *opinio juris*. As we already said on previous occasions, through the description of how customary law is formed, one will be better able to identify a methodology which will allow the identification of current and future norms of customary international law. Therefore, the study on “formation” should precede the more practical issue of how the evidence of a customary rule is to be established.

## **Crimes against humanity (Chapter VII)**

Allow me now to turn to Chapter VII of the Commission’s Report devoted to the topic ‘Crimes against humanity’.

I would like to begin our intervention on this topic by commending the Special Rapporteur, Mr. Sean Murphy, for his comprehensive study based on the already existing regimes and on the jurisprudence of several courts and tribunals presented in his report. We believe it gave a good overall

view of the background on this subject but we would like to offer some comments on the on-going work of the Commission regarding this topic.

Crimes against humanity are one of the most serious crimes of international concern and States should make every possible effort to prevent and punish them.

There were some valid points presented towards the possibility of drafting a convention regulating crimes against humanity, as there are for other crimes of similar nature, particularly when it comes to establishing rules for cooperation and legal assistance between States and allowing for the prosecution of these crimes when a State or other organizations, such as the International Criminal Court, do not have jurisdiction over them. Such an instrument could be one more step to fighting impunity and ensuring accountability where these crimes are concerned.

However, we share the view that the study of this topic should be addressed with some caution and that it must take into account the already existing legal framework dealing with crimes against humanity.

The work developed must avoid entering into conflict with the regimes in place, in particular with the Rome Statute, but rather seek to complement them.

On a brief note regarding the draft articles presented by the Commission and in light of our comments, we welcome the use of the definition of crimes against humanity contained in Article 7 of the Rome Statute with the necessary changes in the proposed draft article 3. As stated in the Commission's report, such a definition has been accepted by more than 120 States and it reflects how these crimes are understood today.

To conclude my intervention on this topic, to which Portugal attaches great importance, let me assure Mr. Chairman that Portugal will continue to follow with great interest the work of the Commission on this matter.

### **Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties (Chapter VIII)**

Allow me to turn, now, to the topic 'Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties'. Portugal would like to commend the Special Rapporteur, Mr. Georg Nolte, for his third report which contains useful guidance on the role of subsequent agreements and subsequent practice regarding the interpretation of treaties which are constituent instruments of international organizations.

The discussions held by the Commission on this topic at its sixty-seventh session raised some technical legal questions, given the specific problems of interpretation unveiled by this particular type of treaties.

Although Article 5 of the Vienna Convention on the Law of Treaties reflects the view that constituent instruments of international organizations are different from other bilateral and multilateral treaties, it clearly confirms that all its provisions, including the rules of interpretation foreseen in Articles 31 and 32, are applicable to this kind of instruments, without prejudice, however, to the relevant rules of the organization.

Taking into account this legal framework, we are of the opinion that some further consideration should be given to the distinction between the concept of ‘subsequent practice’ of the parties pursuant to Article 31 (3) (b) and the concept of ‘established practice’ relevant to the rules of an international organization, as referred to in Article 5.

The connection between these concepts is revealed by the fact that established practice can influence the preconditions for and the significance of subsequent practice in the interpretation of the constituent instruments of international organizations.

Although only briefly mentioned in the comments made to draft conclusion 11, we believe that there is a need to further look into these distinct but interconnected concepts, with a view to clarify whether and when a practice represents a manifestation of the Vienna Convention’s rules of interpretation or whether and when it reflects a special or different rule of interpretation that is applicable to the constituent instruments of international organizations.

To conclude, Mr. Chairman, let me reiterate that this topic is of great importance to Portugal and that we will closely follow the Commission’s approach on this issue in its forthcoming work.

### **Protection of Environment in relation to Armed Conflicts (Chapter IX)<sup>186</sup>**

Portugal continues to follow with great interest the topic ‘Protection of the Environment in relation to Armed Conflicts’ included in the programme of work of the ILC in 2013 and commends the Special Rapporteur, Ms. Marie Jacobsson, for the work conducted so far.

---

<sup>186</sup> Discurso proferido por Patrícia Galvão Teles – novembro 2015.

This is a topic that has particular relevance in a world where more and more armed conflicts affect the environment. This being so, we welcome the drafting of principles that are aimed at enhancing the protection of the environment in relation to armed conflicts through preventive and remedial measures, as well as the minimization of damage to the environment during such conflicts.

The existing treaty rules of international humanitarian law that address the protection of the environment during armed conflict are limited, especially in what concerns non-international armed conflicts and thus, the outcome of the work of the Commission – regardless of its future form that should be considered at a later stage – may have an important component of progressive development.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) study on “Customary International Humanitarian Law” of 2005, suggests, as customary norms on this matter, rules 43, 44 and 45. These rules reaffirm the application of the general principles on the conduct of hostilities to the natural environment, i.e. the principles of distinction, military necessity and proportionality, the obligation to take all feasible precautions to avoid or minimize damage to the environment and the precautionary principle. They also stress that the use of methods or means of warfare that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment is prohibited and that the destruction of the natural environment may not be used as a weapon.

The ICRC study indicates that some of these rules are arguably also applicable in relation to non-international armed conflicts. The possible customary law approximation of the fundamental principles applicable both to international and non-international armed conflicts is an important element for the enhancement of environmental protection in the context of current conflicts, and should therefore be taken into account by the ILC.

However, the impression that the text of the draft principles is weakening existing treaty law should be avoided. We fear that Draft Principle II-1/2, that was not contained in the proposals of the Special Rapporteur and was added by the Drafting Committee, that refers that “care shall be taken to protect the [natural] environment against widespread, long-term and severe damage” could weaken the current law, namely Articles 35/3 and 55/1 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions. It is lacking the reference contained in those articles to the prohibition to employ means and methods of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the environment. Therefore,



we would recommend that this principle be reviewed to be in line with the above-mentioned provisions or that the prohibition of use of methods or means of warfare which may cause such damage to the environment may be included in a separate draft principle.

Moreover, it would be a good occasion to discuss – as it was suggested during the debate at the ILC - in more precise terms, perhaps in the commentary, what should be meant by “widespread, long-term and severe damage” to the environment, since this threshold is also used in the ICC Statute in relation to war crimes as well as in the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques of 1976 (ENMOD).

## **L’immunité de juridiction pénale étrangère (Chapitre X)**

Nous souhaitons à présent aborder le sujet de l’immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l’État, tout en remerciant la Rapporteuse spéciale, Mme Escobar Hernández, d’avoir élaboré le quatrième rapport sur ce sujet.

Dans le même esprit que les remarques faites au cours des années précédentes, permettez-nous de réaffirmer notre conviction que l’approche de ce sujet doit refléter un engagement envers certains droits et valeurs juridiques dont il faut tenir compte. Les solutions proposées doivent démontrer le caractère exceptionnel du régime des immunités et être fondées sur une évaluation juste, équitable et raisonnable, de manière à traduire juridiquement le compromis entre la sauvegarde du rôle des États et la reconnaissance de la dignité de l’individu au sein du système international.

Le Portugal estime que la distinction entre l’immunité *ratione personae* et l’immunité *ratione materiae* est essentiellement méthodologique, car les immunités sont de nature fonctionnelle et ne sont appliquées que dans la stricte limite et à propos de certaines catégories d’actes justifiant cette forme de protection.

La définition fondamentale de la notion de «l’acte accompli à titre officiel», introduite dans le rapport de la Rapporteuse spéciale et faisant cette année l’objet des discussions et d’étude de la Commission du Droit International, est donc centrale compte tenu du sujet qui nous occupe, puisqu’en dernière analyse, elle déterminera le *ratio* du régime de l’immunité *ratione materiae*.

A propos des projets d’articles présentés cette année, à savoir les projets d’articles 2 f) et 6, nous notons avec satisfaction que le texte proposé par le



Comité de rédaction a évolué au profit de la clarté et de la rigueur conceptuelles.

Il convient de souligner l'analyse exhaustive des critères d'identification de la notion de «l'acte accompli à titre officiel», entreprise par la Rapporteuse spéciale, en recourant à l'examen de la jurisprudence et de la pratique conventionnelle pertinentes, ainsi qu'aux travaux antérieurs de la Commission du Droit International, en particulier les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suivant la Rapporteuse spéciale, quelques précautions s'imposent pour identifier les critères normatifs de la notion de «l'acte accompli à titre officiel».

En ce qui concerne les actes susceptibles d'affecter la portée de l'immunité, tels que les actes *ultra vires*, les actes de *jure gestionis* et les actes accomplis dans son propre intérêt, nous émettons quelques réserves concernant leur qualification de limite et/ou d'exception, puisqu'à notre avis, ils devraient être envisagés dans le cadre du régime général de la responsabilité, c'est-à-dire en dehors du régime exceptionnel des immunités.

Enfin, quant aux crimes internationaux, soit du point de vue des principes éthiques et normatifs sous-jacents, soit du point de vue du besoin de les articuler avec les régimes internationaux existants, entre autres le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, on considère qu'il est essentiel de les traiter de façon individualisée, en marge du régime des immunités, dans un article autonome.

Pour conclure notre intervention, nous aimerions -une fois de plus- manifester notre soutien à l'adoption d'une approche engagée et rigoureuse de ce sujet, lequel revêt une importance fondamentale pour la communauté internationale et dont l'évolution nous continuerons à suivre avec grand intérêt.

### **Provisional Application of Treaties (Chapter XI)**

I will now turn to the topic 'Provisional Application of Treaties' included in the programme of work of the ILC in 2012 and Portugal commends the Special Rapporteur, Ambassador Gómez-Robledo, for the work conducted so far.

It is a topic that Portugal continues to follow with great interest, a topic of important practical value for legal advisors around the world and also one of considerable political interest, given the importance of the Law of Treaties and all its aspects for International Law and International

Relations, and the increasing need for rapid responses to certain events or situations that are not fully compatible with the sometimes slow process of entry into force of international treaties.

The work of the ILC on this issue, however, should not go beyond Article 25 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, especially having in mind that many States have domestic restrictions or requirements – some at constitutional level – concerning the acceptance of provisional application of treaties, though it is recognized, as mentioned above, that in certain instances this could be a useful tool.

Portugal would like to make a few remarks concerning some of the Draft Guidelines presented by the Special Rapporteur on his third report, as well as on the scope of the topic and final form of the work of the Commission.

Concerning Draft Guidelines 1 and 2, since we believe that one of the objectives of the ILC on this topic should be to clarify Article 25 of the Vienna Convention, it would be of particular interest to develop the meaning of the sentence “or when they have in some other manner so agreed”. Draft Guideline 2 is helpful in this regard, but again it could be more explicit what should be meant by “*any other arrangement between the States or international organizations*”. At the same time, the sentence “internal law of the States or the rules of the international organizations do not prohibit such provisional application”, could be formulated in another manner, since this does not seem to reflect correctly the domestic provisions and practice of States with regard to provisional application, and the Vienna Convention itself is silent in this respect, as was also noted in the discussion in the ILC.

Turning to Draft Guideline 4, we share the view of the Members of the Commission, that considered that the legal effects resulting from provisional application should be specified, namely that the provisional application does give rise to legal obligations, as if the treaty was in force for the signatories applying it.

Turning now to the scope of the work to be undertaken under this topic, we would like to offer two remarks. The first one concerns a possible comparative study of domestic provisions and practice on provisional application. In spite of the fact that we understand the complexities of this endeavor, as we have had the chance to say already before this body, the practice of State is extremely relevant and there are important differences in domestic law from State to State regarding the possibility of accepting

the provisional application of treaties. A broad approach to be taken by the Commission in order to respect the diversity of solutions that exist at the national level presupposes some level of knowledge of such solutions. Thus, it would certainly be useful that States themselves contribute with examples of their practice and domestic regime and that the ILC conducts a comparative study of relevant domestic law. It would be likewise useful to include in the study the practice of regional international organizations, as suggested by the Special Rapporteur. The European Union, for instance, has an extensive practice of provisional application, taking into account the different national regimes of its Member States, and thus constitutes a helpful example on how to reconcile the recognized interest of a rapid application of an international agreement, with the need to respect the domestic requirements of the involved States.

Our last remark goes to the final form of the work of the ILC on this topic. Portugal has already taken the view that the aim should be to clarify the legal regime of provisional application contained in the Vienna Conventions on the Law of Treaties. Thus, the objective should remain the development of a set of draft guidelines, possibly with model clauses.



### **iii. Discurso de Portugal na 13ª Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>187</sup>**

It is with great honour that we address today the Thirteenth Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute.

I will join others in congratulating you on your election. You will have our full support.

Portugal shares the views expressed by the European Union. Allow me now to underline some aspects of particular significance to us.

The ICC<sup>188</sup> is now a well established institution that continues changing the architecture of the international legal order. Proof of that is the second decision by the Court, which became final just last week, the decision in the Lubanga Case.

Therefore, at this stage and with twelve years of existence, with the ongoing cases and decisions taken, we consider that the Court proves to be working effectively as an independent and autonomous judicial body, and does not demand the intensive attention of the Assembly of States Parties. There are currently too many subjects under consideration, entailing many facilitations and reflections that translate into action plans and strategies around the work of the Court. Though such activity is not without value or merit, it ends up consuming time and resources of the Court, which should be focused on its main activity – judging – and, instead, finds itself using considerable time producing reports and gathering information to address ASP concerns.

The Assembly of States Parties and the Bureau should concentrate on reducing this workload on the Court, thus streamlining its work and preventing it from being distracted from its main purpose. We welcome the efforts undertaken by the Bureau to reflect on this issue and identify solutions and we would like to commend its Report on Evaluation and rationalization of the working methods of the subsidiary bodies of the

---

187 Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – Nova Iorque – dezembro 2014.

188 ICC - International Criminal Court

Bureau. We trust that these efforts will be continued and bear fruits in the present Bureau under your leadership.

Portugal would like to underline, once again, the crucial role of the ICC in fighting impunity for the most serious crimes and in ensuring an appropriate international response, where national authorities fail or are not in a position to take the necessary steps to ensure accountability. But the fight against impunity lies primarily at the national level: it is the responsibility of States to comply with their relevant obligations to end impunity and to thoroughly investigate and prosecute persons responsible for such crimes. Domestic application of the Rome Statute is therefore a crucial element to ensure that impunity is not condoned.

The International Criminal Court and the Office of the Prosecutor are changing the dynamics of international justice. Portugal deeply values that victims of the most serious crimes and the affected communities are at the core of the Court's and the OTP activity. In this new age of international justice, individuals look up to the ICC for justice and as a means to end impunity and prevent massive crimes. It is, therefore, crucial to give special consideration to the most vulnerable groups in situations of armed conflict, namely women and children. In this sense, we strongly welcome the comprehensive Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, launched by the Prosecutor last June, which will guide the work of her Office in the fight against impunity for crimes of this nature. This paper will contribute to ensure effective investigations and prosecution of sexual crimes and will enhance access to justice for victims of these crimes through the ICC and thus will reinforce the credibility and the role of the Court. In this context we will also follow with great interest the preparation of a policy paper on violence against children.

The international community remains standing witness to the commitment of many atrocities. It is, therefore, of vital importance that States continue supporting the ICC in the discharge of its functions. States must continue working towards a fully functioning and effective multilateral and complementary system that aims to end impunity, to establish the rule of law and to promote peace and human rights in accordance with international law and the principles and purposes of the Charter of the United Nations.

In this context of achieving international criminal justice, we strongly value the cooperation and support of regional organizations to the work

of the Court. The commitment and intense activities of NGOs are also extremely relevant for achieving this purpose.

Furthermore, we continue to consider that there is a need to further enhance the relationship between the ICC and the Security Council, namely in what concerns the appropriate follow up of the referrals by the Council. And in this regard, it is time that the UN wider membership, on behalf of which the Council acts, contribute to the costs that referrals decided by the Council entail in the ensuing proceedings before the Court. The situation where the Security Council takes a decision to refer the case to the ICC and subsequently disregards aspects related to its follow up and directly associated costs can no longer, in our view, be sustained.

Allow me to end my statement by reaffirming Portugal's support to the International Criminal Court as a fully independent judicial institution. We are committed to continue preserving the integrity and universality of the Rome Statute and will uphold our commitment in the fight against impunity as well. To this end, Portugal is currently undertaking the necessary steps to prepare the procedures for the internal approval and subsequent ratification of the Kampala amendments. We are confident that the entry into force of the Kampala amendments will contribute to furthering the universality of the Rome Statute.





#### **iv. Discurso de Portugal na 14<sup>a</sup> Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>189</sup>**

It is with great honour that we address today the Fourteenth Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute.

Let me begin by stating that Portugal fully shares the views expressed by Luxembourg on behalf of the European Union and its Member States. I would like, however, to highlight some aspects of relevance for my country.

Portugal notes with satisfaction that the Court continues progressing in its work and new and positive developments have been seen over this past year. In this sense, Portugal would like to congratulate Judge Silvia Fernández de Gurmendi on her election as President of the Court and Judges Joyce Aluoch and Kuniko Ozaki as Vice-Presidents. We extend our congratulations to the elected judges that were sworn in this year and wish them a successful term.

The universality of the Rome Statute continues to be a major objective and each new accession is one more step towards the prevention and prosecution of the most serious crimes of concern to the international community.

New trials have been opened and a new preliminary examination has been initiated by the Office of the Prosecutor. Furthermore, the Court and the Trust Fund for Victims are now proceeding towards the implementation of the first decision of the Court on reparations for victims in the Lubanga case.

Victims, particularly women and children, are waiting for urgent and concrete results to come from the Court's activities. Moreover, there are still many victims of war crimes, genocide, crimes against humanity or victims of other serious violations of international humanitarian law that justice has not yet reached.

With thirteen years of existence, the Court is now a fully established institution and must endeavor to improve its efficiency and effectiveness. In this sense, we welcome the work and discussions carried out by

---

<sup>189</sup> Discurso proferido por Rita Faden (Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – Haia – novembro 2015.

the organs of the Court on this issue and hope they will lead to the strengthening of the Court's procedures and to a swift delivery of justice, as well as to the enhancement of the Court's capacity to manage its resources. Particularly, we praise the Office of the Prosecutor for the Strategic Plan for 2016-2018 as a contribution to the efficiency of that Office. We also note the Pre-Trial Practice Manual which aims to address some of the challenges that the Court has had to face and to harmonize its practice. All these measures will hopefully contribute to a stronger judicial institution.

Obviously, the Court must be given the necessary resources to continue carrying out its purpose but the Court must also take into account the current economic situation of many of its States Parties. It is, therefore, important to find a balance between these two assumptions, and in this sense we trust that delegations will be able to find a solution that can meet both ends during this session of the Assembly of States Parties.

Let me reiterate, once again, our belief that the Court plays a crucial role in the fight against impunity and in seeking justice for victims of the most serious crimes. But the Court alone cannot fight impunity and ensure accountability: it relies on the cooperation of States in the discharge of its functions. To consolidate its fundamental role, we must reinforce the cooperation between the Court and the States Parties but also the cooperation between the Court and non-State-parties, the United Nations and other international and regional organizations. In this sense, all cooperation efforts are fundamental for the ICC to be able to perform the role that it was entrusted by the Rome Statute.

We - members of the international community - must not forget that the International Criminal Court is an independent and impartial judicial institution. It is our duty as States Parties to safeguard this independence as well as the autonomy of the Court. Our common challenge is therefore to ensure that the Court functions in an independent way in a political environment.

Portugal remains attentive to the concerns that are raised by some States regarding the ICC and its proceedings. We look forward to constructive discussions in order to reach a successful outcome regarding issues that should not divide us.

Portugal is - and will remain - a strong supporter of the ICC as a fully independent judicial institution. Portugal remains truly engaged in preserving the integrity and promoting the universality of the Rome Statute. We are taking the necessary steps to hopefully ratify the Kampala amendments by the end of the current year.

States Parties, together with the ICC, must continue contributing to bring to justice the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community, without forgetting that the duty to exercise criminal jurisdiction over those responsible for such crimes rests primarily with States.



**v. Discurso de Portugal na 32ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (Geneva, Suíça, 8-10 dezembro 2015)<sup>190</sup>**

One may ask: What is the ICRC<sup>191</sup> all about? What does it stand for? Why do we need it? Well, allow me to try and find the answer in just one example: in August this year, while so many of us were looking the other way, the President of the ICRC, Peter Maurer, found the time and also the courage to visit the capital of Yemen, Sana'a, and to ask the world to wake up to the suffering in Yemen. In my view, this is what the Red Cross and Red Crescent are all about; this is what they stand for. And the world needs such an ICRC more than ever.

Portugal of course shares the views expressed by the representative of the European Union on behalf of the EU and its 28 Member States. We would like to highlight some aspects.

We pay tribute to the fundamental role played by the International Committee of the Red Cross and to the personal sacrifice of so many members of its staff. We acknowledge the importance of the Movement in responding to the suffering of victims of wars and disaster situations that affect so many people in our world. Fifty years ago, the Fundamental Principles of the Movement were proclaimed in Vienna: Humanity, Neutrality, Independence, Voluntary Service, Unity and Universality. Today, these principles remain more relevant than ever.

Supporting the principles and norms of International Humanitarian Law is good and respecting and ensuring respect for IHL is even better. Since the last International Conference, too many countries remain engaged in armed conflicts. Portugal is gravely concerned by the fact that the vast majority of victims did not rank among the armed forces, but rather among the civilian population. We condemn all forms of violence against civilians and we believe that further coordination among humanitarian actors and other stakeholders remains of paramount importance to protect the lives, health and dignity of persons affected by armed conflicts.

We therefore welcome the proposal of a resolution to be adopted at the present Conference on strengthening IHL protection for people deprived

---

190 Discurso proferido pelo Embaixador Pedro Nuno Bártolo (Representante Permanente de Portugal junto das Nações Unidas e outras OI em Genebra) – Genebra – 9 de dezembro de 2015.

191 ICRC - International Committee of the Red Cross.

of their liberty. We also take good note of the Report on IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. We will be following with interest the Humanitarian Dialogue and other discussions focusing on several topics of the utmost importance for the international community today, such as migration and disaster risk and climate change.

Strengthening compliance with IHL is a key priority for Portugal. IHL remains the appropriate legal framework for regulating the conduct of the parties during armed conflicts and for providing protection to the persons affected. Finding means to ensure greater respect for IHL is, however, a pressing challenge, as many of the existing rules are often violated. In this regard, we warmly welcome and support the Swiss/ICRC initiative on Strengthening Compliance with IHL, and we sincerely hope that the proposed Resolution can be adopted by consensus at this International Conference. In our view, the establishment of a Meeting of States on IHL will foster dialogue and cooperation, while also promoting awareness at the domestic and international levels. As Peter Maurer reminded us all, we are not deciding on a perfect mechanism here, of course, but we are agreeing on the best possible compromise and seizing the best opportunity to further strengthen respect for IHL.

I am pleased to share with you that my country has decided to resume voluntary contributions to the International Committee of the Red Cross's budget. This is one way for us to reaffirm our commitment to the Red Cross and Red Crescent's mandate of assistance and protection. We expect to come up with an initial contribution of 100.000 Swiss francs before the end of the current year.

Inaction is not an option. Further strengthening of existing IHL is indeed indispensable, as it is now more than ever, since IHL continues to be the only true defense at the disposal of victims of armed conflicts.

### **3. Extra-Dossier**





## i. UN70 - Contributions of the United Nations to the Development of International Law<sup>192</sup>

Miguel de Serpa Soares

### Introduction

As any international lawyer would concede, the international legal order is decentralised and no single central organ exercises functions akin to legislatures in national legal orders<sup>193</sup>. States create international legal rules, either implicitly, through their practice and *opinio juris*, the combination of which constitutes rules of customary international law, or explicitly, through the adoption of bilateral or multilateral treaties setting out legal rules and obligations for the States adhering to them. This creates a complex system in which the contribution of international subjects that are not States, such as international organizations, is not always clear.

International organizations are creatures of their mandates, brought into being by States to perform certain tasks<sup>194</sup>. In the case of the United Nations, this mandate is exceptionally broad, encompassing almost all aspects of international life. Any review of the agenda of the United Nations General Assembly, for instance, will reveal a complex menagerie of issues. This year's presently includes 170 items under the broad headings of sustainable development, the maintenance of international peace and security, the promotion of human rights, the coordination of humanitarian assistance, disarmament, drug control, crime prevention and combating international terrorism, and, of course,

---

192 This article is a republication of the article M. de Serpa Soares, "UN70: Contributions of the United Nations to the development of international law", *Fletcher Forum of World Affairs*, 40(1) (2016), p.99.

193 G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 207 (1987), p. 9 at p. 127 ; P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8e éd. (Paris: L.G.D.J., 2009), p. 102.

194 It should also be recalled in this connection that, as the International Court of Justice observed in its advisory opinion on the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, international organizations, unlike States, do not possess a general competence. Rather, they are governed by the "principle of speciality", which means that they are "invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion States entrust to them". *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1996, p. 66 at p. 78, para. 25.

the promotion of justice and international law, among others. The Assembly constitutes the paradigmatic venue for collective action for the international community—each Member gets a say, and a vote, and the body may discuss “any questions or any matters” within the scope of the Charter of the United Nations (the “Charter”)<sup>195</sup>.

Generally speaking, the United Nations consists of three mutually-reinforcing pillars: (i) peace and security (ii) development and (iii) human rights<sup>196</sup>. As established by the International Court of Justice in the Reparations advisory opinion, the Organization also enjoys an independent legal personality “in certain respects in detachment from its Members” that is indispensable to its activities<sup>197</sup>. It is equipped with organs and special tasks. It may impose binding obligations on its Members and it may institute international claims and conclude international agreements.

Accordingly, while States are the legislators of the international legal system, over the seventy years of its existence, the United Nations has provided not only a forum for collective action, but also a defined legal framework and an independent agency to contribute to the development and consolidation of legal norms.

Along these lines, the following briefly traces the contribution of the United Nations to the development of international law in a few important ways. In particular, it focuses on (i) the role of the Organization as a venue for collective action, including multilateral treaty negotiation, (ii) the law-making that occurs through the organs and institutions of the Organization, such as the work of the International Law Commission, the adoption of resolutions and decisions by the Organization’s political organs and the jurisprudence of the International Court of Justice and (iii) the contribution of the legal opinions of the Office of Legal Affairs to the development of international legal rules and customary norms.

---

<sup>195</sup> Charter of the United Nations, Article 10.

<sup>196</sup> See General Assembly resolution 60/1 of 16 September 2005 at paragraph 9 (hereinafter “World Summit Outcome 2005”).

<sup>197</sup> *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, at p. 179.

## Venue for collective action

By the terms of its Charter, the United Nations is open to all “peace-loving states” which accept the obligations contained in the Charter<sup>198</sup>. From an initial membership of 51 States, the Organization has expanded markedly to include, at present, 193 Members. For many States, particularly those with smaller populations and limited means or bases to establish diplomatic missions around the world, membership in the United Nations, and participating in its work and deliberations, constitutes one of its primary international activities.

The broad mandate and near universal membership of the United Nations makes it unique venue for collective action. No other international organization can match the breadth or depth of opportunities presented by the United Nations for States to give voice to their positions. In addition to the annual plenary session of the General Assembly, traditionally attended by heads of State and heads of Government, the Organization also stages myriad conferences, meetings, symposia, workshops and similar activities throughout the year. These happen both at United Nations headquarters in New York and at various locations around the globe, collectively giving rise to a perpetual slate of international engagements taking place under the auspices of the Organization.

The United Nations also enjoys a presumptive legitimacy that complements its structural elements. It is premised on the principle of sovereign equality, giving each Member an important stake in the Organization’s activities<sup>199</sup>. Members are also committed to fulfilling “in good faith” the obligations assumed by them under the Charter<sup>200</sup>. Taken together, the principles and purposes of the United Nations enshrined in Articles 1 and 2 of the Charter, as well as the Preamble, are both aspirational

---

198 Charter, Article 4(1).

199 The exception to this principle is the Security Council, which consists of fifteen members, five of which (China, France, Russia, the United Kingdom and the United States) are permanent members whose affirmative vote is required under Article 27 of the Charter for the Council to take decisions on substantive matters. Various efforts to reform the Council’s membership and voting procedures have been proposed; however, amending the Charter also requires the agreement of the five permanent members of the Council.

200 Charter, Article 2(2).

and inspirational, forming the fundamental basis for collective action to address issues of international concern.

The substantive output of this collective action can take many shapes. In the context of contributions to the development of international law, a primary, although not exclusive, form is a multilateral treaty.

The number of multilateral treaties adopted under the auspices of the United Nations has grown exponentially. In 1977, around 80 multilateral treaties were deposited with the Secretary-General. Less than forty years later, this figure has risen to more than 560. The subject-matters governed by such treaties cover almost every area of activity of the Organization. The actors involved have also become more diverse, and the specialization of the domains of treaty regulation has also implied that the negotiators themselves are increasingly experts in specific subject areas. Non-governmental actors also increasingly play an important role in treaty negotiations.

The requirement in Article 102 of the Charter that every treaty and international agreement entered into by any Member State be registered with the Secretariat and published by it heralded a new era for international treaty relations. With more than 2,600 volumes, the United Nations Treaty Series constitutes the most authoritative reference on international treaty making.

Due to an unprecedented willingness of States to address complex questions at a global level, the normative architecture of international treaties has also become more intricate. In addition to expanding in numbers, multilateral treaties are also taking on a wider variety of forms as they are required to address the new challenges of a globalized age. Trends identifiable in this regard include the use of framework conventions accompanied by protocols in fields such as climate change and tobacco control, the use of annexes and a willingness of States to resort to decisions of Conferences of State Parties to address key substantive issues.

A further identifiable trend in modern treaty-making is the tendency towards the establishment of institutional mechanisms in relation to multilateral treaties, with Conferences of State Parties, Secretariats and other bodies now delegated core responsibilities in the negotiation, conclusion and implementation of treaties. This in turn has required

enhanced coordination in order to ensure an efficient division of labour between such bodies, which are generally responsible for supporting implementation of treaties, and the Secretary-General as depositary of those treaties, being responsible for facilitating actions by States relating to their participation in the relevant instrument, such as signature, ratification and declarations.

### **Law-making through the organs and institutions of the Organization**

The Organization has also been involved in law-making through its various organs and subsidiary bodies, which has had a substantial impact on numerous areas of international law.

Article 13(1)(a) of the Charter calls on the General Assembly to initiate studies and make recommendations for the purpose of “encouraging the progressive development of international law and its codification”. In implementing Article 13(1)(a), the Assembly has essentially established a “conveyor belt” of international law-making. The manufacturing process begins with the International Law Commission, where issues are considered and instruments are drafted, and traverses back through the General Assembly, in particular its Sixth Committee (Legal), where instruments are further considered and developed by Member States before being adopted and opened for accession. Outside of that process, the General Assembly and the Security Council have also been influential on their own accord in developing international law through their deliberative functions. Finally, the International Court of Justice, while not entrusted with any legislative role, also contributes to the development of international law through its decisions in contentious cases and its advisory opinions.

In discharging Article 13(1)(a) of the Charter, the key consideration underlying the dual concepts of “progressive development” and “codification” of international law is the belief that written international law will remove the uncertainties of customary international law by filling existing gaps in the law, as well as by giving precision to abstract general principles whose practical application is not settled.

The practice of the International Law Commission over the last sixty-seven years has demonstrated that maintaining a strict distinction between the codification of settled law (*lex lata*) and the progressive development

of international law (*de lege ferenda*) has not always been possible, since the mode in which it was operating when considering any particular topic of international law was largely a matter of opinion. Instead, the Commission has come to view the two modes as a single, composite concept<sup>201</sup>, where international law-making takes place on a continuum between codifying largely settled rules to progressively developing other aspects.

The dual concept of progressive development and codification has proved catalytic in providing the intellectual framework for contemporary efforts at international law-making. The main focus of the Commission has been on the sources of international law and the international legal rules applicable to the interaction of the main subjects of international law, primarily States, but also to some degree, international organizations. The Commission has also undertaken studies and contributed significantly to the development of the law regarding the position of individuals under contemporary international law, the law applicable to international spaces, and the question of the settlement of international disputes.

In the exercise of their deliberative functions, the General Assembly and the Security Council have also been active in the development of international law<sup>202</sup>.

The Assembly's broad mandate has meant that it has considered a wide range of activities and topics. While much of this work has, necessarily, been undertaken at the political level, such activities have been accompanied by, or have led to, the further development of international rules.

Its contribution to the development of international law in this context has been more indirect, either by way of providing general policy guidance to the law-making process, or more procedural through the formal establishment of processes or subsidiary bodies with a mandate to consider the legal aspects of specific issues<sup>203</sup>. Nonetheless, through its deliberative functions, including the adoption of resolutions and decisions, the Assembly has had a major impact on the development of

---

201 *Work of the International Law Commission*, 8th ed., vol. I (United Nations publication, Sales No. E.12.V.2), p. 47.

202 See J. Alvarez, *International Organization as Law-makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

203 *Ibid.*, pp. 286–292.

international law. While not strictly legally binding, a significant number of such resolutions, particularly those adopted in the form of solemn declarations of principle, have had a normative impact on the law.

Notably, on the occasion of the twenty-fifth anniversary of the United Nations, in 1970, the General Assembly adopted the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (hereinafter “Friendly Relations Declaration, of 1970”)<sup>204</sup>, in which it proclaimed several “principles of international law relating to friendly relations and cooperation among States”. A further significant proclamation by the General Assembly came in 1974, when it adopted, by consensus, the definition of aggression<sup>205</sup>.

Of all the areas the Assembly has been involved in over the course of the last seventy years, its activities in the area of human rights have been particularly normative<sup>206</sup>. The Assembly has adopted a number of declarations and other texts, many of which served as a basis for the subsequent negotiation of major multilateral treaties. The key text is the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the General Assembly on 10 December 1948<sup>207</sup>, which served as the basis for the subsequent negotiation of the two Covenants<sup>208</sup> (and inspired several other human rights treaties). The Assembly has also referred, in other

---

204 GA res. 2625 (XXV) of 24 October 1970. See G. Arangio-Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the system of the sources of international law: with an appendix on the concept of international law and the theory of international organisation* (Leiden: Sijthoff, 1979); L.C. Green, “The UN Declaration on Friendly Relations and the system of the sources of international law”, *Dalhousie Law Journal*, vol. 6 (2) (1980), p. 397; V.S. Mani, *Basic principles of modern international law: a study of the United Nations debates on the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States* (New Delhi: Lancers Books, 1993); and I. Sinclair, “The significance of the Friendly Relations Declaration. United Nations & the Principles of International Law”, in Vaughan Lowe, Colin Warbrick (eds), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst* (London: Routledge, 1994), pp. 1-32.

205 GA res. 3314 (XXIX) of 14 December 1974.

206 See J. Alvarez, *International Organization as Law-makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 156–169.

207 GA res. 217(III) A of 10 December 1948. See G. Alfredsson and A. Eide, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), pp. 3–25.

208 International Covenant on Civil and Political Rights, done at New York on 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171; and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, done at New York on 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3.

major proclamations such as the Millennium Declaration of 2000, to the need, more generally, to respect internationally recognized human rights and fundamental freedoms<sup>209</sup>.

This is necessarily only a representative sample. The Assembly has also made important contributions through its deliberative functions to, *inter alia*, peacekeeping and other operations<sup>210</sup>, the responsibility to protect<sup>211</sup>, national sovereignty and non-intervention<sup>212</sup>, disarmament<sup>213</sup>, the peaceful settlement of disputes<sup>214</sup>, the rule of law at the national and international levels<sup>215</sup>, the right to self-determination<sup>216</sup>, the protection of civilian populations in armed conflicts<sup>217</sup>, refugees and displaced persons<sup>218</sup>, humanitarian assistance<sup>219</sup>, international criminal law<sup>220</sup> and the

---

209 GA res. 55/2 of 8 September 2000.

210 GA res. 377 (V) of 3 November 1950. See J. Andrassy, "Uniting for Peace", *American Journal of International Law*, vol. 50 (1956), pp. 563–582; D. W. Bowett, *United Nations Forces: A Legal Study* (New York: Frederick A. Praeger, 1965), pp. 29–60; F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War* (Leiden: Sijthoff, 1966), pp. 41–45.

211 GA res. 60/1 of 16 September 2005.

212 See e.g. GA res. 2131 (XX) of 21 December 1965; GA res. 36/103 of 9 December 1981.

213 See e.g. GA res. 41 (I) of 14 December 1946; GA res. 502 (VI) of 11 January 1952 (Regulation, Limited Implementation and Balanced Reduction of all Armed Forces and all Armaments; International Control of Atomic Energy); GA res. 1837 (XVII) of 18 December 1962 (Declaration on the Conversion to Peaceful Needs of the resources Released by Disarmament); GA res. 34/88 of 11 December 1979 (Declaration on International Cooperation for Disarmament); GA res. 44/114 of 15 December 1989 (Reduction of Military Budgets); GA res. 48/62 of 16 December 1993 (Reduction of Military Budgets: Transparency of Military Expenditures); and GA res. 50/70 of 12 December 1995 (General and Complete Disarmament).

214 See e.g. GA res. 37/10 of 15 November 1982. See B. Broms, *The Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (Manila)*, in *Essays in international law in honour of Judge Manfred Lachs* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984), pp. 339–353.

215 GA res. 67/1 of 24 September 2012.

216 See, e.g., GA res. 637 (VII) of 16 December 1952 (The Right of Peoples and Nations to Self-Determination); and GA res. 47/82 of 16 December 1992 (Importance of the Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination and of the Speedy Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples for the Effective Guarantee and Observance of Human Rights). See also GA res. 1802 (XVII) of 14 December 1962 (Permanent sovereignty over natural resources).

217 See e.g. GA res. 2675 (XXV) of 9 December 1970 (Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts).

218 See e.g. GA res. 319 (IV) of 3 December 1949 (Refugees and Stateless Persons) (establishing the Office of the High Commissioner for Refugees).

219 See e.g. GA res. 46/182 of 19 December 1991.

220 See e.g. GA res. 3(I) of 13 February 1946; GA res. 95(I) of 11 December 1946; GA res. 96(I) of 11 December 1946; GA res. 3074 (XXVIII) of 3 December 1973.



environment<sup>221</sup> to highlight but a few of the other most prominent areas.

While the Security Council has a narrower mandate than the General Assembly, it has the power to take binding decisions on substantive matters<sup>222</sup>.

According to Article 39 of the Charter, the Security Council has the authority to first determine the existence of a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression, and then “make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”. In practice, such measures have ranged from targeted sanctions against terrorists, to the establishment of peacekeeping operations and the creation of international criminal tribunals. Importantly, enforcement measures adopted by the Council under Chapter VII of the Charter are not constrained by the general prohibition on intervention in matters essentially within the domestic jurisdiction of States contained in Article 2(7) of the Charter.

In the exercise of its functions under the Charter, the Security Council has the power to take binding decisions in specific situations, and it has used its discretion to hold wrongdoing States and non-State actors alike responsible under international law. It has regularly found violations of international law and taken sanctions against the wrongdoer(s), including States and non-State actors<sup>223</sup>, thus contributing to filling the enforcement gap that characterizes the decentralized international legal system. Some of the first cases concerned Southern Rhodesia, in 1966, when the Council considered that the policies of racial segregation and the Unilateral Declaration of Independence by a white minority government

---

221 See e.g. GA res. 37/7 of 28 October 1982. See also GA res. 34/186 of 18 December 1979 (Cooperation in the Field of the Environment Concerning Natural Resources Shared by Two or More States), GA res. 42/186 of 11 December 1987 (Environmental Perspective to the Year 2000 and Beyond). See W. E. Burhenne, *The World Charter for Nature: a Background Paper* (Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1983).

222 According to Article 25 of the Charter, Member States “agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter”. On the binding nature of Security Council resolutions see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council, Advisory Opinion Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1972, p. 16 at p. 53, para. 114. See also M. Wood, “The Interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 82 (1998), p. 83.

223 See V. Gowlland-Debbas, “Responsibility and the United Nations Charter”, in J. Crawford et al., *The Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 115 at p. 127.

infringed the right to self-determination of the majority population<sup>224</sup>; and South Africa, in 1977, in connection with its apartheid policies. In subsequent years, the Security Council strongly condemned “violations of international humanitarian law” in crises such as those in Somalia, Rwanda, and Sudan, which all involved internal conflicts<sup>225</sup>. It also characterized the massacre in Rwanda as constituting genocide. Moreover, the Security Council attributed some such violations of international law to non-State actors, such as UNITA in Angola, the Bosnian Serbs, the Taliban or the Al-Qaida, and the Janjaweed in Sudan.

Since the early 1990s, the Security Council has continuously addressed terrorism issues by means of sanctions. Following the attacks of 11 September 2001, the Security Council established a Counter-Terrorism Committee, composed of all members of the Council, by means of resolution 1373 (2001). The resolution obliged Member States to take a number of measures to prevent terrorist activities and to criminalize various forms of terrorist actions, as well as to take measures that assist and promote cooperation among countries including adherence to international counter-terrorism instruments.

Another major way by which the Security Council contributes to international law is the authorization of peace operations. Over the course of its history, the Security Council has established 69 peace operations in different parts of the world. Such operations include traditional peacekeeping, but increasingly also peace enforcement and peacebuilding missions<sup>226</sup>.

While traditional peacekeeping is said to have its legal basis in Chapter VI of the Charter, the Security Council more recently has developed a practice of invoking Chapter VII of the Charter when authorizing more complex peace operations in volatile environments. The practice of the United Nations authorized peace operations is thereby essential in promoting standards of international humanitarian law and human rights

---

224 SC res. 216 of 12 November 1965 and SC res. 217 of 20 November 1965, SC res. 232 of 16 December 1966, SC res. 253 of 29 May 1968, SC res. 423 of 14 March 1978 and SC res. 448 of 30 April 1979 on Southern Rhodesia; and SC res. 418 of 4 November 1977 and SC res. 569 of 26 July 1985 on South Africa.

225 SC res. 794 of 3 December 1992 and SC res. 837 of 6 June 1992 on Somalia, SC res. 935 of 1 July 1994 on Rwanda and SC res. 1547 of 11 June 2004 and SC res. 1556 of 30 July 2004 on Darfur.

226 Facts and figures are based on the information provided by “United Nations peacekeeping”, at < <http://www.un.org/en/peacekeeping/> > (visited 28 May 2015).

law, but also the international law of military operations more generally<sup>227</sup>.

The Security Council has also sought justice for the victims of international crimes, such as war crimes, crimes against humanity, ethnic cleansing and genocide. By establishing the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda in the early 1990s, the Security Council filled the judicial vacuum that was left in the post-conflict societies of both countries. At the same time, the creation of those two tribunals contributed to the development of international criminal law as a fundamental area of international law. In 2010, the Security Council created the Mechanism for International Criminal Tribunals to carry out a number of essential functions of the two ad hoc tribunals after the completion of their respective mandates. Other tribunals in whose creation the Security Council has been involved include the Special Court for Sierra Leone and the Special Tribunal for Lebanon Tribunal. The Council has also recently been involved in supporting the establishment and operation of the Special Criminal Court in the Central African Republic.

The significant role of the International Court of Justice in the development of international law is commonly accepted. It is the principal organ of the United Nations entrusted with a judicial function, that is the function of resolving legal disputes, but in the process of this the Court's ancillary function is undoubtedly to some extent the development of international law.

The Court's function is to "decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it"<sup>228</sup>. In its advisory capacity, the Court provides legal advice to those United Nations organs and specialized agencies empowered to ask for such advice, but it has been careful to cast this advisory function in terms that do not compromise its essential "judicial" function<sup>229</sup>.

---

227 See generally T. D. Gill and D. Fleck, *The Handbook of International Law of Military Operations* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

228 Article 38(1) of its Statute of the International Court of Justice.

229 According to Article 68 of the Statute of the International Court of Justice, "[i]n the exercise of its advisory functions the Court shall further be guided by the provisions of the present Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable"; See Shabtai Rosenne, *The Law and Procedure of the International Court, 1920-1996*, vol. I, *The Court and the United Nations* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1997), pp. 171-172.

This, however, does not mean that the Court does not incidentally develop international law to a greater or lesser degree through each of its judgments on international disputes or through its advisory opinions. By applying the law to a specific set of facts, each court effectively states the law for the specific case. But beyond the specific case, the Court also confirms or develops the relevant rules of international law in the process of making its decisions<sup>230</sup>. Every case is a building block bound to have an impact on the development of the jurisprudence, and hence international law. It will be read, considered, cited, and relied upon, or argued against by States, counsel, academics, the Court itself and its judges in later cases, as well as by the judges of other international, regional, or even domestic courts.

The almost uninterrupted existence of an International Court for nearly a century has resulted in the development of a significant body of international jurisprudence, which the Court seeks to keep consistent, but also sensitive to the development of international law. The Court is also the only international law judicial institution with comprehensive jurisdiction under international law: its power to decide disputes extends to all disputes “concerning... any question of international law”<sup>231</sup>. The Court is, as such, uniquely placed among international courts and tribunals to contribute to the development of international law, and has done so in many crucial areas of international law.

### **Development of international law through the legal opinions of the Office of Legal Affairs**

The contribution of the Office’s legal opinions to the development of international law, broadly defined, should be viewed in the context of the Organization’s operations as a whole, as well as its unique composition and the authority and responsibilities accorded to it by its Member States under the Charter of the United Nations, some of which are *sui generis*. The range of questions on which the Office is asked to provide legal advice is exceptionally broad, extending across the spectrum of international

---

230 This subsidiary function was actually intended at the time of the creation of the Court. See H. Lauterpacht, *The Development of International law by the International Court* (London: Stevens & Sons Limited, 1958), pp. 5-6; H. Thirlway, “The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *WuDa guojifa yanjiang ji (diyi juan)* (Wuhan, Wuhan University Press, 2006), pp. 36-41.

231 Article 36(2)(b) of the Statute of the International Court of Justice.

relations and reflecting the unique position of the United Nations in the larger international system.

The effectiveness of the Office's opinions relies less on formal authority, which tribunals and other judicial organs may enjoy, than on their intrinsic merits, legal soundness and persuasive force<sup>232</sup>. Legal advice represents a critical element for ensuring that the United Nations, and each of its constituent entities, holds to its constitutional foundations and operates according to the rule of law.

The legal considerations associated with United Nations peacekeeping operations illustrate this point. Legal advice is provided at each step of the peacekeeping process, beginning with the establishment of the respective mission by the Security Council, the building-up of the mission's components through the receipt of contributions of personnel and equipment by Member States and the conclusion of the status-of-forces agreement with the host country. It then occurs on a continuous basis in the interpretation and execution of the mandate and the application of the rules of engagement, concepts of operations for the mission components and various general policy instruments applicable to the mission's operations<sup>233</sup>. When the mandate is adjusted by the Security Council, corresponding changes are also made to the legal framework, as appropriate.

The sanctions regimes established by the Security Council represent another area where advice from the Office of Legal Affairs has contributed markedly. The Office of Legal Affairs, in coordination with the other substantive departments, has been instrumental in advising on the relevant legal considerations, including the further development and strengthening of the due process guarantees under the various sanctions regimes.

Another specialized area where the Office has prominently affected the development of international law relates to the privileges and immunities enjoyed by international organizations. Given the breadth of its operations, it is probably the world's most prolific actor in this regard

---

232 O. Schachter, "The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat", *The British Yearbook of International Law*, vol. 25 (1948), p. 91 at p. 94.

233 Examples include the Human Rights Due Diligence Policy (A/67/775-S/2013/110), the Organization's zero tolerance policy on sexual abuse and exploitation (A/59/710 and A/RES/59/300) and the Secretary-General's policy on human rights screening.

and its practice on fundamental questions, such as the determination of “official functions” and the criteria for waivers of immunity, has been influential with respect to other international organizations.

The International Law Commission has recently engaged the issue of the contribution of international organizations to the identification and formation of customary international law. In his recent report to the Commission, the Special Rapporteur on the topic noted that “States remain the primary subjects of international law [and] it is primarily their practice that contributes to the formation, and expression, of rules of customary international law”<sup>234</sup>. He has also observed, however, that “the conduct of international organizations may serve to catalyse State practice”<sup>235</sup> and that “the practice of international organizations relating to the international conduct of the organization or international organizations generally may...serve as relevant practice for purposes of formation and identification of customary international law”<sup>236</sup>.

To a certain extent, the Office acts for the Organization in its external relations and so is a direct participant in the process of shaping international law. This includes negotiating international agreements, formulating and making protests and presenting claims.

The Office’s main activity, however, is the provision of internal advice. When the Office provides its opinion, it is then for its addressees to act (or not) upon that advice. In doing so, it is they, and not the Office, that establish the practice of the Organization. This practice contributes to the development of the Organization’s rules. It also shapes the interpretation or application of the treaties to which the Organization is party or under which it has rights and obligations and contributes to or influences the development of rules of customary international law. The contribution of the Office’s opinions to the development of international law is therefore largely indirect. It is nonetheless real<sup>237</sup>.

---

234 A/CN.4/682, para. 70.

235 *Ibid.* para. 75.

236 *Ibid.* para 76.

237 *Ibid.*, footnote 169 citing M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1975), p. 11 (“...the practice of organs which are not composed of representatives of States, such as the United Nations Secretariat, can also create rules of customary law... Nor must one overlook the legal opinions of the United Nations Secretariat”).

**ii. The work of the International Law Commission (ILC) in the Present Quinquennium (2012-2016) and Possible Future Topics:  
How to Remain Relevant in the 21<sup>st</sup> Century**

Patrícia Galvão Teles

**Introductory remarks**

The golden era of codification may well be over, but the ILC remains as relevant as ever. It has to adapt itself to the changing circumstances, namely by finding – through its own reflections but also listening to the needs of the international community and of States – suitable future topics for its work. It also has to remain open as to the final form of its output, since some of the topics may not be suitable for the most traditional outcome of draft articles. Nevertheless, the ILC should not shy away from proposing draft articles if this best suits the topic.

The ILC remains in the unique and privileged position of being the body of experts to which the UN General Assembly trusted the task of progressive development and codification of International Law. If, as stated above, it has performed well its tasks in the past nearly seven decades and delivered a very substantial number of codification conventions – Law of Treaties, Diplomatic and Consular Relations, possibly State Responsibility – that are the backbone of today's international legal order, it may now have to work more in areas where progressive development may be needed and sought by States, since the principal areas of International Law have indeed been the object of codification by the ILC. Both Article 13/1 of the UN Charter and the Statute of the ILC refer in first place progressive development, which the Statute defined as “the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States”. It may be for the ILC to consider engaging more in progressive development, if it receives positive signs from States in that direction, though sometimes it is difficult to draw the separating line with regard to codification – or as stated also in the Statute, “the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine” – as long as this is clearly



identified in the ILC's work. It would be useful, in this respect, to reflect deeper on these two concepts of progressive development and codification, since they are not always clearly understood or in the same way.

Another path that is worth exploring for the ILC to remain relevant – and it is already doing so – is the production of studies, guidelines or conclusions that are very helpful for States as it is the case currently with the “identification of customary law” and “provisional application of treaties”, or as it was the case in the past with the “guide on reservations” of the study on “fragmentation of International Law”.

As that very study pointed out “the Commission should increasingly look for the avenue of “restatement” of general international law in forms other than codification and progressive development - not as a substitute but as a supplement to the latter.”

This last point should be emphasized: the task of filling in the gaps or clarifying previous law codified should not be a substitute to law-making of States by the ILC, which seems to be a real temptation when there is an apparent reluctance from States in engaging in law-making exercises. The ILC should not substitute itself to States in International Law making and States should assert more their prerogatives and ownership of the formation of International Law.

In any of the above scenarios, the interaction between the ILC and the Sixth Committee remains a crucial one since the ILC is at the service of the General Assembly – for it was created by the GA to help this organ to play one of the functions that the Charter entrusted upon that is the promotion of progressive development and codification of international law - and should work on topics that answer real needs of States, their interests and concerns. Sometimes it may be difficult to assess that real need, also because not all States are as vocal as others in commenting the ILC work, but this is an area that requires continuing stimulation since the process of formation of International Law should be as inclusive and plural as possible. Not only should States or groups of States be more vocal in expressing their needs in the realm of progressive development of international law, especially to address new challenges that are not, or not adequately, addressed by the current international legal order, but also the ILC needs to engage more with States and the Sixth Committee to determine those needs.



## **The work of the ILC in the current quinquennium**

As the present quinquennium draws to a close, it is appropriate to draw a balance of the work of the ILC in that period and to reflect on possible future topics.

In the present quinquennium, the ILC has finished the following topics:

- Expulsion of Aliens (draft articles with commentaries) in 2014;
- Obligation to Extradite or Prosecute/*aut dedere aut judicare* (final report) in 2014;
- Most-Favoured-Nation Clause (final report) in 2015.

Work has continued in the following topics:

- Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction (outcome envisaged draft articles);
- Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to Treaty Interpretation (outcome envisaged draft conclusions).

Work has started in the following topics:

- Identification of Customary International Law (2012, outcome envisaged draft conclusions);
- Provisional Application of Treaties (2012, outcome envisaged draft conclusions or guidelines);
- Protection of the Atmosphere (2013, outcome envisaged draft guidelines);
- Protection of the Environment in relation to Armed Conflicts (2013, outcome envisaged draft principles);
- Crimes Against Humanity (2014, outcome envisaged draft articles);
- *Jus Cogens* (2015, outcome envisaged draft conclusions).

And will be finished likely with regard of the following topics:

- Protection of Persons in the event of Disasters (a first reading of the draft articles was completed in 2014);
- Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to Treaty Interpretation (outcome envisaged draft conclusions);
- Identification of Customary International Law (draft conclusions with commentaries).

It has been, therefore, a productive quinquennium for the ILC, namely with regard to the new topics where work has commenced and which shows clearly that it is possible to address new and relevant topics in the context of the Commission. However, of the 6 new topics where work has started, in only one of them (crimes against humanity) is the envisaged outcome draft articles, whereas on the other 5 the idea is to have draft conclusions, guidelines or principles.

Some comments can be made in regard to the 6 topics that will likely continue in the agenda in the next ILC quinquennium (2017-2021):

- Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction (outcome envisaged draft articles) – it is a very important topic, but a sensitive one, where the traditional view of state sovereignty and equality of States has to be reconciled with the fight against impunity for the most serious international crimes. The issue of the exceptions to the immunities is symptomatic of that tension and will be a difficult area to address.
- Provisional Application of Treaties (2012, outcome envisaged draft conclusions or guidelines) – it is a very useful work from the point of view of practitioners where in a fast pacing world of international relations there are real demands for a quicker application of treaties. However, many States still have difficulties – many at constitutional level - with this possibility opened up by the Vienna Convention and provisional application should remain an option that States can accept or not. It is a matter of domestic legitimacy, many times involving national parliaments, of international treaties that should not be overlooked.
- Protection of the Atmosphere (2013, outcome envisaged draft guidelines) – environmental themes are of fundamental importance for today's world and for sustainable development, as the recently adopted 2030 Agenda rightly pointed out. However, there are difficulties of a conceptual nature with regard to the definition of atmosphere and other terms and also of delimitation with other exercises currently taking place. The topic also raises questions as to the qualification of atmosphere degradation as the common concern of humankind and the regime of obligations *erga omnes* as to who are the addressees and the beneficiaries.
- Protection of the Environment in relation to Armed Conflicts (2013, outcome envisaged draft principles) – again topics relating the environment are relevant and in many cases there is a negative

impact of armed conflict in the environment. Treaty law rules are sufficiently developed in what concerns international law of armed conflict, the difficulty being in connection with non-international armed conflict. The ILC will have to decide on whether to embark on an exercise of progressive development to enhance the protection of the environment, if not there is not much added value.

- Crimes Against Humanity (2014, outcome envisaged draft articles) – it is an important lacuna to be filled since it is the only serious international crime that does not have its own convention and this is relevant in terms of its prevention and repression through mechanisms other than the ICC. The particular difficulty will be the articulation of the topic with other conventions, such as the Rome Statute of 1998.
- Jus Cogens (2015, outcome envisaged draft conclusions) – it will be interesting to see how the work of the ILC on this topic will develop. The approach taken to focus on the nature, requirement for identification of norms, illustrative list and consequences or effects seems appropriate. Though the ILC has dealt with the issue in Law of Treaties and State Responsibility, further clarity is still needed. Two concerns should be kept in mind: this topic will meet with some State opposition, but its treatment should not arrest the development of international law in the matter.

### **Possible future topics**

As regards to topics on the long-term programme of work, as of 2014, the following topics remain in the list:

- Ownership and protection of Wrecks beyond the limits of maritime jurisdiction (1996)
- Jurisdictional Immunity of International Organizations (2006)
- Protection of Personal Data in Transborder Flow of Information (2006)
- Extraterritorial jurisdiction (2006)
- The fair and equitable treatment standard in International Investment Law (2011)

So far, no decision has been taken to include these in the programme of work. They were topics suggested by ILC Members or the Secretariat. In our view, it would make sense, as it was done in the past with regard

to Law of Treaties and Responsibility for Internationally Wrongful Acts, to continue the work with regard to **“Jurisdictional Immunities”** and move to the parallel regime regarding States to that concerning **“International Organizations”**. The appropriate outcome would likely be a set of draft articles. Another topic that could potentially advance, but rather as a set of guidelines, conclusions or principles, would be that of **“Extraterritorial Jurisdiction”**, since this seems to be an area where there is advanced State practice and it would be useful to States to dispose of a more systematized set of principles and limits.

In the selection of topics, the Commission has been guided by the following criteria, determined in 1998: (i) the topic should reflect the needs of States in respect of the progressive development and codification of international law; (ii) the topic should be at a sufficiently advanced stage in terms of State practice to permit progressive development and codification; (iii) the topic should be concrete and feasible for progressive development and codification; and (iv) the Commission should not restrict itself to traditional topics, but should also consider those that reflect new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole.

We would argue as desirable possible future topics for inclusion in the long-term programme of work, and respecting the above mentioned criteria, two topics both mentioned in the initial survey of International Law carried out by the Secretariat and the ILC in 1949, in the ILC “Report on the Long-Term Programme of Work” of 1996 and in the “Working Paper prepared by the Secretariat with the Review of the List of Topics established in 1996 in light of Subsequent Developments” of March 2015 (A/CN.4/679):

- The **“Settlement of Disputes”**, both the general topic as model clauses for the settlement of disputes relation to the application or interpretation of future codification conventions. The ILC, in 2010 and 2011, already considered this topic on the basis, respectively, of a note prepared by the Secretariat (A/CN.4/623) and a Working Paper prepared by Sir Michael Wood (A/CN.4/641). The possible outcomes would be a set of draft principles, guidelines or conclusions and model clauses.

- The **“Individual in International Law”**, as a general topic, in a study to clarify the principles applicable in these domain and that are relevant to more specialized areas of International Law such as human rights, nationality, treatment of aliens, asylum or extradition.

These two topics are clearly within the scope of well-established general

international law and this where the ILC has its added value, furthermore in contributing to the codification and progressive development in central areas of international law as identified by the ILC since its origin. As it was stated in the Report of the Study Group of the ILC on the issue of Fragmentation of International Law:

“In an increasingly specialized legal environment, few institutions are left to speak the language of general international law, with the aim to regulate, at a universal level, relationships that cannot be reduced to the realization of special interests and that go further than technical coordination. The International Law Commission is one such institution.”

“**Obligations *Erga Omnes***” could also be a future topic, in parallel with that of *Jus Cogens*, recently introduced in the ILC agenda and for the same reasons that presided the choice of that topic, that is the need to clarify the concept and its regime.

At the same time, the General Assembly could refer more topics to the ILC and “**Universal Jurisdiction**”, currently in the Sixth Committee agenda, could be one of them.

But if the criteria indicated above for the selection of new topics still seems correct, the procedure can certainly be improved, particularly in what regards topics that are not traditional and reflect new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole.

### **Improving the process for choosing future topics to better respond to the needs of States**

The ILC is sometimes perceived as not being transparent, setting its own agenda, not interacting enough with States/Sixth Committee/General Assembly, working in an ivory tower, approaching topics with a too academic perspective, not being sensitive enough to the needs or not listening the interests of States.

If this perception is not always correct, it exists and the process for choosing future topics has to be improved, specially at a moment where the codification work is nearly over and more and more the ILC will have to embark on exercises where the progressive development component will be greater if it is designed to address the current challenges in this complex and changing world like **migration, refugees, pandemics, drug trafficking, environment, climate change and the impact of sea level rise on sovereignty**, just to quote some of the challenges in the recently adopted 2030 Agenda for Sustainable Development.

Listening to States and groups of States on their concerns and needs is a fundamental exercise if the ILC is to remain relevant and effective. Developing, for instance, a questionnaire to consult States on topics they would see fit for the ILC to develop would be an interesting way of improving this interaction.

Also, as the ILC approaches its 70<sup>th</sup> Anniversary, it would undoubtedly be an important occasion for brainstorming, in a joint exercise, for instance in a Colloquium as it happened in previous significant anniversaries, between the ILC, the Secretariat and Member States, on the future of the Commission and, in particular, with regard to the selection topics that reflect new developments in international law and pressing concerns of the international community as a whole. This Colloquium, diversely than what happened in previous occasions, should take place in New York, so as to ensure a more active participation from the delegates to the General Assembly's Sixth Committee. The ILC is already planning to hold the first segment of its 70<sup>th</sup> Session in New York at the UN Headquarters in 2018 and this would be a very good occasion to hold such a Colloquium.

### **Multilateral Treaty-Making and State ownership of International Law**

In 2015, the focus of the Sixth Committee in the debate on the Rule of Law was the role of multilateral treaty processes in promoting and advancing the rule of law. This is a topical issue, particularly at the time where the international community's appetite for producing new multilateral treaties seems to be diminishing.

As it was said in the SG Report (A/70/206) for the preparation of this debate: "multilateral treaty processes convened by the General Assembly have played an essential role in the implementation of the Organization's mandate. The Assembly has conducted studies in the progressive development of international law and its codification pursuant to Article 13 (1)(a) of the Charter. It has also regularly conducted negotiations, convened conferences of plenipotentiaries and adopted new treaties to address the continually evolving challenges faced by the global community, thus making a fundamental contribution to the establishment of a solid multilateral treaty framework".

Multilateral treaty processes have to continue to evolve to respond to the transformations of the international community and the needs of an ever more globalized world. And States have to continue at the heart of such processes. It is a matter of developing the common language of law

in international relations, to increase legitimacy and maintain ownership. Equal opportunity has to be ensured for all States to contribute to the treaty-making process and multilateral treaty processes at the General Assembly or a Diplomatic Conference is the best way to do it.

As it was stressed in previous debates on the Rule of Law, a central factor in enhancing support and respect for international law is the strengthening of a sense of ownership of universal treaties through an open and inclusive negotiating process. The United Nations should provide an arena accessible to all Member States, and all should have the opportunity and capacity to contribute meaningfully throughout the treaty-making process.

States have to continue to be the main driving force behind multilateral treaty making. In this respect, promoting a greater interaction between the ILC and the States, the Sixth Committee and the General Assembly is of utmost relevance. Multilateral treaty-making, even on the input of the ILC, has to remain open, inclusive and plural, for a stronger and widely accepted international legal order.

The motto for the UN 70<sup>th</sup> Anniversary also applies here: “Stronger International Law. Better World.” And International Law has to respond to the changing needs of the international community.





## **II. JURISPRUDÊNCIA<sup>238</sup>**

---

<sup>238</sup> Jurisprudência selecionada



**1. A duração dos processos nos tribunais portugueses e o prévio esgotamento dos meios internos com vista à apresentação de queixa no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) (acórdão de 29 de outubro de 2015, proferido no caso *Valada Neves c. Portugal*)**

Maria de Fátima da Graça Carvalho

As estatísticas dos últimos anos revelam, de modo evidente, que a grande maioria das queixas apresentadas perante o TEDH contra Portugal respeitava à duração excessiva dos processos perante os tribunais nacionais. Estas queixas eram mesmo qualificadas por aquele Tribunal como “queixas repetitivas” e eram tratadas e decididas através de um procedimento simplificado e algo massificado, dando origem, frequentemente, à declaração de violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, que estabelece o direito a um processo equitativo, compreendendo, além do mais, o direito a uma decisão em prazo razoável.

O TEDH considerava, na maior parte dos casos, que os processos internos a que as queixas respeitavam não tinham sido tramitados e decididos em prazo razoável. Porém, para além disso, considerava também que os queixosos não dispunham de um meio de recurso interno eficaz para obterem a reparação pela violação desse direito, sem necessidade de recorrerem àquela instância internacional. Por essa razão, admitia as queixas sem que os subscritores tivessem esgotado, previamente, os meios internos existentes, tal como seria exigível, de acordo com o princípio da subsidiariedade, em que o sistema convencional assenta e está estabelecido no artigo 35.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

De facto, desde o ano de 2008, na sequência do acórdão proferido no caso *Martins Castro e Alves Correia de Castro c. Portugal*, aquele Tribunal considerava que o meio interno - ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado, fundada no art.º 12.º da lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro - não constituía um meio de recurso efetivo, sobretudo devido a uma divergência na jurisprudência interna acerca da atribuição de indemnização pelos danos morais em caso de duração excessiva dos processos (de acordo com o TEDH, esses danos devem, em princípio, presumir-se).

Através do acórdão agora proferido no caso *Valada Neves c. Portugal*, que entretanto se tornou definitivo, o TEDH, para além da apreciação e

decisão respeitante ao caso concreto a que a queixa respeitava, decidiu proceder a uma reponderação da sua jurisprudência, com efeitos que vão para além desse caso concreto. Assim, face a um acervo jurisprudencial relevante e, sobretudo, face ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de novembro de 2013 (proferido no processo n.º 0144/13), reconheceu que a jurisprudência interna tinha evoluído muito nos últimos anos e que estava agora «verdadeiramente consolidada», cumprindo as exigências por ele próprio definidas, designadamente quanto aos critérios de apreciação da duração dos processos, quanto ao reconhecimento da existência de danos morais e à atribuição e pagamento dos respetivos montantes indemnizatórios. Quanto à duração da própria ação administrativa, aquele Tribunal relevou a possibilidade de essa duração ser tomada em consideração na sentença a proferir nessa mesma ação, com atribuição de uma indemnização suplementar a esse título.

Através deste acórdão, o TEDH considerou, pois, que a ação administrativa prevista no artigo 12.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, constitui agora um meio de recurso efetivo para reparar a violação do direito a uma decisão em prazo razoável e deve ser esgotado previamente à apresentação de queixa àquele Tribunal. Considerando que foi com o citado acórdão do STA, de 27 de novembro de 2013, que esta situação se consolidou, estabeleceu um prazo de seis meses, a partir da publicação desse acórdão, como prazo razoável para que o mesmo não possa ser tido como ignorado pelos requerentes.

Foi, assim, fixado o dia 14 de maio de 2014 como data a partir da qual se tornou exigível aos requerentes o prévio esgotamento do referido meio de recurso interno, sem o que o TEDH não admitirá as queixas apresentadas com fundamento em duração excessiva dos processos internos.

Este acórdão assume especial importância para o Estado português na medida em que irá determinar uma redução significativa do número das queixas apresentadas junto do TEDH por atrasos nos processos internos.

Evidencia-se, contudo, a recomendação que o Tribunal Europeu faz, no parágrafo 101 do acórdão, para que a ação interna não sofra, ela própria, de excessiva demora e para que não sejam interpostos, de modo sistemático, recursos das decisões que constatarem a duração excessiva dos processos e que atribuem as correspondentes indemnizações aos queixosos.

De facto, esta nova abordagem do TEDH implicará, para as autoridades nacionais, uma maior responsabilidade no sentido de manterem ou,

mesmo, de melhorarem as exigências que foram evidenciadas, em particular, no que respeita à celeridade da ação administrativa, mas também, à observância dos critérios enunciados pela jurisprudência do TEDH na ponderação acerca da duração razoável do processo (complexidade da causa, atuação das partes e das autoridades, interesses em jogo) e ainda, à atribuição de reparação razoável, por danos morais, em caso de constatação da violação do direito.

Lisboa, 10 de março de 2016



## 2. Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Lista de casos em 2014 e 2015

### Acórdãos do TEDH proferidos em 2015

- Qing c. Portugal, Acórdão de 5 de novembro de 2015, Requête n.º 69861/11, CEDH, art.º 5.º § 3, violação.
- Ribeiro Moura c. Portugal, Acórdão de 12 de novembro de 2015, Requête n.º 44097/13, CEDH, art.ºs 6.º § 1 e 13.º, violação.
- Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portugal, Acórdão de 1 de dezembro de 2015, Requête n.º 69436/10, CEDH, art.º 8.º, violação.
- Leong Poy c. Portugal, Acórdão de 8 de dezembro de 2015, Requête n.º 5190/14, CEDH, art.º 6.º § 1, violação.
- Euroatlantic Airways c. Portugal, Acórdão de 8 de dezembro de 2015, Requête n.º 34676/13, CEDH, art.º 6.º § 1, violação.
- Sales c. Portugal, Acórdão de 8 de dezembro de 2015, Requête n.º 64137/12, CEDH, art.º 6.º § 1, não violação.
- Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal, Acórdão de 15 de dezembro de 2015, Requête n.º 56080/13, CEDH, art.º 2º, direito à vida. Dimensões substantiva e processual, violação.
- Companhia Agrícola da Apariça, SA, c. Portugal, Acórdão de 29 de outubro de 2015, CEDH, Protocolo n.º 1, art.º 1.º, violação.
- Valadas Matos das Neves c. Portugal, Acórdão de 29 de outubro de 2015, CEDH, art.ºs 6.º § 1 e 13.º, violação.
- Sérvulo e associados c. Portugal, Acórdão de 3 de setembro de 2015, Requête n.º 27013/10, CEDH, art.º 8.º, não violação.
- Ferreira Santos Pardal c. Portugal, Acórdão de 30 de julho de 2015, Requête n.º 30123/10, CEDH, artigo 6º § 1, violação.
- Moreno Diaz Pena e outros c. Portugal, Acórdão de 4/06/2015, Requête n.º 44262/10, CEDH, art.º 6º § 1, CEDH, art.º 13º, CEDH, Protocolo n.º 1, art.º 1º, violação.
- Ferreira Alves c. Portugal, Acórdão de 30 de abril de 2015, Requête n.º 78165/12, CEDH, art. 6º § 1, violação.
- Santos Silva c. Portugal, Acórdão de 20 de abril de 2014, Requête n.º 52246/12, CEDH, art. 6º § 1, violação.
- Almeida Leitão Bento Fernandes c. Portugal, Acórdão de 12 de março de 2015, Requête n.º 25790/11, CEDH, art. 10º § 1 . não violação.

- Phostira Efthymiou e Ribeiro Fernandes c. Portugal, Acórdão de 5 de fevereiro de 2015, Requête n.º 66775/11, CEDH, art.º 8º, violação em caso de execução de Acórdão do STJ.
- Pinto Pinheiro Marques c. Portugal, Acórdão de 22 de janeiro de 2015, requête n.º 26671/09, CEDH, art.º 10º, violação.
- Rolim Comercial c. Portugal, Acórdão de 13 de janeiro de 2015, Requête n.º 16153/09, CEDH, art.º 41º, reparação razoável.

### **Acórdãos do TEDH proferidos em 2014**

- Mendes c. Portugal, Acórdão de 30 de outubro de 2014, Requête n.º 49185/13, CEDH, art.º 6º § 1, violação.
- Melo Tadeu c. Portugal, Acórdão de 23 de outubro de 2014, Requête n.º 27785/10, CEDH, art.º 6º § 2, violação; CEDH, Protocolo n.º 1, art.º 1º, violação.
- Sociedade de construções Martins e Vieira Lda, e outros, c. Portugal, Acórdão de 30 de outubro de 2014, Requetes n.º 56637/10, 59856/10, 72525/10, 7646711 e 12592/11, CEDH, Art.º 6º § 1, violação Art.º 13º, violação.
- Pina e Moura c. Portugal, Acórdão de 2 de outubro de 2014, Requête n.º 44199/12, CEDH, arts.º 6º § 1 e 13º, violação.
- Martins Silva c. Portugal, Acórdão de 28 de maio de 2014, Requête n.º 12959/10, CEDH, art.º 6º § 1, violação.
- Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo c. Portugal, Acórdão de 3 de abril de 2014, CEDH, art.º 10º par. 1, violação.
- Terebus c. Portugal, Acórdão de 10 de abril de 2014, CEDH, art.º 6º, par. 1, violação.
- Figueiredo Gonçalves c. Portugal, Acórdão de 18 de fevereiro de 2014, Requête n.º 57422/09, CEDH, art.º 6º § 1, violação.
- Ferreira Alves c. Portugal, Acórdão de 18 de fevereiro de 2014, Requête n.º 25861, CEDH, art.º 6º § 1, violação.
- Gramaxo Roseira c. Portugal, Acórdão de 21 de janeiro de 2014, requête n.º 21976/09, CEDH, art.º 6º, art.º 6º § 1, violação.
- Vieira Gomes Bezerra c. Portugal, Acórdão de 28 de janeiro de 2014, Requête n.º 60786/10, CEDH, art.º 6º, art.º 6º § 1, violação.
- Ratinho c. Portugal, Acórdão de 28 de janeiro de 2014, Requête n.º 48768/11, CEDH, art.º 6º, art.º 6º § 1, violação.
- Trigo Saraiva c. Portugal, Acórdão de 28 de janeiro de 2014, Requête n.º 28381/12, CEDH, art.º 6º, art.º 6º § 1, violação.



- Alves c. Portugal, Acórdão de 28 de janeiro de 2014, requête n.º 34939/12, CEDH, art.º 6º, art.º 6º § 1, violação.



### **3. Jurisprudência anotada dos tribunais da União Europeia sobre casos portugueses**



### **3. Jurisprudência anotada dos tribunais da União Europeia sobre casos portugueses**

Francisco Pereira Coutinho

#### **A. Apresentação**

O Anuário de Direito Internacional do Ministério dos Negócios Estrangeiros inclui, pelo quarto ano consecutivo, uma secção de anotações às decisões dos tribunais da União Europeia sobre “casos portugueses”, designação que pretende englobar tanto processos em que os juízes europeus responderam a questões prejudiciais colocadas por juízes portugueses, como processos julgados no Luxemburgo ao abrigo de outros mecanismos processuais, em que intervieram quer o Estado português, quer cidadãos ou empresas nacionais.

A ideia de comentar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre “casos portugueses” teve um primeiro afloramento em 2011, por iniciativa da Professora Doutora Maria Luísa Duarte, e materializou-se numa obra coletiva em que se anotaram vinte decisões prejudiciais<sup>239</sup>. A iniciativa teve seguimento nos Anuários relativos aos anos de 2011, 2012 e 2013. Este já vasto acervo de comentários jurisprudenciais permite identificar não só os principais focos de conflito normativo entre o direito português e o direito da União Europeia e o grau de implementação das obrigações normativas resultantes da pertença à União Europeia, mas também aferir a contribuição dos juízes portugueses para a evolução pretoriana do direito da União Europeia.

Nesta edição do Anuário são anotados 14 reenvios prejudiciais e uma ação por incumprimento objeto de decisão pelo Tribunal de Justiça em 2014 e 2015. Os casos foram escolhidos com base na importância das questões jurídicas discutidas, que incluem a conformidade de medidas de austeridade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a delimitação da obrigação de reenvio de tribunais de última instância, a qualificação dos tribunais arbitrais como “órgãos jurisdicionais nacionais” para efeitos de aplicação do art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou ainda os poderes sancionatórios do Tribunal de

---

239 Maria Luísa Duarte, Luís Fernandes e Francisco Pereira Coutinho, *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, Instituto Diplomático, 2011.

Justiça no âmbito da ação por incumprimento. Foram ainda anotadas decisões que incidem sobre temas de contratação pública, auxílios de Estados, livre prestação de serviços, direito do trabalho, direitos de autor, direito societário e direito tributário.

Como orientação de leitura advirta-se que se devem presumir do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral as decisões judiciais referenciadas sem indicação da respetiva origem. Foi deixada à livre consideração de cada autor a utilização nas respetivas anotações do novo acordo ortográfico.

Por último, deixo uma palavra de agradecimento aos anotadores, não só por terem aceitado o desafio que lhes lancei, mas especialmente pela forma empenhada com que o fizeram, que se reflete no alto nível científico das anotações agora publicadas.

Lisboa, a 25 de abril de 2015

## **B. Anotadores**

António Garcia Rolo

Francisco Pereira Coutinho

Joana Covelo de Abreu

João Zenha Martins

José Maria Montenegro

Luís Nascimento Ferreira

Maria Ana Barata

Maria Mineiro

Martinho Lucas Pires

Matej Accetto

Miguel Sousa Ferro

Pedro Fernández Sánchez

Ricardo Pedro

## C. Decisões anotadas

Despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 26 de junho de 2014  
*Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Fidelidade Mundial — Companhia de Seguros, SA*  
(C-264/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 6 de fevereiro de 2014  
*Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (“IPTM”) c. Navileme - Consultadoria Náutica, Lda (“Navileme”) e a Nautizende - Consultadoria Náutica, Lda.*  
(C-509/12)

Despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção) 10 de abril de 2014  
*Joaquim Fernando Macedo Maia, António Pereira Teixeira, António Joaquim Moreira David, Joaquim Albino Moreira David, José Manuel Teixeira Gonçalves c. Fundo de Garantia Salarial IP*  
(C-511/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 6 de fevereiro de 2014  
*Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest (Portugal) — Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.*  
(C-574/12)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 25 de junho de 2014  
*Comissão Europeia c. República Portuguesa*  
(C-76/13)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 10 de julho de 2014  
*Fazenda Pública c. Banco Mais, SA*  
(C-183/13)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 5 de março de 2015  
*Modelo Continente Hipermercados SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho — Centro Local do Lis (ACT)*  
(C-343/13)



Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 12 de junho de 2014  
*Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA*  
*c. Autoridade Tributária e Aduaneira*  
(C-377/13)

Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 13 de fevereiro de 2014  
*Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e outros*  
(C-555/13)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 26 de março de 2015  
*Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA contra*  
*Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém e Núcleo Inicial*  
*- Formação e Consultoria Lda*  
(C-601/13)

Despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 21 de outubro de 2014,  
*Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Via Directa –*  
*Companhia de Seguros SA*  
(C-665/13)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 5 de março de 2015  
*Estado português contra Banco Privado Português SA e Massa Insolvente*  
*do Banco Privado Português SA*  
(C-667/13)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de setembro de 2015  
*João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. C. Estado português*  
(C-160/14)

Despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção) de 16 de julho de 2015.  
*P contra M.*  
(C-507/14)

Despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 14 de julho de 2015  
*Sociedade Portuguesa de Autores CRL contra Ministério Público, Carlos*  
*Manuel Prata Pereira Sá Meneses, Sandra Carla Ferreira Cardoso e*  
*Douros Bar Lda.*  
(C-151/15)

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 26 de junho de 2014**

**(C-264/12)**

- Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal do Trabalho do Porto.
- Partes:** Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins  
c. Fidelidade Mundial — Companhia de Seguros, SA
- Objeto:** interpretação dos artigos 20.º, 21.º, n.º 1, e 31.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- Dispositivo:** o Tribunal de Justiça da União Europeia é manifestamente incompetente para conhecer do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal do Trabalho do Porto (Portugal), por decisão de 22 de maio de 2012.

**Despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção)  
de 21 de outubro de 2014**

**(C-665/13)**

- Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal do Trabalho de Lisboa.
- Partes:** Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins  
c. Via Directa – Companhia de Seguros SA
- Objeto:** interpretação dos artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- Dispositivo:** o Tribunal de Justiça da União Europeia é manifestamente incompetente para conhecer do pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal do Trabalho de Lisboa (Portugal), por decisão de 28 de outubro de 2013.



## **i. O Tribunal de Justiça e o “Memorando da Troika”**

[Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 26 de junho de 2014, “Fidelidade Mundial”, C-264/12, e ao despacho do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 21 de outubro de 2014, “Via Directa”, C-665/13]

Francisco Pereira Coutinho

### **1. Os factos e as questões prejudiciais**

I. Em 2012 e 2013, tribunais portugueses de 1.<sup>a</sup> instância recorreram ao mecanismo processual do reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) para questionar o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) das reduções salariais no setor público incluídas na Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2012.

A medida fazia parte do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF) negociado em abril e maio de 2011 pelo Estado português com uma toika composta pelo FMI, o Banco Central Europeu (BCE) e a Comissão Europeia, cujo cumprimento condicionava o acesso a um empréstimo que podia atingir um máximo de 78 mil milhões de Euros em três anos (2011-2014). A negociação terminou com a elaboração de três memorandos. Dois deles – o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras (MPEF) e o Memorando de Entendimento Técnico (MET) – constavam de um anexo à carta de intenções enviada pelo governo português para o diretor-geral do FMI em que se solicitava acesso aos recursos financeiros do Fundo. O outro – o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (Memorando) – foi assinado pelo Estado português e pela Comissão Europeia em Lisboa, a 17 de maio de 2011<sup>240</sup>.

A primeira parcela da assistência financeira prestada pela UE e pelos Estados-membros foi entregue após a assinatura do Memorando. O pagamento das restantes foi condicionado a parecer favorável da Comissão e do BCE. A espiral económica recessiva que se seguiu à implementação

---

240 A versão original e as sucessivas revisões dos três memorandos podem ser consultadas em [www.bportugal.pt/pt-pt/estabilidadefinanceira/aestabilidadefinanceirapaef/oprogramaassistenciafinanceiraportugal](http://www.bportugal.pt/pt-pt/estabilidadefinanceira/aestabilidadefinanceirapaef/oprogramaassistenciafinanceiraportugal).

do PAEF determinou a revisão sucessiva do Memorando através da previsão de medidas adicionais de austeridade. A segunda atualização do Memorando, de 9 de dezembro de 2011, condicionou o acesso a nova parcela de financiamento à aprovação de lei orçamental para 2012 que reduzisse os salários do setor público nos seguintes termos:

- “(i) suspensão do pagamento das prestações correspondentes aos 13.º e 14.º meses dos trabalhadores com salários acima de 1000 euros;
- (ii) suspensão progressiva equivalente, em média, a uma das duas prestações para os trabalhadores com salários entre 485 e 1000 euros. Cortes semelhantes aplicar-se-ão a todas as empresas do SEE, dentro e fora do perímetro de consolidação das Administrações Públicas, bem como a todas as entidades públicas, mesmo aquelas que não estejam integradas no perímetro de consolidação das Administrações Públicas”<sup>241</sup>.

A Lei do Orçamento de Estado para 2012 alterou o teto da suspensão para pagamento dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos com salários acima de 1,100€ e aplicou uma suspensão progressiva a salários compreendidos entre os 600€ e os 1,100€<sup>242</sup>. A alteração foi aceite pela Comissão Europeia e pelo BCE por ser neutra em termos orçamentais, ao ser financiada através do aumento da taxa aplicável às mais-valias de participações sociais e de outros valores mobiliários (dividendos, juros, etc.)<sup>243</sup>.

**II.** O Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros solicitou junto do Tribunal do Trabalho do Porto a restituição dos subsídios de férias e de Natal aos funcionários de uma empresa de capitais exclusivamente públicos do setor dos seguros (Fidelidade Mundial), cujo pagamento tinha sido suspenso pela Lei do Orçamento de Estado para 2012. A 22 de maio de 2012, o Tribunal do Trabalho do Porto decidiu apresentar ao

---

241 Portugal. Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidade de Política Económica. Segunda Atualização – 9 de dezembro de 2011, para. 1.8., i), disponível em [http://www.portugal.gov.pt/media/459270/mou\\_pt\\_20111209.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/459270/mou_pt_20111209.pdf).

242 Art. 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro de 2011 (Lei do Orçamento de Estado para 2012).

243 Portugal. Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidade de Política Económica. Segunda Atualização – 9 de dezembro de 2011, cit., para. 1.8., i), nota de rodapé 5.

Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- i) O princípio de tratamento igualitário do qual decorre a proibição de discriminação deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a trabalhadores do setor público?
- ii) A imposição estatal de não pagamento de retribuições, anteriormente devidas a título de subsídio de férias e de natal, através da referida Lei do Orçamento de Estado para 2012, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral?
- iii) O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.o 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?
- iv) O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.o 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao direito a uma remuneração justa que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório?
- v) A suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos 14 trabalhadores e respetiva família, os quais não contavam com um corte de dois salários no seu rendimento anual?
- vi) A redução de dois salários imposta desta forma pelo Estado Português, por não ser previsível nem expectável pelos trabalhadores, é contrária ao direito a condições de trabalho dignas ?

No momento em que surgiram estas questões prejudiciais estava já pendente no Tribunal de Justiça um processo prejudicial remetido pelo Tribunal do Trabalho do Porto, em que se questionava a conformidade com a Carta de medidas de redução salarial de funcionários de um banco de capitais exclusivamente públicos (Banco Português de Negócios) incluídas na Lei do Orçamento de Estado para 2011<sup>244</sup>.

O Tribunal de Justiça decidiu sobrestar a sua decisão no processo “Fidelidade Mundial” até pronúncia no processo “Sindicato dos Bancários do Norte” por entender que as questões prejudiciais suscitadas nos dois casos eram análogas<sup>245</sup>.

A decisão no processo “Sindicato dos Bancários do Norte” surgiria por despacho de 7 de março de 2013. Os juizes do Luxemburgo consideraram que, não obstante as dúvidas expressadas pelo Tribunal do Trabalho do Porto quanto à conformidade da Lei do Orçamento do Estado para 2011 com os princípios e os objetivos consagrados pelos Tratados, o despacho de reenvio não continha nenhum elemento concreto que permitisse considerar que a referida lei se destinasse a aplicar o direito da União. Por conseguinte, declararam-se manifestamente incompetentes para conhecer o pedido de decisão prejudicial<sup>246</sup>.

O Tribunal de Justiça questionou em seguida o Tribunal do Trabalho do Porto sobre se pretendia manter o pedido de decisão prejudicial que deu origem ao processo “Fidelidade Mundial”. Em resposta, o tribunal português reiterou as suas dúvidas quanto à conformidade do Orçamento do Estado para 2012 com o direito da União.<sup>247</sup>

---

244 “Sindicato dos Bancários do Norte e outros”, C-128/12, ECLI:EU:C:2013:149. As questões prejudiciais colocadas ao Tribunal de Justiça foram as seguintes: i) o princípio de tratamento igualitário do qual decorre a proibição de discriminação deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a trabalhadores do setor público?; ii) a imposição estatal de redução de salários através da referida Lei do Orçamento de Estado para 2011, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral?; iii) o direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?; iv) o direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao direito a uma remuneração justa que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório?; v) a redução do salário, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31.º, n.º 1, da Carta por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família, antes dessa redução?; vi) a redução dos salários imposta desta forma pelo Estado Português, por não ser previsível nem expectável pelos trabalhadores, é contrária ao direito a condições de trabalho dignas?.

245 Despacho de 26 de junho de 2014, “Fidelidade Mundial”, C-264/12, EU:C:2014:203 “Fidelidade Mundial”, C-264/12, cit., n.º 12.

246 Despacho de 7 de março de 2013, “Sindicato dos Bancários do Norte e outros”, C-128/12, ECLI:EU:C:2013:149 “Sindicato dos Bancários do Norte e outros”, C-128/12, n.º 14.

247 “Fidelidade Mundial”, C-264/12, EU:C:2014:203, n.ºs 14 a 16.



Alguns meses depois, a 28 de outubro de 2013, o Tribunal do Trabalho de Lisboa, no âmbito de litígio com objeto idêntico ao do processo “Fidelidade Mundial”, agora intentado pelo Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins contra outra empresa seguradora de capitais exclusivamente públicos (Via Directa), decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais:

- i) O princípio do tratamento igualitário, do qual decorre a proibição da discriminação, deve ser interpretado no sentido de ser aplicável aos trabalhadores do setor público?
- ii) A imposição unilateral, pelo Estado, da suspensão do pagamento daquelas remunerações, quando aplicada apenas a uma categoria específica de trabalhadores — os do setor público — constitui uma discriminação, em função da natureza jurídica do vínculo laboral?<sup>248,249</sup>

## 2. As decisões do Tribunal de Justiça

A 26 de junho e 21 de outubro de 2014, o Tribunal de Justiça, através de despacho fundamentado<sup>250</sup>, declarou-se manifestamente incompetente para responder às questões prejudiciais colocadas pelos tribunais do trabalho do Porto e de Lisboa. Ainda que as exigências que decorrem

---

248 Despacho de 21 de outubro de 2014, “Via Directa”, C-665/13, EU:C:2014:2327, n.º 10.

249 O Tribunal do Trabalho de Lisboa colocaria ainda um outro reenvio prejudicial que se debruçou sobre a compatibilidade com o Direito da União Europeia de medidas de austeridade adotadas em cumprimento do Memorando (“Jorge Ítalo Assis dos Santos”, C-566/13, JO 2000 C 364, p. 1). O reenvio incluía as seguintes questões prejudiciais: i) deve o art. 130.º do TFUE ser interpretado no sentido de que uma norma do direito nacional que imponha ao Banco Central desse Estado-membro a suspensão do pagamento dos 13.º e 14.º meses aos trabalhadores reformados desse Banco, contraria o disposto no artigo 130.º na medida em que implica uma ingerência do Ggoverno (ou seja, da administração central) nos poderes decisórios do Banco Central, quanto à sua política de pessoal, em violação do princípio da autonomia e da independência dos bancos centrais?; ii) deve o art. 123.º do TFUE ser interpretado no sentido de que, uma norma de direito nacional, que imponha a entrega a um organismo da administração indireta do Estado, colocado na dependência e sob a tutela do Ministro das Finanças e cujas receitas e despesas constam do Orçamento de Estado, do montante dos subsídios cujo pagamento é suspenso, contraria o art. 123.º na medida em que ofende o princípio da proibição do financiamento dos Estados pelos bancos centrais?; iii) A restrição da suspensão do pagamento dos 13.º e 14.º meses apenas aos trabalhadores reformados e não aos trabalhadores no ativo, viola o princípio da igualdade, na vertente da proibição da discriminação, insita no art. 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?. O processo seria extinto por despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2014 (JO C 31, I.2. 2014).

250 Nos termos do artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o tribunal pode decidir pôr termo à instância através de despacho fundamentado se “for manifestamente incompetente para conhecer de um processo ou se um pedido ou uma petição forem manifestamente inadmissíveis”.

da proteção dos direitos fundamentais vinculem os Estados-membros quando estes são chamados a aplicar o direito da União (art. 51.º, n.º 1), nos despachos de reenvio não constava qualquer elemento concreto que indicasse que as normas nacionais invocadas pelo juiz nacional tinham tal objetivo<sup>251</sup>. A apreciação da compatibilidade das medidas de austeridade incluídas na Lei do Orçamento do Estado para 2012 com a Carta extravasaria o âmbito dos poderes jurisdicionais do Tribunal de Justiça, pois no âmbito de um reenvio prejudicial pode interpretar o direito da União unicamente no limite das competências atribuídas à UE<sup>252</sup>.

Não obstante as medidas de austeridade incluídas na Lei do Orçamento de Estado para 2012 constarem do Memorando – facto que não é referido pelos tribunais portugueses nos respetivos despachos de reenvio –, o Tribunal de Justiça considerou que as dúvidas relativas à conformidade da Lei do Orçamento do Estado para 2012 com o direito da União tinham “a mesma natureza” e as questões submetidas eram “análogas” às submetidas antes do pedido de assistência financeira internacional no âmbito do processo que deu origem ao despacho “Sindicato dos Bancários do Norte”<sup>253</sup>.

### 3. Comentário

I. A decisão de reenvio do juiz nacional serve de fundamento à abertura de um processo perante o Tribunal de Justiça, mas isto não significa que este esteja obrigado a responder a toda e qualquer questão prejudicial que lhe seja colocada<sup>254</sup>. Como qualquer outro órgão jurisdicional, deve assegurar-se de que a questão prejudicial apresentada pelo juiz nacional se integra no âmbito das suas atribuições. De acordo com o art. 267.º TFUE, o exercício da competência prejudicial dos juízes do Luxemburgo está dependente de o reenvio versar sobre a interpretação ou a validade de uma norma da União. O Tribunal de Justiça verifica o preenchimento desta condição, recusando-se a responder sempre que as questões que lhe forem colocadas digam respeito à interpretação ou validade de normas nacionais<sup>255</sup> ou à compatibilidade destas

---

251 “Via Directa”, C-665/13, EU:C:2014:2327, n.º 13.

252 “Fidelidade Mundial”, C-264/12, EU:C:2014:2036, n.º 18, e “Via Directa”, C-665/13, EU:C:2014:2327, n.º 12.

253 “Fidelidade Mundial”, C-264/12, EU:C:2014:2036, n.º 20, e “Via Directa”, C-665/13, EU:C:2014:2327, n.º 14.

254 Entre outros, despacho de 28 de junho de 2000, “Laguillaumie”, C-116/00 ECLI:EU:C:2000:350, n.º 16.

255 Acórdão de 19 de dezembro de 1968, “De Cicco”, 19/68, 19/68, ECLI:EU:C:1968:52, p. 924.

com o direito da União<sup>256</sup>. Foi justamente este o fundamento utilizado para se declarar incompetente para apreciar os pedidos prejudiciais submetidos nos processos “Fidelidade Mundial” e “Via Directa”.

À primeira vista, as decisões de inadmissibilidade parecem acertadas. Em lado algum dos despachos de reenvio se esclarece a ligação entre as normas da Lei do Orçamento de Estado para 2012 que preveem reduções salariais no setor público e o direito da União. Ora, “quando uma situação jurídica não está abrangida pelo direito da União, o Tribunal de Justiça não tem competência para dela conhecer e as disposições da Carta eventualmente invocadas não podem, por si próprias, servir de base a essa competência”<sup>257</sup>.

No entanto, ao contrário das disposições orçamentais em causa no caso “Sindicato dos Bancários do Norte”, as discutidas nos casos “Mundial Confiança” e “Via Directa” reproduziam o Memorando assinado entre a Comissão Europeia e o Estado português. O Tribunal de Justiça não podia assim pronunciar-se pela inadmissibilidade dos reenvios prejudiciais sem resolver a questão prévia relativa à qualificação do Memorando como “um ato de uma instituição (da União)” [art. 267.º (1) TFUE].

Para este efeito é irrelevante a circunstância de os juízes portugueses não terem identificado nas questões prejudiciais qualquer conexão com o direito da União das normas nacionais que foram chamados a aplicar. A resposta a questões mal formuladas não pode ser a sua simples rejeição pelo Tribunal de Justiça, uma vez que as irregularidades detetadas frequentemente não prejudicam o prosseguimento do diálogo com o tribunal nacional. Com o objetivo de fornecer uma “ajuda ao juiz nacional” sempre que a questão prejudicial não seja precisa, o Tribunal de Justiça procede à sua reformulação, considerando ser “livre para extrair do conjunto de elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional e, nomeadamente, da fundamentação do ato de reenvio, os elementos de direito (da UE) que requerem a sua interpretação — ou, se for caso disso, uma apreciação de validade — tendo em conta o objeto do litígio”<sup>258</sup>. Numa clara manifestação do princípio *jura novit curia*, uma questão prejudicial deve assim ser apreciada “à luz de todas as disposições do(s) Tratado(s) e do direito derivado que sejam suscetíveis

256 Despacho de 7 de abril de 1995, “Gomis”, C-167/94, ECLI:EU:C:1995:113, n.º 4.

257 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, “Fransson”, C-617/10, EU:C:2013:280, n.º 22.

258 Entre outros, acórdão de 29 de novembro de 1978, “Pigs Marketing”, 83/78, ECLI:EU:C:1978:214, n.º 26.

de ser relevantes”<sup>259</sup>, independentemente de o juiz nacional lhes ter feito referência no despacho de reenvio.

Implícita às questões prejudiciais colocadas pelos tribunais portugueses estava a compatibilidade do Memorando com a Carta. Tal como fez inúmeras vezes no passado quando o juiz nacional não identifica corretamente as normas da União a interpretar e submete questões prejudiciais sobre a compatibilidade de normas nacionais com o direito da União<sup>260</sup>, o Tribunal de Justiça deveria ter reformulado as questões prejudiciais e procedido à análise da natureza jurídica do Memorando.

**II.** O Memorando teve origem na resolução do Ecofin, de 9 e 10 de maio de 2010, que previa a adoção de um instrumento de apoio a Estados-Membros da área do euro baseado parcialmente em assistência financeira prestada diretamente pela União Europeia. O Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (MEEF) nasceria no dia seguinte através da aprovação pelo Conselho do Regulamento n.º 407/2010.

A celeridade da decisão legislativa explica a base jurídica encontrada para o novo ato de direito da União. Para ultrapassar a proibição convencional de “resgate” de Estados-membros da zona euro (art. 125.º TFUE), o Conselho socorreu-se do art. 122.º, n.º 2, do TFUE, que lhe permite, sob proposta da Comissão, conceder ajuda financeira da União a Estados-membros que se encontrem “em dificuldades ou sob grave ameaça de dificuldades devidas a calamidades naturais ou ocorrências que não possa(m) controlar”.

O acesso ao MEEF depende de apresentação à Comissão e ao Comité Económico e Financeiro de projeto de programa de ajustamento elaborado pelo Estado-membro, o qual se deve basear em avaliação prévia das suas necessidades financeiras realizada juntamente com a Comissão e o BCE (art. 3.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 407/2010). Uma proposta de apoio financeiro da União ao Estado-membro em dificuldades é depois apresentada pela Comissão ao Conselho que, deliberando por maioria qualificada, (i) adota uma decisão que define o montante, duração e demais regras do empréstimo ou da concessão de linhas de crédito, (ii) aprova o programa de ajustamento económico e financeiro elaborado pelo Estado-membro, e (iii) especifica as condições gerais de política

---

259 Acórdão de 11 de julho de 1985, “Mutsch”, 137/84, ECLI:EU:C:1985:335, n.º 10.

260 Por exemplo, acórdão de 9 de outubro de 1980, “Carciai”, 823/79, ECLI:EU:C:1980:230, n.º 4, acórdão de 25 de junho de 1997, “Tombesi”, C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, ECLI:EU:C:1997:314, n.º 36, ou acórdão de 11 de novembro de 2007, “Hollmann”, C-443/06, ECLI:EU:C:2007:600, n.º 21.

económica em que assenta o apoio financeiro. Estas condições são definidas pela Comissão, em articulação com o BCE, e destinam-se a devolver o Estado-membro a uma situação financeira sã que lhe permita restaurar a sua capacidade de financiamento nos mercados internacionais (art. 3.º, n.º 3 e 4, Regulamento n.º 407/2010). Segue-se nova fase negocial entre o Estado-membro e a Comissão, em consulta com o BCE, que incide sobre as condições específicas de política económica associadas à assistência financeira e sobre as condições financeiras do acordo de empréstimo. As negociações terminam com a assinatura do acordo de empréstimo e do Memorando.

A entrada em vigor do Memorando e do acordo de empréstimo permite o pagamento da primeira parcela do financiamento. O desembolso das restantes depende de avaliação trimestral realizada pela Comissão, em conexão com o BCE, das políticas económicas do Estado-membro e, particularmente, do cumprimento dos condicionalismos de política económica previstos no Memorando [art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 407/2010]. Alterações a esta condicionalidade devem ser objeto de discussão e posteriormente propostas juntamente com novo projeto de programa de ajustamento elaborado pelo Estado-membro. O Conselho, deliberando por maioria qualificada, aprova o programa e altera a decisão de concessão de assistência financeira, de modo a incorporar os ajustamentos às condições gerais de política económica propostos pela Comissão. O desembolso de nova parcela do financiamento depende ainda de assinatura pela Comissão e pelo Estado-membro do Memorando revisto à luz das alterações introduzidas na decisão do Conselho [art. 3.º, n.º 6 e 7, do Regulamento (UE) n.º 407/2010].

O Governo português solicitou a 6 de abril de 2011 um pedido de assistência financeira à Comissão Europeia. A resposta chegaria dois dias depois, em declaração conjunta dos ministros do Eurogrupo e do Ecofin<sup>261</sup>, em que se instava a Comissão, o BCE e o FMI a negociar com as autoridades portuguesas um PAEF cujo cumprimento rigoroso condicionaria a obtenção de apoio financeiro através do MEEF<sup>262</sup>.

---

261 MEMO/11/227, declaração de 8 de abril de 2011, disponível em [europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-227\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-227_en.htm).

262 E também do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF). O FEEF foi criado a 7 de junho de 2010, no Luxemburgo, sob a forma de sociedade anónima de direito luxemburguês, com o propósito de, até 30 de junho de 2013, emitir dívida e garantir empréstimos e linhas de crédito a Estados-membros do Eurogrupo que apresentem dificuldades de financiamento. A intervenção do FEEF está dependente de pedido de assistência financeira dirigido por um Estado-membro da zona euro aos restantes Estados-membros da zona euro. Segue-se fase negocial, em que a Comissão, em ligação com o BCE e o FMI, está mandatada para negociar com o Estado requerente um “memorando de entendimento” constituído por um pacote de medidas orçamentais e de política económica a adotar pelo Estado beneficiário.

Seguiu-se processo negocial que culminou na apresentação, a 13 de maio de 2011, de um projeto de programa que integra o memorando remetido em anexo à “carta de intenções” enviada pelo Governo português e pelo Banco de Portugal para a Comissão Europeia, Eurogrupo e BCE<sup>263</sup>.

A 17 de maio de 2011, o Conselho aprovou a concessão de assistência financeira a Portugal através da Decisão de Execução n.º 344/2011, de 17 de junho de 2011<sup>264</sup>. No mesmo dia, foi assinado entre o governo português e a Comissão Europeia um memorando em que consta o PAEF e se especificam as condições do apoio financeiro da União previstas na decisão do Conselho (o Memorando)<sup>265,266</sup>. Na sequência das avaliações trimestrais realizadas pela Comissão com o apoio do BCE, o Conselho viria a rever sucessivamente as condições gerais de política económica que regiam a concessão do apoio financeiro a Portugal. Estas alterações determinaram as revisões do programa de ajustamento que foram posteriormente vertidas em novas versões do Memorando.

**III.** O Memorando deve ser qualificado como um ato não tipificado de direito da União. Com efeito, a sua entrada em vigor constitui condição necessária para a aplicação de decisão que executa o regulamento que criou o mecanismo que permitiu à UE prestar assistência financeira a Portugal (art. 1.º, n.º 4, da Decisão 2011/344/UE). Trata-se, para além do mais, de um ato com natureza vinculativa, na medida em que o seu cumprimento obriga o Conselho a libertar novas parcelas do empréstimo, podendo

---

263 O projeto de programa de ajustamento foi aprovado pelo Conselho de Ministros de 5 de maio de 2011 (Resolução n.º 8/2011, publicada na 2ª Série do Diário da República, n.º 95, de 17 de maio de 2011, p. 21164).

264 Por lapso foi atribuída a esta decisão a data de aprovação de 30 de maio, razão pela qual foi objeto de retificação no JO L 178, de 10 de julho de 2012, p. 15. Como o art. 5.º da Decisão n.º 344/2011 apresenta como destinatário a República Portuguesa, este ato produz efeitos mediante simples notificação, não relevando a publicação no *Jornal Oficial* (art. 297.º, n.º 2, 3º parágrafo, TFUE).

265 A celeridade observada na assinatura do Memorando decorre da circunstância de a disponibilização da primeira parcela do empréstimo estar subordinada à sua entrada em vigor e do acordo de empréstimo (art. 1.º, n.º 4, da Decisão n.º 344/2011, de 17 de maio). A urgência do momento provavelmente explica a razão pela qual a decisão do Conselho não aparece identificada no preâmbulo do Memorando.

266 Ainda a 17 de maio de 2011, em resposta a solicitação do Governo português constante da “carta de intenções” endereçada quatro dias antes ao presidente do Eurogrupo, os ministros das finanças do Eurogrupo decidiram emprestar 26 mil milhões de euros a Portugal através do FEEF. Como condição foi estabelecido que o contrato de empréstimo a celebrar com Portugal deveria especificar que os desembolsos das parcelas de financiamento ficariam sujeitos ao cumprimento das condições definidas no Memorando. Significa isto que não foi assinado pela Comissão memorando específico com o propósito de autorizar assistência financeira a Portugal através do FEEF.

decisão de recusa ser objeto de recurso de anulação nos termos do art. 263.º TFUE. Para o Estado português, a vinculatividade do Memorando decorre de a Recomendação do Conselho (COM) n.º 566/2012, de 2 de outubro, adotada no âmbito do procedimento por défice excessivo iniciado contra Portugal<sup>267</sup>, aludir à necessidade de cumprimento das medidas de consolidação orçamental nele previstas como forma a colocar termo, até ao final do PAEF (2014), à situação de défice excessivo. Isto significa que o incumprimento de tais medidas pode, determinar, em último grau, a imposição das sanções previstas no art. 126.º, n.º 11, TFUE<sup>268</sup>.

Mas mesmo que se entenda que o Memorando não tem natureza vinculativa, no caso “Grimaldi” o Tribunal de Justiça clarificou que atos de direito da União não vinculativos, como recomendações, podem ter efeitos jurídicos “quando se destinam a completar disposições (da União) com carácter vinculativo”<sup>269</sup>, que seriam neste caso o Regulamento (UE) n.º 407/2010 e a Decisão de Execução n.º 344/2011/EU.

Uma vez que reproduzem o Memorando, as medidas de austeridade incluídas na Lei do Orçamento de Estado para 2012 a que se referiam as questões prejudiciais suscitadas nos processos “Fidelidade Mundial” e “Via Directa” aplicam o direito da União no sentido referido pelo art. 51.º da Carta. Esta conclusão parece pacífica, especialmente após a decisão do Tribunal de Justiça no caso “Fransson” ter clarificado que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem ser respeitados sempre que normas nacionais “se enquadra(m) no âmbito de aplicação do direito da União” e não apenas quando “aplicam o direito da União”, não sendo necessário que tenham sido adotadas para transpor norma da União. De acordo com o Tribunal de Justiça, “não podem existir situações que estejam abrangidas pelo direito da União em que (...) direitos fundamentais (previstos na Carta) não sejam aplicados. A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta”<sup>270</sup>.

A competência do Tribunal de Justiça para responder às questões prejudiciais colocadas nos processos “Fidelidade Mundial” e “Via Directa”

---

267 Disponível em [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/sgp/pdf/30\\_edps/126-07\\_council/2012-10-09\\_pt\\_126-7\\_council\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/30_edps/126-07_council/2012-10-09_pt_126-7_council_en.pdf).

268 Parece ser assim de afastar a qualificação do Memorando como *soft law*, como o fazem Filipa Lemos Caldas e Tomás Arantes e Oliveira, “A vinculatividade do Memorando de Entendimento da Troika – Em especial, a disciplina orçamental”, Eduardo Paz Ferreira (coord.), Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos, Edições 70, 2013, pp. 179 a 181 e 188, considerando que não tem associado mecanismos punitivos.

269 Acórdão de 13 de dezembro de 1989, “Grimaldi”, 322/88, EU:C:1989:646, n.º 18.

270 “Fransson”, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, n.º 21.



poderia ainda ter-se baseado no facto de o Memorando ter sido assinado pela Comissão, que para além do mais participou, a par do BCE, na sua negociação e controlou a respetiva implementação. Em causa estava “um ato de uma instituição (da União)” para efeitos de reenvio prejudicial nos termos do art. 267.º (1) TFUE abrangido pelo âmbito de aplicação da primeira parte do art. 51.º da Carta, onde se refere que as disposições da Carta “têm por destinatário as instituições e órgãos da União”, não se limitando assim a sua aplicação aos casos em que as instituições “aplicam o direito da União”<sup>271</sup>.

Ao rejeitar conhecer os reenvios prejudiciais submetidos pelos tribunais portugueses, o Tribunal de Justiça demitiu-se da sua função de fiscalização das instituições. A sua intervenção era tanto mais indispensável quanto se sabe que os juízes portugueses não tinham competência para rejeitar a aplicação do Memorando com fundamento na sua invalidade. No acórdão “Foto-Frost”, o Tribunal de Justiça assumiu o papel de uma jurisdição constitucional no quadro de um sistema de controlo da constitucionalidade concentrado, ao assumir competência exclusiva para declarar que um ato de direito da União é inválido. Os tribunais nacionais podem apenas pronunciar-se pela validade de um ato de direito da União, não tendo competência para declarar tal ato inválido<sup>272</sup>.

**IV. O Memorando esteve na origem de reduções de despesas públicas com a saúde e educação, cortes em prestações sociais, pensões e salários do setor público**<sup>273</sup>. Por esta razão, foi justamente qualificado como sendo “a mais importante fonte de normas sociais da história da UE”<sup>274</sup>. Nos processos “Fidelidade Mundial” e “Via Directa” discutia-se a compatibilidade de reduções salariais no setor público com o art. 31.º, n.º 1, da Carta, onde se reconhece o direito dos trabalhadores “a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas”. Mas outras medidas legislativas adotadas para concretizar o Memorando poderiam também ter sido também questionadas à luz da chamada constituição social da UE, da

---

271 Claire Kilpatrick, “Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because They Are Not EU Law”, *European Constitutional Law Review*, 10, 3, 2014, p. 405.

272 Acórdão de 22 de outubro de 1987, “Foto-frost”, 314/85, EU:C:1987:453, n.º 20, e acórdão de 10 de janeiro de 2006, “IATA”, C-344/04, EU:C:2006:10, n.º 27.

273 A versão original do Memorando de maio de 2011 previa reduções das pensões acima de 1500€ que permitissem uma redução de despesa de 445€ milhões (1.11) e “poupanças” de 195€ milhões na educação (1.8) e de 550€ milhões na saúde (1.10)

274 Claire Kilpatrick, “Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because They Are Not EU Law”, *cit*, 10, 3, 2014, p. 393.



qual fazem parte várias disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Carta Social Europeia, de 1961.

A apreciação da validade do Memorando obrigaria ainda os juízes do Luxemburgo a pronunciarem-se sobre a sua conformidade com princípios fundamentais de uma “comunidade de direito”<sup>275</sup>. Mais de dez milhões de pessoas foram afetadas por um documento jurídico que nunca tiveram hipótese de ler na sua língua materna através de uma fonte oficial.

O Memorando não consta do *Repertório da Legislação da União em Vigor do Jornal Oficial da União Europeia* (Série L), onde se publicam todo o tipo de atos considerados importantes pelas instituições<sup>276</sup>, pelo que é insuscetível de produzir efeitos jurídicos<sup>277</sup>.

A publicação do Memorando teria ainda a vantagem de evitar o problema causado pela decisão de adoção do inglês como o idioma da sua “versão original e oficial”<sup>278</sup>. Em causa está a violação do princípio da diversidade linguística da União, que constitui corolário do artigo 4.º, n.º 2, do TUE, por força do qual “a União respeitará as identidades nacionais dos Estados-membros”, e encontra respaldo no art. 4.º do Regulamento n.º 1/1958, de 14 de abril, onde se estabelece o português como uma das 24 línguas oficiais utilizadas pelas instituições da União. Uma vez que o Memorando regulamenta decisão do Conselho que tem como destinatária a República Portuguesa (art. 5.º da Decisão n.º 344/2011), é inadmissível que não tenha sido assinada pela Comissão uma versão oficial em português<sup>279</sup>.

---

275 No acórdão “Les Verts”, o Tribunal de Justiça caracterizou a então Comunidade Económica Europeia como uma “comunidade de direito”, “na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos com a carta constitucional que é o Tratado” (acórdão de 23 de abril de 1986, “Les Verts”, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, n.º 23).

276 As várias versões do Memorando estão publicadas em anexo ao periódico *European Economy. Occasional Papers*, editado em papel pela Direção-Geral para os Assuntos Económicos e Financeiros da Comissão Europeia, encontrando-se igualmente disponíveis na internet em [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2011/op79\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/op79_en.htm).

277 O art. 297.º do TFUE exige a publicação como condição para a produção de efeitos jurídicos de atos legislativos ou não legislativos de direito da União, excetuando apenas o caso das diretivas e as decisões que indiquem destinatário, as quais produzem efeitos com a notificação ao respetivo destinatário.

278 É esta a expressão utilizada na tradução feita pelo Governo português, onde igualmente se adverte que “em caso de divergência entre a versão inglesa e a portuguesa, prevalece a versão inglesa”. A tradução da versão original do memorando e da maioria das subseqüentes revisões estão disponíveis em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/primeiro-ministro/secretarios-de-estado/secretario-de-estado-adjunto-do-primeiro-ministro/documentos-oficiais/memorandos.aspx>.

279 A ausência de tradução oficial para português dos memorandos configura ainda, segundo Jorge Miranda, “Sobre o memorando de entendimento entre Portugal e a “Troika””, Eduardo Paz Ferreira (coord.), *Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos*, Edições 70, 2013, pp. 315 e 316, uma violação do art. 11.º, n.º 3, da Constituição, onde se estabelece o português como língua oficial do Estado.

#### 4. Considerações finais

À semelhança do FMI, que sempre negou a paternidade dos memorandos elaborados no âmbito dos seus programas de assistência financeira<sup>280</sup>, as instituições da União qualificaram o Memorando como um ato de direito interno<sup>281</sup>, o que pode explicar a ausência de publicação oficial em português no *Jornal Oficial*. No entanto, uma vez que regulamenta uma decisão de execução do Conselho que autoriza a assistência financeira da UE e concretiza obrigações do Estado português no âmbito do procedimento por défice excessivo, o Memorando é um ato atípico de direito da União. Trata-se, para além do mais, de um ato justificável, pois a UE é uma “comunidade de direito”, em que todos os atos das instituições podem ser objeto de fiscalização à luz da sua compatibilidade com os Tratados, os princípios gerais de direito e os direitos fundamentais<sup>282</sup>.

Ao seguir nos despachos “Fidelidade Mundial” e “Via Direta” os fundamentos adotados no processo “Sindicato dos Bancários do Norte”, o Tribunal de Justiça permitiu que a austeridade imposta pela UE a Portugal num contexto de emergência económica e financeira ficasse imune a qualquer espécie de controlo jurisdicional. Os juízes do Luxemburgo poderiam ter assumido competência jurisdicional para exercer esse controlo com base numa pesquisa genealógica relativamente simples das medidas de austeridade incluídas na Lei do Orçamento de Estado para 2012, as quais reproduzem a segunda atualização do Memorando assinado

280 Francisco Pereira Coutinho, “A natureza jurídica dos memorandos da ‘Troika’”, *Themis*, 24/25, 2013, p. 160.

281 No “Relatório sobre a investigação sobre o papel e as operações da *Troika* (BCE, Comissão e FMI) relativamente aos países sob programa da área do euro” (2013/2277(INI), disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0149+0+DOC+XML+V0//PT>, a Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários do Parlamento Europeu, “lament(ou) que os programas (de ajustamento) não estejam subordinados à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à Carta Social Europeia devido ao facto de não se basearem no direito primário da União”. Em sentido próximo, nas respostas ao questionário que serviu de base ao relatório do Parlamento Europeu, BCE e Comissão afastaram a vinculatividade do Memorando, ao declararem caber aos Estados-membros “a decisão final sobre as medidas a adotar” no âmbito do programa de ajustamento (v. resposta do BCE, p. 5, disponível em [https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/f13d8652-15b7-4945-beb7-ce52a447c7d7/att\\_20140114ATT77317-4182200006287211655.pdf](https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/f13d8652-15b7-4945-beb7-ce52a447c7d7/att_20140114ATT77317-4182200006287211655.pdf)) e a consequente “obrigação de garantir o respeito pelos direitos fundamentais” (v. resposta da Comissão à questão 5, p. 5, disponível em [https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/db6df1cd-bcdf-437f-aa6e-4f1aaa16f371/att\\_20140114ATT77315-2012338784114975647.pdf](https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/db6df1cd-bcdf-437f-aa6e-4f1aaa16f371/att_20140114ATT77315-2012338784114975647.pdf)). Sobre o tema, v. Claire Kilpatrick, “Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge because They Are Not EU Law”, cit., pp. 394 a 396.

282 Acórdão de 18 de julho de 2013, “Kadi”, C-584/10 P, C-593-10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, n.º 66, acórdão de 3 de outubro de 2013, “Inuit”, C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 91, acórdão de 19 de dezembro de 2013, “Telefónica”, C-274/12 P, EU:C:2013:852, n.º 56, ou acórdão de 6 de outubro de 2015, “Schrems”, C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 60.

em maio de 2011 entre a Comissão e o Estado português. Apenas assim sinalizariam às instituições europeias envolvidas em resgates financeiros a Estados-membros o dever que estas têm de respeitar, em qualquer circunstância, o direito da União.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)**  
**de 6 de fevereiro de 2014**

**(C-509/12)**

- Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal Central Administrativo Norte.
- Partes:** Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (“IPTM”) c. Navileme - Consultadoria Náutica, Lda (“Navileme”) e a Nautizende - Consultadoria Náutica, Lda
- Objeto:** interpretação dos artigos 52.º e 56.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.
- Dispositivo:** os artigos 52.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-membro, como a que está em causa no processo principal, que impõe o requisito de residência no território nacional aos cidadãos da União Europeia que pretendam obter uma carta de navegador de recreio emitida por esse Estado-membro.

**ii. Anotação ao acórdão C-509/12 do TJUE (IPTM) relativo à proibição de discriminação com base na residência no âmbito da regulação sobre a livre prestação de serviços**

Martinho Lucas Pires

**I. Dos factos**

A Navileme - Consultadoria Náutica, Lda (“Navileme”), e a Nautizende - Consultadoria Náutica, Lda (“Nautizende”), são duas sociedades comerciais portuguesas que se dedicam à exploração das atividades de formação e ensino de navegação náutica. Mais concretamente, a actividade das duas sociedades consiste na oferta de cursos de preparação para o exame de carta de navegador de recreio. Em Portugal, a emissão desta carta — bem como a organização dos exames conducentes à sua obtenção — é um acto da competência do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos (“IPTM”). Essa competência encontra-se estabelecida no Regulamento da Náutica de Recreio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 124/2004, de 25 de maio (“RNR”).

Dispõe igualmente o RNR, no seu artigo 29.º, n.º1, que “as cartas de navegador (...) são emitidas pelo IPTM a quem possua residência em território nacional e apresente documento comprovativo de ter obtido aproveitamento em curso frequentado para o efeito”. O regulamento estabelece assim dois critérios para obtenção da carta: realização de curso de preparação para o exame e residência do aluno em território português. Este segundo critério é uma novidade do RNR, sendo que anteriormente a 2014 não se fazia menção à residência como critério a apresentar pelo candidato à realização do exame para a carta de navegador em Portugal.

É precisamente esta novidade que está na base do litígio em apreço. Segundo as duas escolas, o IPTM passou a recusar, a partir de dezembro de 2014, a admissão a exame de todos os candidatos que, apesar de terem realizado os cursos oferecidos pelas duas entidades formadoras, não residiam em território Português. Esta recusa por parte do IPTM teve um impacto negativo na atividade comercial das escolas, visto que muitos estudantes inscritos nos seus cursos não residiam em Portugal. Assim sendo, as escolas colocaram um processo no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (“TAFP”) contra o IPTM, requerendo a condenação do Instituto no pagamento de uma indemnização e a admitir a exame os alunos das escolas que não residissem em Portugal. Alegaram para tanto

que a norma do RNR restringe de forma ilícita a liberdade de prestação de serviços no espaço territorial da União Europeia, tal como estabelecido nos Tratados europeus.

Após o TAFP ter dado razão às escolas, julgando os seus pedidos procedentes, o IPTM recorreu para o Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN). Face às alegações em consideração no caso, o TCAN decidiu suspender a instância e colocar a seguinte questão prejudicial ao TJUE: devem as disposições do direito da União Europeia referentes à livre prestação de serviços ser interpretadas no sentido de impedir a aplicação de uma norma de direito nacional que estabelece o requisito de residência em Portugal como critério para a emissão de carta de navegador de recreio<sup>283</sup>?

## II. Os argumentos em disputa

A questão apresentada *supra* refere-se ao facto de o RNR estabelecer um critério de residência em território português como factor necessário para um candidato à obtenção da carta de navegador de recreio poder realizar o exame.

Importa, assim, averiguar se tal norma viola o disposto no artigo 56.º TFUE, que regula a liberdade de prestação de serviços nos termos do Título IV, Capítulo 3 do mesmo Tratado. Segundo o estabelecido neste artigo, são proibidas as restrições à livre prestação de serviços assentes na discriminação entre nacionais de Estados-membros que estejam estabelecidos noutro Estado-membro que não o do destinatário da prestação. No caso em apreço temos duas escolas náuticas, com sede social em Portugal, que prestam serviços de formação e preparação de exames náuticos a vários sujeitos, independentemente da área de residência dos mesmos ser em Portugal ou noutro Estado-membro da

---

283 O pedido original elaborado pelo TACN foi o seguinte: “O Direito da UE, face ao princípio da proibição da discriminação entre cidadãos nacionais de um Estado-Membro e cidadãos nacionais de outro Estado-membro (atual artigo 18.º TFUE e ex-artigo 12.º TCE), face à liberdade de circulação de pessoas na UE e suas exceções (atual artigo 45.º, n.º 3, TFUE e ex-artigo 39.º TCE) e face à liberdade de prestação de serviços e suas possíveis restrições (atual artigo 52.º TFUE e ex-artigo 46.º TCE, *ex vi* do artigo 62.º TFUE e ex-artigo 55.º TCE), deve ser interpretado no sentido de que se opõe a [uma] disposição de direito nacional que exija residência no respetivo território para ser emitida carta de navegador de recreio?” (Acórdão *IPTM*..., p. 8). O TJUE resumiu a questão da seguinte forma: “Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 52.º TFUE e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um Estado-membro, como a que está em causa no processo principal, que impõe o requisito de residência no território nacional aos cidadãos da União Europeia que pretendam obter uma carta de navegador de recreio emitida por esse Estado-membro.” (Acórdão *IPTM*..., p. 9).

UE. Apesar de o critério discriminatório da norma ser o da residência, o RNR acaba por ter o mesmo efeito que o critério da nacionalidade. Isto porque se parte do princípio de que, em geral, um não-residente destinatário de serviços tenderá a ser um cidadão nacional de um Estado-membro que não o Português. Deste modo, existe a possibilidade de só cidadãos estrangeiros serem afectados por esta norma (e assim verificar-se, indirectamente, uma discriminação com base na nacionalidade)<sup>284</sup>. Assim sendo, ao estabelecer uma diferenciação entre cidadãos com base na sua residência, a lei portuguesa, segundo as escolas, está a restringir a sua livre prestação de serviços de forma discriminatória.

Nas observações apresentadas no processo, o Governo português não refuta que existe uma restrição que discrimina com base na residência dos candidatos. No entanto, alega que é necessário considerar o disposto no artigo 52.º TFUE (aplicável a situações de livre prestação de serviços por remissão do artigo 62.º do mesmo Tratado). Dispõe esta norma de que é admissível, no âmbito da liberdade fundamental de prestação de serviços no mercado único europeu, estabelecer regimes normativos “especiais” para estrangeiros, desde que estes sejam fundados e justificados por razões de ordem, saúde e segurança pública. O Governo argumenta que no caso em apreço está em causa a defesa de um interesse de ordem pública, que é o da segurança marítima. Para poder atingir o objectivo de manter um elevado nível de segurança no mar é necessário, de acordo com o Governo, “assegurar o controlo efetivo dos titulares das cartas de navegador”, o que só é possível se o critério de residência for um requisito para obtenção da carta<sup>285</sup>.

O Governo português acrescenta ainda um segundo argumento em defesa da legislação nacional. A imposição de critérios de residência para a obtenção de cartas de condução de veículos não é proibida, segundo o direito da União Europeia, no âmbito do transporte rodoviário. O Governo invoca assim o facto da legislação europeia, mais concretamente o artigo 7.º, n.º 1, al. b), da Diretiva 91/439/CEE do Conselho, de 29 de julho de 1991, só autorizar a emissão de carta de condução de veículos automóveis a sujeitos que residam habitualmente no território do Estado-membro onde estão a requerer a dita carta. Neste sentido, se é permitido

---

284 É este igualmente o entendimento do TJUE (Acórdão 33/74 *Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299, p. 25-26). V. Paul Craig e Grainne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5ª Edição, Oxford University Press, 2011, p. 791.

285 De acordo com o Governo, o “requisito de residência (...) é essencial para este efeito” (Acórdão *IPTM*..., p. 19).

à lei nacional estabelecer uma discriminação em favor da residência relativamente à obtenção de carta de transporte rodoviário, entende o Governo que deveria ser igualmente permitido que uma lei nacional estabelecesse uma discriminação de âmbito semelhante relativamente à obtenção de carta de transporte náutico.

### III. A decisão do TJUE

O TJUE começou por afirmar, no seguimento da sua jurisprudência definida no acórdão *Ciola*<sup>286</sup>, que o âmbito do direito à livre prestação de serviços tem duas vertentes. Por um lado, o direito à livre prestação de serviços consiste no direito dos prestadores oferecerem *sem restrições* os seus serviços a cidadãos de outros Estados-membros que não se encontrem no seu território. Por outro lado, o direito à livre prestação de serviços consiste no direito dos destinatários dos serviços se deslocarem, igualmente *sem restrições*, a outro Estado-membro para poderem receber os serviços prestados<sup>287</sup>. O TJUE afirma ainda que esta proibição funciona nos casos em que as restrições estabelecidas pela norma nacional sejam fundadas quer com base na nacionalidade quer com base na residência.

Olhando para a situação concreta no caso em apreço, o TJEU verifica que o RNR afecta alguns destinatários dos serviços das escolas náuticas que são partes no processo. Por não lhes ser permitido receber a carta de navegação em Portugal, os sujeitos que não sejam residentes vêm o seu direito enquanto destinatários de serviços, no âmbito do artigo 56.º TFUE, limitado. E como estes destinatários que não são residentes em Portugal irão, provavelmente, prescindir dos serviços das escolas, o RNR afecta igualmente a liberdade de prestação de serviços das mesmas. Assim, o TJUE não tem dúvidas em afirmar que a norma nacional em causa — artigo 29.º n.º 1 do RNR — “viola a proibição, prevista no artigo 56.º n.º 1 TFUE, de qualquer restrição à livre prestação de serviços”<sup>288</sup>.

O TJUE responde em seguida aos dois argumentos apresentados pelo Governo Português, relativamente à possibilidade de estabelecer restrições à liberdade de prestação de serviços por motivos de ordem

---

286 Acórdão C-224/97 *Ciola v. Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517, p. 11.

287 A liberdade de prestar e a liberdade de receber estão incluídos na jurisprudência do Tribunal desde o acórdão sobre os casos 286/82 e 26/83 *Luisi e Carbone v. Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377, p. 16

288 Acórdão *IPTM*..., p. 13.



pública e ao facto do direito derivado da União Europeia prever a imposição de critérios de residência para emissão de cartas de condução de transportes automóveis.

Quanto ao primeiro argumento, o TJUE considera que é necessário (e de acordo com a sua jurisprudência anterior sobre o assunto<sup>289</sup>) que exista uma “ameaça real e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade”, de modo a poder justificar-se uma restrição com base em argumentos de ordem pública. O Governo português, segundo o TJUE, não apresenta qualquer argumento neste sentido. O TJUE acrescenta ainda que o requisito da residência não tem qualquer ligação com a formação oferecida pelas escolas náuticas e com a capacidade de navegação dos alunos. Assim sendo, não é um critério que sirva para alcançar um objectivo de garantia da segurança marítima<sup>290</sup>. Quanto ao segundo argumento, o TJUE considera que o mesmo é “irrelevante”, pois nesse caso, ao contrário do litígio em apreço, estamos perante uma situação em que já existiu uma harmonização dos direitos nacionais de acordo com o direito da União, sendo que a competência de cada Estado-membro relativamente à concessão de carta de condução europeia já se encontra determinado<sup>291</sup>.

Desta forma, o TJUE respondeu afirmativamente à pergunta que o TACN lhe colocou. Os artigos 52.º e 56.º TFUE proíbem a existência de um critério de residência em território nacional para a obtenção da carta de navegador de recreio, pelo que a norma nacional contrária ao direito europeu deve ser afastada.

#### **IV. Comentário crítico à decisão**

As liberdades fundamentais europeias a saber: livre circulação de bens e de mercadorias, livre circulação de pessoas, livre circulação de capitais, liberdade de estabelecimento, e livre prestação de serviços — têm como objetivo geral a redução e remoção de obstáculos normativos ao comércio entre Estados-membros. Ou seja, são normas com uma natureza programática, cuja aplicação serviu para estabelecer, num primeiro momento, o mercado interno, e posteriormente o mercado

---

289 Acórdão C-546-07 *Comissão v. Alemanha* [2010].

290 Acórdão *IPTM...*, p. 20 e 21.

291 Acórdão *IPTM...*, p. 22.

único europeu. Uma secção importante da doutrina constitucional europeia entende que foi a definição do alcance normativo de aplicação destas liberdades pelo TJUE que esteve na origem do estabelecimento e desenvolvimento da “singular” ordem jurídica da UE<sup>292</sup>.

Ora, a regulação do âmbito de aplicação da liberdade de prestação de serviços tem sido uma das questões mais controversas neste âmbito, devido à natureza específica e complexa da atividade de prestação de serviços. Normalmente, estas atividades são alvo de regulações nacionais muito específicas, com propósitos variáveis consoante a cultura social e económica do Estado-membro em questão, e que apesar de dificultarem o comércio entre Estados na UE, não são discriminatórias em si mesmas. É esta dificuldade de equilíbrio normativo entre, por um lado, o objetivo de criação e desenvolvimento de um mercado europeu e, por outro, o objectivo de respeitar a autonomia e as características específicas da regulação de cada Estado-membro que complica a criação de um quadro metodológico coerente e sistemático na aplicação dos artigos 56.º e 57.º pelo TJUE<sup>293</sup>.

O caso em apreço nesta anotação representa uma situação clássica de um problema sobre esta liberdade. Está em causa a prestação de um serviço (neste caso, formação técnica com vista à realização de exame para atribuição de licença de navegação de navios) de formação, que é remunerado<sup>294</sup>. O elemento “europeu” ou transfronteiriço é o facto de existirem cidadãos que não são residentes no território português, onde as escolas náuticas se encontram, que se deslocam a estes estabelecimentos de formação para daí beneficiarem dos respetivos serviços. Não se pode aqui falar de uma liberdade de estabelecimento, pois os critérios da mesma não se encontram preenchidos. De acordo com os factos, as duas sociedades de formação náutica encontram-se constituídas em Portugal e não prestam serviços de forma permanente e

---

292 Por todos, sobre esta análise, ver Joseph H. H. Weiler, “The Transformation of Europe”, *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays in European Integration*, Cambridge University Press, 1999, pp. 10-101, e Miguel Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1997.

293 Para uma discussão do assunto, ver Damien Chalmers, Gareth Davies e Giorgio Monti, *European Union Law*, 2.ª Edição, Cambridge University Press, 2010, pp. 785-786.

294 A natureza comercial do serviço em si (independentemente da natureza da entidade que o presta) é um elemento essencial para se estar perante um caso de aplicação dos artigos 56º e 57º TFUE (Acórdão 263/86 *Humbel v. Belgium* [1988], ECR 5365, p. 17).

sólida noutro Estado-membro, ao ponto de estarem aí “estabelecidas”<sup>295</sup>.

Dada a clareza do caso, é natural que o TJUE não perca tempo na sua colocação dentro do quadro da liberdade de prestação de serviços, e que passe directamente a analisar a questão jurídica que lhe foi colocada. É igualmente pacífica a consideração por parte do TJUE relativa à existência de uma restrição a esta liberdade. De facto, a norma em causa, o artigo 29.º, n.º 1, do RNR, vem afetar não só a liberdade “activa” das sociedades de formação de prestarem de serviços a cidadãos que não sejam residentes em Portugal, mas também a liberdade “negativa” desses mesmos cidadãos em receber os serviços das escolas.

As justificações apresentadas pelo Governo português em defesa do critério de residência para obtenção de carta marítima merecem-nos duas considerações. A primeira é relativa à invocação do artigo 52.º TFUE. O Governo, em vez de seguir a jurisprudência do TJUE começada no acórdão *Gebhard* relativa às possíveis justificações a restrições à livre prestação de serviços, opta por seguir directamente para a via do artigo 52.º relativa às exceções de ordem pública. cremos que ambas as opções teriam, do ponto de vista prático, a mesma consequência. Segundo o acórdão *Gebhard*, uma restrição pode ser justificada desde que (um) seja igualmente aplicável a cidadãos nacionais e estrangeiros, (dois) prossiga um objectivo de interesse público, e (três) seja proporcional à prossecução desse objectivo<sup>296</sup>. Ora, quanto ao primeiro ponto, vimos *supra* que um critério de residência é considerado em geral como sendo um critério discriminatório<sup>297</sup>. Para além disso, relativamente ao terceiro ponto, o TJUE afirma no acórdão em apreço que, apesar da prossecução do objectivo da segurança marítima ser legítimo, existem medidas menos restritivas para o atingir que não passam pela criação de um critério de residência<sup>298</sup>. Portanto, segundo o teste do acórdão *Gebhard* não seria possível justificar a restrição do RNR.

Quanto ao argumento de ordem pública, tem razão o TJUE ao considerar que não existe uma ameaça séria e real à segurança marítima que justifique a existência de um critério de residência para a obtenção

---

295 Acórdão 2/74 *Reyners v. Belgium* [1974] ECR 631, e Damien Chalmers, Gareth Davies e Giorgio Monti, *European Union Law*..., pp. 787-788.

296 Acórdão C-55/94 *Gebhard v. Consiglio Dell'ordine Degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, p. 37.

297 De notar que o TJUE admite a criação de requisitos de residência na regulação de prestações de serviços, desde que estes não sejam excessivamente restritivos da liberdade de prestação (Acórdão *Van Binsbergen*..., pp. 12-14).

298 Acórdão *IPTM* ..., p. 23

da carta de navegador de recreio. A razão para justificar tal situação por motivos de ordem pública teria de ser mais desenvolvida.

A segunda consideração prende-se com a situação face às cartas de condução. O TJUE considerou o argumento do Governo português relativo à existência do critério de residência para obtenção de carta de condução europeia como sendo “irrelevante” para o processo em causa. A razão de ser desta consideração tem que ver com o facto do TJUE, tal como Chalmers, Monti e Davies explicam, não ser o principal regulador sobre livre prestação de serviços, mas antes um “supervisor” da legislação nacional nesse âmbito<sup>299</sup>. Esta supervisão deve verificar a existência de alguma incongruência entre os requisitos nacionais e os requisitos europeus. Ora, no caso da carta de condução, existe já um acordo normativo entre a UE e os Estados-membros. Ou seja, o balanço entre os interesses nacionais e europeus que está no centro da aplicação das regras sobre liberdade de circulação de serviços está já celebrado num instrumento de cooperação legislativa que é uma diretiva<sup>300</sup>. Não existindo tal acordo no caso das cartas de navegação de recreio, torna-se necessária a intervenção do TJUE para estabelecer um equilíbrio.

É verdade que faz alguma confusão que as regras para a obtenção de carta de condução europeia estejam harmonizadas no sentido de estabelecer um critério de residência, enquanto que as regras relativas para a carta de navegação não estejam. No entanto, cabe ao TJUE, na ausência de medidas europeias relativamente a este segundo assunto, somente aferir da compatibilidade da norma nacional com os tratados. A criação de um quadro regulador uniforme entre Estados-membros é tarefa para a legislação europeia e para o processo político inerente à mesma. Não existindo harmonização e havendo discriminação com base na residência (como é o caso) então os artigos 56.º e 57.º aplicam-se directamente à situação em apreço<sup>301</sup>.

Concluindo, o acórdão *IPTM* é um exemplo clássico e claro das questões patentes na regulação de serviços na UE. Na falta de harmonização normativa, é necessário verificar se a lei nacional restringe de tal forma a liberdade de prestação de serviços tal como definida no âmbito dos artigos 56.º e 57.º da UE. Caso assim aconteça, e não sendo possível justificar a decisão quer pela jurisprudência *Gebhard*, quer pelas exceções de ordem

299 Damien Chalmers, Gareth Davies e Giorgio Monti, *European Union Law...*, p. 786.

300 Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2.ª Edição, Oxford University Press, 2005, p. 5.

301 Acórdão *Van Binsbergen...*, p. 25-26.

pública estabelecidas no artigo 52.º TFUE, deve a norma nacional ser afastada no ordenamento interno. Tal foi o caso nesta decisão do TJUE.

**Despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção)**  
**de 10 de abril de 2014**

**(C-511/12)**

**Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal Central Administrativo Norte.

**Partes:** Joaquim Fernando Macedo Maia, António Pereira Teixeira, António Joaquim Moreira David, Joaquim Albino Moreira David, José Manuel Teixeira Gonçalves c. Fundo de Garantia Salarial IP

**Objeto:** interpretação das disposições da Diretiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, conforme alterada pela Diretiva 2002/74/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002.

**Dispositivo:** a Diretiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, conforme alterada pela Diretiva 2002/74/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador, mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período, uma ação judicial contra o seu empregador com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva.

### **iii. Da relevância da data de propositura da ação de insolvência do empregador para a tutela dos créditos salariais por parte do Fundo de Garantia Salarial**

(Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção), 10 de abril de 2014, “Joaquim Fernando Macedo Maia, António Pereira Teixeira, António Joaquim Moreira David, Joaquim Albino Moreira David, José Manuel Teixeira Gonçalves contra Fundo de Garantia Salarial IP,” no processo C-511/12)

João Zenha Martins

## **1. Os factos e a questão prejudicial**

O Despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção) analisa, no essencial, a questão de saber se a **Diretiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980<sup>302</sup>**, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador, mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período de seis meses, uma ação judicial contra o seu empregador, com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva.

O caso surge na sequência de um despedimento sem justa causa de trabalhadores que, tendo laborado para o empregador entre 1993 e 1998, viram o seu contrato de trabalho cessado em 14 de novembro de 2003, e que, logo em 26 de janeiro de 2004, intentaram as respetivas ações judiciais no tribunal com vista à fixação do valor dos seus créditos salariais. Julgados procedentes os seus pedidos em maio de 2004, e após a verificação de que não existiam bens suscetíveis de penhora e de que o empregador havia encerrado a sua actividade, os trabalhadores requereram judicialmente em 7 de março de 2007 a declaração de insolvência do empregador, obtendo essa declaração do tribunal em 26 de setembro de 2007.

Avançando, em 17 de abril de 2008, com um pedido ao Fundo de

---

302 Entretanto alterada pela Diretiva n.º 2008/94/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro.

Garantia Salarial (FGS) destinado à satisfação dos direitos salariais que detinham sobre o seu antigo empregador, a sua pretensão foi indeferida com o fundamento de que os créditos requeridos não se encontravam abrangidos pelo período de referência previsto no n.º 1 do artigo 319.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de julho de 2004, ou seja, os seis meses que antecederam a data da propositura da ação de insolvência do empregador.

As reclamações dos recorrentes no processo principal foram indeferidas, tendo a ação judicial por estes intentada contra as decisões de indeferimento sido igualmente julgada improcedente. Mas, na sequência de recurso interposto pelos recorrentes no processo principal do acórdão que julgou a ação improcedente, o Tribunal Central Administrativo Norte lavrou o juízo de que esta decisão trata de forma desigual os trabalhadores que optam por recorrer previamente à execução da decisão judicial que condena o empregador a pagar os seus créditos salariais e os trabalhadores que, mesmo sem terem verdadeiro conhecimento da situação patrimonial da empresa, optam por pedir a insolvência desta. No entendimento do órgão jurisdicional nacional o facto de o FGS apenas assegurar o pagamento dos créditos emergentes de contratos de trabalho vencidos nos seis meses que antecederam a data da propositura da ação de insolvência – contexto em que só se releva a data do vencimento dos créditos laborais e não a do trânsito em julgado da sentença proferida na ação intentada com vista ao seu reconhecimento judicial - introduz, sem adequado suporte material, uma diferenciação face aos mecanismos de tutela salarial que assistem a quem se apresta a pedir a insolvência do empregador.

A questão prejudicial, implicativa da suspensão da instância, que o Tribunal colocou ao Tribunal de Justiça foi, pois, a de saber se “o Direito da União, neste concreto âmbito de garantia dos créditos salariais em caso de insolvência do empregador, em especial os artigos 4.º e 10.º da Diretiva [80/987], deve ser interpretado no sentido de que se opõe a [uma] disposição do direito nacional que garanta apenas os créditos que se vencerem nos seis meses antes da propositura da ação de insolvência do seu empregador mesmo quando os trabalhadores hajam acionado no [tribunal de trabalho] aquele seu empregador com vista à fixação judicial do valor em dívida e à cobrança coerciva dessas mesmas quantias?”

Em substância, o problema acomoda-se à *ratio* subjacente à criação do FGS, operada pelo Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de junho, que surgiu como um Fundo que, em caso de incumprimento pela entidade empregadora, assegurava aos trabalhadores o pagamento de créditos emergentes do contrato de trabalho e cuja génese, por impulso da Diretiva



80/987/CEE, remonta ao Decreto-Lei n.º 50/85, de 27 de fevereiro, que instituiu um sistema de garantia salarial com o objetivo de garantir aos trabalhadores o pagamento das retribuições devidas e não pagas pelo empregador declarada extinto, falido ou insolvente.

Saber em que condições procedimentais e qual o momento relevante para a satisfação dos créditos dos trabalhadores é a dificuldade que se suscita quanto à insuficiência nacional *per relationem* com o regime tutelar da Diretiva 80/987/CEE, originariamente envolta pela Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, que, tendo sido adotada em 9 de dezembro de 1989, estabelece no ponto 7 que a concretização do mercado interno deve conduzir a uma melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores na Comunidade Europeia e que esta melhoria deve implicar, nos casos em que tal for necessário, o desenvolvimento de certos aspectos da regulamentação do trabalho, designadamente os relacionados com os processos de insolvência, visando-se, embora não assumidamente, proteger os Estados de efeitos de práticas de *dumping social* <sup>303</sup>.

## 2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

O sentido decisório do TJ subjacente à análise da questão *sub specie iuris*, que se condensa no juízo de compatibilidade com o Direito da União de uma disposição do Direito nacional que garanta apenas os créditos que se vencerem nos seis meses antes da propositura da ação de insolvência, não é novo.

Embora recordando que a Diretiva 80/987 visa assegurar a todos os trabalhadores assalariados um mínimo de proteção ao nível da União Europeia em caso de insolvência do empregador através do pagamento dos créditos em dívida resultantes de contratos ou de relações de trabalho e que sejam respeitantes à remuneração de um determinado período – neste sentido, o § 35 do acórdão *Barsotti* (2004)<sup>304</sup> e o § 27 do acórdão *Visciano* (2009)<sup>305</sup> –, o TJ já havia salientado, nos §§ 39 e 41 do acórdão *Mustafa* (2013)<sup>306</sup>, que, em conformidade com o artigo 3.º da Diretiva 80/987, os

---

303 Nestes termos, cfr. Domenico Garofalo, “Insolvenza dell’Impresa e Tutela Previdenziale del Reddito” in Michel Martone, *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. IV (dir. Mattia Persinani/Franco Carinci), Cedam, 2012, p. 2399.

304 C-19/01, C-50/01 e C-84/01, EU:C:2004:119.

305 C-69/08, EU:C:2009:468.

306 C-247/12, EU:C:2013:256

Estados-Membros têm a liberdade de determinar a data antes e/ou após a qual se situa o período durante o qual os créditos correspondentes a remunerações não pagas são tomados a cargo pela instituição de garantia.

Tratando-se de posição que o TJ, em atenção à diferença de prazos e de tipos de ações existentes nos Estados-membros, tem também acomodado a um princípio de reserva do possível em matéria de disponibilidade financeira pública, no §26 do acórdão *Gomes Viana Novo* (2013)<sup>307</sup> aparece claramente sublinhada a possibilidade de, ao abrigo dos ns.º 1 e 2 do artigo 4.º da Diretiva 80/987, os Estados-membros situarem o período de satisfação dos créditos salariais posteriormente à data de referência judicialmente polarizada, permitindo-se, em acréscimo, que a legislação nacional preveja uma garantia mínima limitada a oito semanas, desde que este período octosemanal se situe num período de referência mais longo, de dezoito meses, no mínimo.

Por isso, à semelhança do enquadramento seguido no que respeita ao caso *sub judice*, o TJ considera, sem folga para dúvidas, que a Diretiva 80/987 não se opõe a que um Estado-membro fixe como data de início do cálculo do período de referência a data da propositura da ação de insolvência do empregador. De igual modo, se um Estado-Membro decidir fazer uso da faculdade de limitar a garantia através da fixação de um período de referência, pode escolher limitar este período de referência a seis meses, desde que, em sintonia com o § 27 do acórdão *Gomes Viana Novo* (2013), garanta o pagamento da remuneração dos três últimos meses da relação de trabalho.

Em obediência ao aforismo *tempus regit actum*, o Tribunal de Justiça analisou a questão à luz da Diretiva 80/987/CEE, entretanto alterada pela Diretiva n.º 2008/94/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro.

A análise baseou-se outro tanto no artigo 336.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que previa que o pagamento de créditos emergentes de contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação, que não pudessem ser pagos pelo empregador, por motivo de insolvência ou de situação económica difícil, era assegurado pelo FGS, nos termos previsto em legislação específica, que, no essencial, estava prevista nos artigos 317.º a 326.º da Regulamentação do Código do Trabalho, aprovada pela Lei

---

307 EU:C:2013:774.

n.º 35/2004, de 29 de julho<sup>308</sup> e, no plano procedimental, no Regulamento do FGS, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de abril.

Hoje, o novo regime do Fundo de Garantia Salarial, previsto no artigo 336.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, que transpõe a Diretiva n.º 2008/94/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador e que, além de ter adaptado a intervenção do FGS ao Programa Revitalizar (2012)<sup>309</sup>, alargou, por determinação do Direito da União, a intervenção do FGS aos trabalhadores que exerçam, ou tenham exercido habitualmente, a sua atividade em território nacional, mas ao serviço de empregador com atividade no território de dois ou mais Estados-membros, ainda que o empregador seja declarado insolvente por tribunal ou autoridade competente de outro Estado-membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu (artigo 9.º).

Neste sentido, o FGS, que é gerido pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, financiado pelo Estado e por uma parcela da taxa social única paga mensalmente pelas empresas, garante, *ex sufficientis*, à luz do objectivo social da Diretiva, o pagamento de créditos como salários, subsídios ou compensação por fim do contrato de trabalho, em três situações: (i) insolvência do empregador<sup>310</sup>, (ii) empresa em Processo Especial de Revitalização<sup>311</sup> e (iii) empresa em procedimento extrajudicial de recuperação de empresas<sup>312</sup>.

---

308 Alterada pela Lei n.º 9/2006, de 20 de março, pelo Decreto-Lei n.º 164/2007, de 3 de maio, e pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, os quais tinham natureza provisória e apenas vigoraram até à aprovação do diploma específico que regulamentou o Fundo [alínea o) do n.º 6 do artigo 12.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro]. A saber: o Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril.

309 Trata-se, com efeito, de criar as garantias necessárias a que, em razão da criação pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, do Processo Especial de Revitalização (PER) e da aprovação pelo Decreto-Lei n.º 178/2012, de 2 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE), o novo regime de Direito interno assegura que os créditos dos trabalhadores em empresas alocadas a esses planos de revitalização ou de recuperação têm acesso ao FGS.

310 O tribunal judicial notifica o FGS da sentença de declaração de insolvência do empregador, que deve ser acompanhada de cópia da petição inicial e de alguns documentos, como a lista de todos os credores e montantes de créditos vencidos (artigo 24.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

311 O administrador provisório notifica o Fundo da apresentação do requerimento de PER, assim como uma cópia dos documentos acima descritos, e uma cópia do despacho do juiz que o designa como administrador provisório.

312 Neste caso, o IAPMEI notifica o Fundo da apresentação do requerimento de utilização do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE), do despacho de aceitação deste requerimento, da celebração do acordo e da extinção do procedimento.

À semelhança da legislação nacional que o precedeu, o Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, não consagra uma forma de pagamento automática, fazendo depender a satisfação dos créditos por parte do FGS de um requerimento do pelo trabalhador, até três meses antes da data em que perde o direito aos pagamentos em dívida. Sendo, de acordo com as regras normais de experiência de vida, o que acontece, regra geral, um ano depois do dia seguinte àquele em que terminou o contrato de trabalho, o pedido dos trabalhadores deve, portanto, ser apresentado antes de terem passado nove meses do fim do contrato<sup>313</sup>, já que o Fundo só assegura o pagamento dos créditos quando o pagamento lhe seja requerido até um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho<sup>314</sup>, previsão que, no entanto, tem que ser compaginada com a regra de que o FGS assegura o pagamento dos créditos que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da ação de insolvência ou à apresentação do requerimento do PER ou do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, mantendo-se, numa lógica de estabilidade temporal e de segurança jurídica, este aspeto do regime que a Lei n.º 35/2004, de 29 de julho já estabelecia e que o TJ, uma vez mais, considerou incólume.

Cuidando-se, de ter presente, que os Estados-membros podem estabelecer limites à responsabilidade das instituições de garantia, que devem ser compatíveis com o objectivo social da Diretiva e podem tomar em consideração os diferentes valores dos créditos, pode, no entanto, afirmar-se que a polarização do momento processual relevante no período antecedente à ação de insolvência do empregador, ao de empresa em Processo Especial de Revitalização e ao de empresa em procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, constitui um encargo excessivo que se faz pender sobre os trabalhadores, estiolando, em parte, o regime de proteção previsto na Diretiva<sup>315</sup>.

Se esta perspetiva, que mantém pleno cabimento diante da Diretiva

---

313 O Fundo assegura o pagamento de salários, subsídios de férias e indemnizações por cessação de contrato de trabalho em atraso nos seis meses anteriores à data de início dos processos acima referidos, mas com limites. No total, o trabalhador só poderá receber o equivalente a seis meses de retribuição, sendo que o valor mensal máximo que o FGS tem em conta é 1.515 euros (três vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida). Ou seja, no total, poderá receber, no máximo, 9.090 euros. Para que o FGS pague os salários em atraso, o trabalhador terá de fazer o respetivo requerimento, em qualquer serviço da segurança social ou no *site* da Segurança Social, preencher o formulário e juntar alguns documentos como a declaração comprovativa dos créditos, emitida pelo administrador de insolvência ou pelo administrador judicial provisório.

314 Cfr. n.º 8 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril.

315 Assinalando o aspecto, v. Pilerio Spadafora, “Note a sentenza: Il **decreto legislativo 80/92** ritorna alla Corte di Giustizia Europea”, *Informazione previdenziale*, 1, 2001, p. 75 (69-75).

sequente, não segmenta o adjetivo do substantivo, e acentua, para este efeito, a irrelevância de qualquer procedimento judicial encetado pelos trabalhadores com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva, a verdade é que o Direito da União erige a inibição total ou parcial desse empregador da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico, ou de uma pessoa que exerça uma função análoga, a condições essenciais à verificação do estado de inaptidão por parte do empregador que releva para a intervenção da instituição pública destinada a garantir a satisfação dos créditos dos trabalhadores<sup>316</sup>.

Compreendendo-se que, estando em causa recursos públicos, se verifique, enquanto *ante*, a impossibilidade de o empregador prover à satisfação dos créditos que assistem aos trabalhadores<sup>317</sup> (circunstância *in bonis*), o TJ, embora entendendo que os Estados-membros têm uma margem de conformação razoável no que à definição das condições processualmente necessárias à intervenção do FGS diz respeito, tem, no entanto, repisado que os casos em que é permitido circunscrever a obrigação de pagamento que cabe às instituições de garantia, como os previstos no artigo 4.º da Diretiva 80/987, devem ser objeto de interpretação estrita, estando vedada, como se sublinha de forma enfática no § 34 do acórdão *van Ardenne*<sup>318</sup>, a criação de qualquer mecanismo que possa esvaziar de conteúdo a faculdade expressamente reservada aos Estados-membros de limitarem a referida obrigação de pagamento<sup>319</sup>. *Odiosa sunt restringenda*.

### 3. Conclusão

O TJ, no seguimento do sentido decisório que entrecorria dos acórdãos *Mustafa e Gomes Viana Novo*, considera que o Direito da União não se

316 Assim, o artigo 2.º da Diretiva 2002/74/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

317 Eis porque também se consagra agora no Direito interno uma norma antiabuso que determina que o FGS pode recusar o pagamento dos créditos garantidos caso se verifique situação de abuso, nomeadamente conluio ou simulação, permitindo ainda a redução do valor dos créditos, caso se verifique desconformidade dos montantes requeridos com a média dos valores constantes das declarações de remunerações dos 12 meses anteriores à data do requerimento, quando as mesmas se refiram a remuneração efetivamente auferida (artigo 7.º). Ainda, e também, a novel articulação entre o regime do FGS e os regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho (FCT), do mecanismo equivalente (ME) e do fundo de garantia de compensação do trabalho (FGCT), estabelecidos pela Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, que o artigo 6.º traz consigo.

318 C-435/10, EU:C:2011:751.

319 Com perspectiva semelhante: A. Tampieri, “La tutela dei crediti di lavoro in caso di insolvenza del datore”, *Guida al Lavoro*, vol. 40, 2005, pp. 13-14 (12-15). Será o caso em que a Diretiva 80/987 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador.

opõe a que um Estado-membro fixe como data de início do cálculo do período de referência a data da propositura da ação de insolvência do empregador e não impede a faculdade utilizável de limitar a garantia de créditos laborais através da fixação de um período de referência, balizável em seis meses, conquanto se caucione o pagamento da remuneração dos três últimos meses da relação de trabalho.

Tratando-se de juízo que, em substância, se acomoda à margem de conformação proporcionada pelo Direito da União e a que subjaz um princípio de reserva do possível em matéria de recursos públicos, as hipóteses que se oferecem aos Estados-membros quanto aos limites à responsabilidade das instituições de garantia têm, em todo o caso, que passar pelo crivo de compatibilidade com o objetivo social da Diretiva e, podendo tomar em consideração os diferentes valores dos créditos, postulam uma interpretação restrita, cerrando-se, em sequência, a criação de qualquer mecanismo que possa esvaziar de conteúdo a faculdade expressamente reservada aos Estados-membros de limitarem a referida obrigação de pagamento.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção)**  
**de 6 de fevereiro de 2014**

**(C-574/12)**

**Tipo:** reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Administrativo.

**Partes:** Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest (Portugal) — Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.

**Objeto:** alcance dos requisitos exigidos para que uma entidade adjudicante possa invocar a exceção das chamadas adjudicações “in house”.

**Dispositivo:** quando a entidade adjudicatária de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao setor público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido, de modo que é aplicável a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.





**iv. A Proibição de Participação Privada numa Entidade  
Adjudicatária Seleccionada ao abrigo de uma Relação In House**  
*(Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia  
[Quinta Secção] de 19 de junho de 2014  
[Processo C-574/12 – Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH c. Euresst]*  
Pedro Fernández Sánchez

**I. Introdução: relevância do aresto para a evolução futura do  
Direito Europeu dos Contratos Públicos**

1. No Acórdão sob anotação, prolatado no âmbito de um processo desencadeado por uma questão prejudicial colocada pelo Supremo Tribunal Administrativo português (STA), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ofereceu um desenvolvimento decisivo para a definição dos termos em que as entidades adjudicantes europeias se encontram autorizadas a invocar o instituto da contratação *in house* para dispensarem o recurso a um procedimento concorrencial de formação de contratos públicos. Este trata-se, por isso, de um dos processos nascidos nos Tribunais portugueses que, recentemente, maior impacto produziu na modelação do Direito Europeu.

2. Recorde-se que o instituto da contratação, desde a sua criação jurisprudencial há 17 anos – pelo célebre Acórdão *Teckal* <sup>320</sup> –, veio a converter-se numa das mais ostensivas *exceções* que o Direito Europeu aceita como fundamento justificativo para isentar as entidades adjudicantes de cumprirem aquela que, à partida, seria a obrigação genericamente aplicável à formação de cada contrato: a obrigação de adoção de um *procedimento concorrencial* de direito público para escolha do seu cocontratante<sup>321</sup>.

---

320 Acórdão do TJUE de 18-11-1999 (Processo C-107/98).

321 Entre tantos, em geral sobre a contratação *in house*, cfr. Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra, 2007, pp. 178 ss.; Cláudia Viana, “Contratos Públicos «In House»”, in *Direito Regional e Local*, n.º 0, 2007, pp. 34 ss.; Rui Medeiros, “Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* (CJA), 69 (2008), pp. 12-16; Bernardo Azevedo, “Contratação *In House*: Entre a Liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, pp. 115 ss.; João Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2011, pp. 137 e segs.; Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, pp. 148 ss.; Miguel Raimundo, *A Formação dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2013, pp. 646 ss.; Durval Tiago Ferreira, *Contratação In House*, Coimbra, 2013, *passim*; Alexandra Leitão, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2014, pp. 58 ss.

Esta exceção foi reconhecida como inevitável pelo TJUE à luz do pressuposto lógico necessário para a aplicação do regime de contratação pública: a celebração de “contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes”<sup>322</sup>. Não se entenderia aplicar um regime de formação *de contratos* públicos se não se identifica sequer um contrato entre “*duas distintas pessoas*”<sup>323</sup> – sendo então inviável exigir-se à entidade adjudicante que recorra ao mercado concorrencial para seleccionar o cocontratante.

Ora, fruto da neutralidade do Direito Europeu quanto às fórmulas que cada Estado escolhe para organizar a sua própria Administração<sup>324</sup>, nada impede que esta decida aproveitar tal margem de liberdade para transferir algumas das suas tarefas públicas para outras entidades que, porém, apesar de receberem uma personalidade jurídica formalmente autónoma, se mantêm ainda sob a sua esfera de influência. É possível que a entidade criadora ainda mantenha sobre a sua “entidade-filha” a capacidade de controlar marcadamente as suas decisões e a sua autonomia de vontade. Reconhece-se então, quando o controlo exercido sobre o adjudicatário é tão intenso que “anula por inteiro a sua vontade negocial e autonomia”, que a relação entre duas entidades *formalmente* distintas é afinal idêntica àquela que resulta, dentro da própria Administração Pública, de uma mera “*delegação interorgânica*”<sup>325</sup>.

É neste sentido que se entende a flexibilidade revelada pelo juiz europeu: este admite que um tal «acordo» pode não constituir afinal um verdadeiro “contrato público”; a personalidade jurídica reconhecida a título meramente formal a um dos contraentes pode reduzir-se a um mero “*prolongamento administrativo*”<sup>326</sup> que mantém o adjudicatário dentro da mesma esfera jurídico-funcional da entidade adjudicante.

---

322 Cfr., sucessivamente, alínea *a*) do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE; § 5.º do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.

323 Acórdão *Teckal*, cit., n.º 49; Acórdão de 11-05-2006 (Processo C-340/04 – *Carbotermo*), n.º 32.

324 Acórdão do TJUE de 11-01-2005 (Processo C-26/03 – *Stadt Halle*), n.º 48; Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 01-03-2005 no Processo C-458/03 (*Parking Brixen*), n.ºs 42, 70 e 71; Marco Giorello, “*Gestion In House, Entreprises Publiques et Marchés Publics: La Cour de Justice au Croisement des Chemin du Marche Intérieur et des Services d’Intérêt Économique Général*”, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 1 (2006), p. 39.

325 Massimo Capantini, “*Contratto di Servizio e Affidamenti in house*”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, p. 814.

326 *Ibidem*, p. 814.

3. Por isso, desde a jurisprudência *Teckal*, o TJUE, através de uma sequência de arestos onde pontificaram os Acórdãos *Stadt Halle*<sup>327</sup>, *Coname*<sup>328</sup>, *Parking Brixen*<sup>329</sup>, *Comissão c. Áustria (Mödling)*<sup>330</sup>, *ANAV*<sup>331</sup>, *Carbotermo*<sup>332</sup>, *Asemfo c. Tragsa*<sup>333</sup>, *Comissão c. Itália*<sup>334</sup>, *Coditel*<sup>335</sup>, *Sea*<sup>336</sup> e *Econord*<sup>337</sup>, veio a fixar os **dois requisitos** (*cumulativos*) que não mais abandonou para autorizar o apelo à contratação *in house*: *i*) a entidade adjudicante deve exercer sobre o adjudicatário um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e *ii*) o adjudicatário deve realizar o *essencial da sua atividade* em benefício da entidade adjudicante<sup>338</sup>.

Quando tal suceda, a relação «contratual» reduz-se, afinal, a uma relação interna da Administração, na qual a entidade criadora se limita a beneficiar das prestações realizadas pela sua criação instrumental – mesmo que a tenha dotado de personalidade jurídica (pública ou privada) autónoma. Seja por se considerar que não existe então um verdadeiro contrato<sup>339</sup>, seja por se defender que o adjudicatário, embora com personalidade distinta, representa um simples *prolongamento* da entidade

327 Acórdão de 11-01-2005, cit..

328 Acórdão de 21-07-2005 (Processo C-231/03).

329 Acórdão de 13-10-2005 (Processo C-458/03).

330 Acórdão de 10-11-2005 (Processo C-29/04).

331 Acórdão de 06-04-2006 (Processo C-410/04).

332 Acórdão de 11-05-2006, cit..

333 Acórdão de 19-04-2007 (Processo C-295/05).

334 Acórdão de 08-04-2008 (Processo C-337/05).

335 Acórdão de 13-11-2008 (Processo C-324/07).

336 Acórdão de 10-09-2009 (Processo C-573/07).

337 Acórdão de 29-11-2012 (Processos C-182/11 e C-183-11 – *Econord*).

338 Visto que, até 2014, o reconhecimento da contratação *in house* como exceção à obrigação de adoção de procedimentos concorrenciais de contratação pública não era expressamente admitido por qualquer norma europeia de Direito escrito dotada de um âmbito geral (essa figura apenas era admitida no contexto da Diretiva 2004/17/CE, aplicável unicamente aos «setores especiais»), antes constituindo uma construção puramente pretoriana, o legislador português, ao aprovar em 2008 o Código dos Contratos Públicos, preferiu, por isso, recorrer a esta formulação jurisprudencial para a enunciação dos dois requisitos formulados desde o Acórdão *Teckal*. Fez isso através das duas alíneas do n.º 2 do artigo 5.º do mencionado Código.

339 Toni Kaarresalo, “Procuring In-house: The Impact of the EC Procurement Regime”, in *Public Procurement Law Review*, 2008, n.º 6, pp. 242 ss.; J. Pernas García, *Las Operaciones In House y el Derecho Comunitário de Contratos Públicos*, Madrid, 2008, p. 39; para uma crítica incisiva, Miguel Raimundo, *A Formação...*, cit., pp. 651-658.

adjudicante no âmbito da sua autonomia organizativa<sup>340</sup>, conclui-se serem dispensadas as regras de formação concorrencial de contratos públicos.

4. Ora, se o critério de densificação do segundo mencionado requisito deu origem a uma crescente instabilidade jurisprudencial, com o TJUE a mostrar-se incapaz de solidificar coordenadas de referência<sup>341</sup>, já o *primeiro requisito* foi rapidamente estabilizado pelo Tribunal: desde cedo se esclareceu que, se a entidade adjudicante deve exercer sobre o adjudicatário um “*controle análogo*” àquele que exerce sobre os seus próprios serviços, tal deve ser entendido como significando a “*possibilidade de influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos quer sobre as decisões importantes*”<sup>342</sup>. A doutrina europeia sintetizou bem este critério: a adoção de procedimentos concorrenciais só é dispensada se, na relação entre entidade adjudicante e adjudicatário, “*só há uma vontade decisória que ordena a realização de uma determinada atividade a um apêndice próprio [...]. O ente que recebe o mandato deve realizar o encargo sem que possa negar-se. A sua vontade não importa. O seu consentimento não é necessário*”<sup>343</sup>. Se o adjudicatário não pode representar mais do que uma parte da “*estrutura interna*” da entidade adjudicante<sup>344</sup>, então não há relação *in house* quando ele ainda dispõe de “uma margem de autonomia decisória sobre aspetos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia comercial a seguir, as atividades a desenvolver, os endividamentos a contrair, etc.”<sup>345</sup>.

Sucedee, porém, que, nesse esforço estabilizador, o TJUE sugeriu, logo em 2005, através do mencionado Acórdão *Stadt Halle*, um *critério adicional* de despistagem da existência dessa “*influência determinante*” da entidade adjudicante sobre o adjudicatário, que se prestou a sérios equívocos e que suscitou dúvidas nos operadores jurídicos europeus quanto à sua justificação ou necessidade à luz do princípio da concorrência.

Esse critério foi identificado quando o TJUE afirmou que **qualquer**

---

340 Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., pp. 178 ss.; Cláudia Viana, “Contratos...”, cit., pp. 34 ss.; Alexandra Leitão, “Contratos de Prestação de Bens e Serviços Celebrados entre o Estado e as Empresas Públicas e Relações «In House»”, in *CJA*, 65 (2007), pp. 12 ss..

341 Sobre esta flutuação jurisprudencial, cfr. João Amaral e Almeida / Pedro F. Sánchez, *Temas...*, cit., pp. 143 e segs.; Bernardo Azevedo, “Contratação...”, cit., pp. 139-142; Durval Ferreira, *Contratação...*, cit., pp. 192 e segs..

342 Acórdão *Parking Brixen*, cit., n.º 65; Acórdão *Carbotermo*, cit., n.º 36.

343 J. Pernas García, *Las Operaciones...*, cit., p. 39.

344 Bernardo Azevedo, “Contratação...”, cit., pp. 126-127.

345 Pedro Gonçalves, *Regime...*, cit., p. 181; v. também Alexandra Leitão, “Contratos...”, cit., pp. 13 ss.; Durval Ferreira, *Contratação...*, cit., pp. 146 ss..

**participação – ainda que minoritária – de uma empresa privada no capital social do adjudicatário exclui a existência daquele “controle análogo”.** Tal sucederia, primeiro, porque qualquer investimento de capital privado obedece a juízos guiados por interesses privados, os quais se não confundem com os interesses públicos que guiam a entidade adjudicante, não se podendo pois alegar a existência de uma vontade decisória única entre a entidade adjudicante e o adjudicatário<sup>346</sup>. E ainda que, depois, porque a circunstância de ser diretamente adjudicado um contrato a uma empresa onde, militam capitais privados equivaleria a atribuir um benefício ilegítimo ao titular da participação privada marginalmente, que ficaria colocado numa posição de vantagem em relação aos demais atores de mercado<sup>347</sup>.

Assim, sendo a presença de qualquer participação privada no capital da empresa adjudicatária considerada como fator *automaticamente excludente* do primeiro dos requisitos cumulativos para uma relação *in house*, concluiu-se que tal participação implicaria – se nenhuma outra circunstância excepcional ocorresse – a obrigação de adotar um procedimento concorrencial para escolha do cocontratante, vedando a escolha direta da empresa com capital (parcialmente) privado.

Esta tese foi replicada, no essencial, nos Acórdãos *Coname*<sup>348</sup>, *Comissão c. Áustria (Mödling)*<sup>349</sup>, *ANAV*<sup>350</sup>, *Jean Auroux*<sup>351</sup>, *Comissão c. Itália*<sup>352</sup>, *Coditel*<sup>353</sup>, *Sea*<sup>354</sup>, *Acosei*<sup>355</sup> e *Mehiläinen*<sup>356-357</sup>.

---

346 Acórdão *Stadt Halle*, cit., n.º 49-50.

347 *Ibidem*, n.º 51.

348 Acórdão de 21-07-2005, cit., n.º 26.

349 Acórdão de 10-11-2005, cit., n.º 39-49.

350 Acórdão de 06-04-2006, cit., n.º 30-31.

351 Acórdão de 18-01-2007 (Processo C-220/05), n.º 64.

352 Acórdão de 08-04-2008, cit., n.º 38.

353 Acórdão de 13-11-2008, cit., n.º 30.

354 Acórdão de 10-09-2009, cit., n.º 46.

355 Acórdão de 15-10-2009 (Processo C-196/08), n.º 53-56.

356 Acórdão de 22-12-2010 (Processo C-215/09), n.º 32.

357 Além destes arestos, no supracitado Acórdão *Carbotermo*, o TJUE chegou a considerar que a circunstância de uma entidade adjudicante não deter diretamente o capital do adjudicatário, utilizando para o efeito uma *holding*, poderia enfraquecer o “controle análogo” inerente a uma relação *in house*, tendo em conta a perturbação eventualmente envolvida na “intervenção deste intermediário” (n.º 39). Porém, não estava aí em causa a questão da possível intervenção de privados; e, em qualquer caso, o Tribunal – então sim – deu espaço ao juiz nacional para proceder a uma apreciação casuística daquele “controle análogo”, sem impor uma tese proibitiva automática (n.º 40). Para um relevante contraste, no citado Acórdão *Asemfo vs. Tragsa*, o TJUE apoiou-se justamente na circunstância de *todas* as entidades detentoras do capital da Tragsa serem públicas (apesar da sua distinta proveniência, de âmbito nacional e autonómico) para concluir que estaria fortemente *indiciada* a existência do “controle análogo” (n.º 57-58). O mesmo se verificou no Acórdão *Coditel*, cit., n.º 32 e 37-40.

5. Este entendimento jurisprudencial não poderia deixar de suscitar as maiores hesitações<sup>358</sup>, contando mesmo com a oposição de Advogados-Gerais<sup>359</sup>. É significativo recordar que o próprio TJUE, na maioria dos casos em que aprecia problemas complexos relativos à proteção da concorrência de mercado no contexto dos procedimentos pré-contratuais, vem obrigando os aplicadores a uma *verificação casuística* de todos os fatores envolvidos numa situação concreta, mostrando-se particularmente reticente quanto à formulação de critérios automáticos de decisão apriorística dos casos – chegando mesmo a declarar a ilegalidade de soluções nacionais que promovam tal automatismo. Mesmo quando tal opção é patentemente criadora de insegurança jurídica, o TJUE parece assumir que esse é um *preço* aceitável a pagar pela possibilidade de avaliar todas as modulações e especificidades que permitam potenciar a concorrência salutar em cada caso<sup>360</sup>.

Ora, a questão em apreço bem se poderia incluir entre os exemplos que se mostram pouco coadunáveis com critérios automáticos de decisão e que aconselham a uma ponderação casuística futura. Parece, no mínimo, temerário afiançar que *sempre*, em *todos os casos* em que uma empresa tenha algum tipo de participação privada, ela ficará, *sem exceção* (ou, segundo o TJUE: “*de qualquer forma*”<sup>361</sup>), sob o risco de obedecer a critérios de atuação distintos do interesse público prosseguido pela entidade adjudicante, implicando, por isso, que *nunca* se verificará então um “controle análogo” pela entidade adjudicante e que *nunca* será admitido o recurso à contratação *in house*. O intérprete tem de perguntar

358 Para compilação de diversas críticas, cfr. Durval Ferreira, *Contratação...*, cit., pp. 172 ss.; para uma censura mais violenta, sugerindo mesmo a inadmissibilidade dessa tese à luz da Constituição Portuguesa, cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito...”, cit., pp. 14-16.

359 Paradoxalmente, essa oposição foi logo suscitada pela Advogada-Geral Christine Stix-Hackl nas Conclusões apresentadas no próprio Processo *Stadt Halle*; e foi reiterada por Philippe Léger no referido Processo C-94/99 (*ARGE*).

360 Entre muitos outros casos situados em distintas áreas do Direito da Contratação Pública, para diversos exemplos de arrestos em que o TJUE rejeita qualquer critério automático de decisão e obriga os aplicadores a uma avaliação casuística em cada situação futura, cfr. Acórdãos de 22-06-1989 (Processo C-103/88 – *Fratelli Costanzo*), n.º 18-21 (preço anormalmente baixo); de 03-10-2000 (Processo C-380/98 – *University of Cambridge*), n.º 21 (conceito de financiamento maioritariamente público); de 07-12-2000 (C-94/99 – *ARGE*), n.º 29-31 (participação de empresas subsidiadas como concorrentes em concursos públicos); de 19-05-2009 (Processo C-538/07 – *Assitur*), n.º 27-30 (exclusões de propostas apresentadas ao mesmo procedimento por empresas em relação de domínio, para garantia da concorrência); de 18-12-2014 (Processo C-568/13 – *Azienda*), n.º 38 (participação de entidades públicas como concorrentes em concursos públicos); *ibidem*, n.º 51 (preço anormalmente baixo). Mas, sublinhe-se, esta exigência de verificação casuística tem sido observada mesmo na resolução de outras questões suscitadas a propósito da contratação *in house* – cfr., assim, Acórdão *Carbotermo*, cit., n.º 64.

361 Acórdão *Sea*, cit., n.º 46.

se, por exemplo, não se poderá detetar uma participação privada tão minoritária, no contexto de uma empresa cuja atuação é absolutamente controlada pela entidade adjudicante, que se mostre insuscetível de influenciar a atividade do prospetivo adjudicatário<sup>362</sup>. Em suma, dir-se-ia que esse automatismo decisório é contraditório com a própria filosofia de matriz casuística do juiz europeu.

## II. Inserção do caso *sub judice* na linha jurisprudencial do TJUE

6. Este enquadramento é indispensável para avaliar a total pertinência da iniciativa do STA na suscitação da questão prejudicial que originou o Acórdão sob anotação. O Supremo localizou, justamente, um dos casos em que menos razoável se mostrava a aplicação automática da tese desenvolvida desde o Processo *Stadt Halle*. As circunstâncias do caso criavam a séria dúvida sobre a razoabilidade de se afirmar que as participações *mistas* que coabitavam na empresa *in concreto* escolhida como adjudicatária perturbariam, de algum modo, a prossecução coerente e uniforme do interesse público a cargo da entidade adjudicante.

A entidade adjudicante – o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E. (CHS) celebrou, em 27-07-2011, um contrato de fornecimento de refeições, com a vigência de cinco anos, pelo preço contratual total de 6.476.445 euros. Não era disputado, à luz dos Direitos Europeu e Português, que, à partida, fruto da natureza da entidade adjudicante, do objeto e do preço contratual, tal contrato deveria ser precedido de um procedimento concorrencial para escolha do adjudicatário<sup>363</sup>.

Todavia, o CHS escolheu, como seu fornecedor, diretamente e sem recurso a qualquer procedimento pré-contratual, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH). Para justificar essa escolha, o CHS alegou que o SUCH, criado pelo Decreto-Lei n.º 46.668, de 24-11-1965, assume, à luz do artigo 2.º dos Estatutos (então em vigor) homologados pelo Secretário de Estado da Saúde em 2010, a natureza de associação sem fins lucrativos que tem por finalidade realizar uma missão de serviço público: a autossatisfação das necessidades dos associados, adotando, para tanto, as medidas suscetíveis de melhorar a sua capacidade e eficácia, gerando economias de escala e contribuindo para a sustentabilidade financeira do Serviço Nacional de Saúde.

362 Note-se o raciocínio implícito nas Conclusões de Philippe Lèger, apresentadas em 15-06-2000, no Processo C-94/99 (*ARGE*), n.ºs 60 e 63.

363 Artigos 1.º, n.ºs 2 e 9, e 7.º, da Diretiva 2004/18/CE, aplicável à data; artigos 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, alínea *a*), 16.º, n.ºs 1 e 2, alínea *e*), e 20.º, n.º 1, alínea *b*), do Código dos Contratos Públicos.



Apesar de o artigo 7.º dos Estatutos autorizar que também fossem admitidos como associados do SUCH entidades do setor social, designadamente instituições de solidariedade social, assegurou-se que a maioria dos direitos de voto na assembleia geral pertenceria aos associados públicos sujeitos aos poderes de direção, superintendência e tutela governamental. Ademais, embora o artigo 5.º dos Estatutos autorizasse o SUCH a prestar, em regime de concorrência, serviços a terceiros, tal só seria admitido se daí não resultasse qualquer prejuízo e tal atividade fosse vantajosa para os seus associados, tanto economicamente quanto para a sua valorização tecnológica. Em qualquer caso, estes serviços só poderiam ter uma natureza acessória no contexto da atividade do SUCH, não podendo representar um volume de faturação superior a 20% do volume de negócios anual global do exercício precedente.

Em concretização destas obrigações estatutárias, o SUCH, na data da celebração do contrato, tinha 88 associados, incluindo 23 instituições de solidariedade social, todas sem fim lucrativo, 20 das quais instituições de beneficência (Misericórdias), assegurando uma ampla maioria de associados públicos. O SUCH garantia igualmente que as atividades «acessórias» realizadas em regime concorrencial não ultrapassavam 20% do volume de negócios.

Sob esta luz, o CHS julgou verificados os dois requisitos cumulativos para o recurso à contratação *in house*, dispensando a adoção de um procedimento concorrencial.

7. Ora, o contrato suscitou o interesse de um concorrente privado – a Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda. (Eurest) –, que pretendia competir pela hipótese (concorrencial) de se tornar o novo fornecedor do CHS. Por isso, a Eurest requereu a anulação do contrato no Tribunal Administrativo e Fiscal (TAF) de Almada. Para a sua decisão, o TAF guiou-se pelas coordenadas que o Tribunal de Contas seguira, pouco antes, ao sustentar que o significativo número de associados não públicos do SUCH – a par da dimensão e complexidade da sua estrutura organizativa e da relativa autonomia do seu Conselho de Administração – afastaria, à luz da jurisprudência europeia, qualquer relação *in house* <sup>364</sup>. Essa conclusão fora mantida em plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, após

---

<sup>364</sup> Esta decisão foi emitida num processo de fiscalização prévia que redundou na recusa de visto prévio ao exato contrato cuja anulação a Eurest requereu no TAF de Almada – cfr. Acórdão n.º 70/2011, de 28 de novembro, prolatado em subsecção da 1.ª Secção.



recurso<sup>365</sup>. Por isso, em Sentença de 30-01-2012, o TAF deu provimento à ação da Eurest e declarou a *nulidade* do contrato entre o CHS e o SUCH.

Tendo as partes do contrato interposto recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul, também este se louvou na jurisprudência do Tribunal de Contas e recusou o provimento ao recurso, mantendo a declaração de nulidade do contrato<sup>366</sup>.

Foi pelo facto de o CHS e o SUCH não terem desistido de afirmar a existência de uma relação *in house*, interpondo recurso de revista para o STA, que o Supremo teve oportunidade de sublinhar as especificidades que afetam a constituição e a atividade do SUCH, as quais suscitavam sérias dúvidas sobre a razoabilidade da aplicação acrítica, àquele caso, da jurisprudência restritiva do TJUE. O STA questionou, desde logo, se a tese de *proibição automática* da contratação *in house* em todos os casos de participação privada na entidade adjudicatária não deveria ser afastada numa situação em que, não dispondo o SUCH de capital social, os seus associados públicos apresentam uma natureza atípica (do setor social), não tendo fins lucrativos e prosseguindo interesses que dificilmente conflitarão com os interesses (públicos) a cargo da entidade adjudicante. Aquele alto Tribunal reforçou as dúvidas por estar estatutariamente atribuída a maioria dos direitos de voto aos associados públicos, sendo essa maioria igualmente respeitada na nomeação dos membros do Conselho de Administração.

Adicionalmente, o pedido de decisão prejudicial, sistematicamente organizado em seis questões, aproveitou para suscitar as dúvidas respeitantes à intensidade do controlo exercido sobre o SUCH – à luz da significativa autonomia dos seus administradores –, à dimensão e à complexidade do funcionamento do SUCH, bem como à possibilidade de exercício – embora marginal, sem ultrapassar 20% do volume de negócios – de outras atividades económicas.

O STA mostrou-se, pois, certo ao alegar que o caso *sub judice* suscitaria “novas questões relativamente à jurisprudência do Tribunal de Justiça resultante do acórdão Stadt Halle”.

8. Embora o Advogado-Geral Paolo Mengozzi, nas Conclusões apresentadas em 27-02-2014, tenha procurado cobrir todas as seis questões suscitadas pelo STA, justifica-se, na economia deste texto, centrar a

---

365 Acórdão n.º 11/2012, de 3 de julho, do Plenário da 1.ª Secção.

366 Acórdão de 26 de abril de 2012 (Processo 08720/12).

atenção na primeira delas – justamente a que aborda a participação de entidades híbridas (do sector social) na entidade adjudicatária como possível obstáculo para a verificação de uma relação *in house* –, uma vez que o TJUE, considerando prejudicada a resposta às cinco restantes questões, desconsiderou os demais argumentos de Mengozzi e fez a solução do caso descansar unicamente naquela primeira questão-chave.

O *problema jurídico fundamental* que determinou o desfecho do processo pôde pois ser formulado por Mengozzi nestes termos (cfr. n.<sup>os</sup> 29-31 das Conclusões):

- i) Exclui-se a relação *in house* “no caso de existirem interesses privados [no adjudicatário], sob a forma de uma participação de uma *empresa no capital social* de uma *sociedade*”;
- ii) “O caso do SUCH distingue-se todavia de uma situação deste tipo, na medida em que, por um lado, não foi constituído sob a forma de uma sociedade e não dispõe, portanto, de capital social e, por outro, as entidades de direito privado para a promoção social que são suas associadas e não têm natureza pública não são necessariamente empresas em sentido estrito”;
- iii) Em consequência, “o problema central que se coloca é precisamente este: deve ser aplicada a uma situação como a do SUCH o princípio desenvolvido na jurisprudência segundo o qual a presença de interesses privados no adjudicatário exclui a possibilidade de a entidade adjudicante exercer sobre ele um controlo análogo, com a consequente exclusão da possibilidade de efetuar ajustes diretos a favor de tal entidade, em aplicação da exceção «*in house*»?”

### III. Proposta de solução pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi

9. Ao abordar o impacto da intervenção de entidades do setor social sobre a subsistência de uma relação *in house*, Paolo Mengozzi assumiu o encargo de dotar o TJUE do repositório argumentativo necessário para superar as dificuldades envolvidas no *alargamento* da sua anterior tese de *proibição automática* da contratação *in house* no caso de participação de privados na entidade adjudicatária, fazendo-a agora abranger a **participação de qualquer entidade de natureza não pública**. Com isso, atribuiu-lhe o alcance mais *lato* que corresponde ao estado atual da questão no Direito Europeu.

Apesar de não desconhecer a complexidade colocada pela natureza

social dos associados não públicos do SUCH, eis a sequência argumentativa usada por Mengozzi para consolidar e ampliar a anterior doutrina do TJUE (cfr. n.ºs 32 e seguintes das Conclusões):

- i) Como pressuposto da discussão, recordou-se que o “objetivo principal” das normas de contratação pública “é a livre circulação das mercadorias e dos serviços e a abertura à concorrência na medida mais ampla possível em todos os Estados membros”; por isso, qualquer derrogação das obrigações concorrenciais é objeto de “interpretação estrita”;
- ii) A tese tradicional do TJUE quanto à exclusão da relação *in house* no caso da presença de privados assenta em *duas razões*, igualmente aplicáveis ao caso do SUCH;
- iii) *Por um lado*, só existe uma relação *in house* se esta “obedece a considerações e exigências específicas da prossecução de objetivos de interesse público” – o que contrasta com “qualquer investimento de capital privado numa empresa, que obedece a considerações inerentes aos interesses privados e prossegue objetivos de natureza diferente”;
- iv) Ora, esse potencial conflito entre diferentes interesses mantém-se no caso de entes dedicados à “promoção da solidariedade social”, que “responde[m] a lógicas e a interesses de natureza privada, como, por exemplo, interesses caritativos ou de beneficência que têm objetivos que, mesmo sendo louváveis, não coincidem necessariamente com o interesse público”; “tais objetivos, efetivamente, embora possam ser nalguns casos qualificáveis, em abstrato, de interesse geral, têm todavia elementos inerentes ao interesse privado, como, por exemplo, a conotação religiosa ou associativa, que, podendo ser complementares do interesse público, lhe são todavia alheios”;
- v) *Por outro lado*, a atribuição direta de um contrato a um adjudicatário que conta com capitais parcialmente privados “colide com o objetivo de uma concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados”, visto que “oferece a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes”;
- vi) Também este obstáculo se aplica ao caso do SUCH, porquanto “não está excluído que associações sem fins lucrativos, como as associações caritativas associadas do SUCH, possam exercer uma atividade económica em concorrência com outros operadores e

possam participar em concursos públicos” – o que implica que uma adjudicação direta “é suscetível de oferecer a esses operadores, como no caso das sociedades, uma vantagem em relação aos seus concorrentes”;

- vii) Assim, a tese proibitiva do TJUE será também aplicável “a uma associação sem fins lucrativos que conta entre os seus associados, ainda que minoritariamente, entidades não públicas de direito privado e titulares de interesses privados, como associações sem fins lucrativos que prosseguem interesses caritativos ou de solidariedade”.

10. Para reforçar esta linha argumentativa principal à luz das dúvidas que antecipou virem a ser suscitadas pelos operadores jurídicos europeus, Mengozzi apresentou ainda os seguintes argumentos complementares (cfr. n.ºs 27 e 40-43 das Conclusões):

- i) Seria irrelevante a ausência de fins lucrativos do adjudicatário, porque só há relação *in house* se “não exist[ir] um confronto de duas vontades autónomas representativas de interesses jurídicos diferentes”; e isso é “independente não só da natureza jurídica do adjudicatário mas também da circunstância de este ter ou não fins lucrativos”, até porque “decorre da jurisprudência” que o facto de uma entidade “não ter fins lucrativos não exclui de modo nenhum que esta exerça uma atividade económica e não é portanto, suficiente, em si mesma, para excluir essa entidade da aplicação das disposições do direito da União em matéria de contratos públicos”;
- ii) Noutro plano, não se deveria acusar esta tese de menosprezar a importância das “finalidades dos organismos de solidariedade, de voluntariado ou de beneficência”; a jurisprudência restritiva do TJUE não significa esquecer que “a solidariedade é expressamente reconhecida no artigo 2.º TUE como um dos valores que caracterizam o modelo de sociedade europeu” e que “as considerações de tipo social e de solidariedade não são alheias à regulamentação em matéria de contratos públicos”;
- iii) Para estabilização do regime de contratação de cada entidade, “não seria conforme com o princípio da segurança jurídica admitir que a simples possibilidade, prevista pelos estatutos, de pessoas privadas participarem numa associação possa suspender indefinidamente a avaliação relativa ao carácter totalmente público

ou não da referida associação”; assim, o Tribunal não deveria vedar a contratação *in house* só pela “mera possibilidade de os privados participarem numa associação”, salvo se, “no momento em que o contrato em causa é adjudicado”, “existir uma perspetiva concreta a curto prazo” para “a abertura da participação” a privados.

11. Fruto deste percurso alegatório, pôde Mengozzi formular esta conclusão: *a exceção à aplicabilidade das normas da União em matéria de contratos públicos prevista para as adjudicações «in house» não pode aplicar-se quando o adjudicatário com o qual a entidade adjudicante pretende ajustar diretamente o contrato sem concurso público seja uma entidade de direito privado que conta entre os seus associados, ainda que minoritariamente, entidades titulares de interesses privados* (n.º 43).

#### IV. Solução do caso

12. Municiado com este repositório argumentativo, pôde o TJUE, no Acórdão sob anotação, alargar a sua tese proibitiva à contratação de *qualquer entidade participada por entidades não públicas*, ainda que provenientes do sector social.

Primeiro, o TJUE repetiu a irrelevância dos fins “não lucrativos” do adjudicatário: “tal circunstância não exclui que [este] possa exercer uma atividade económica” e, logo, reclame a adoção de procedimentos concorrenciais (cfr. n.º 33).

Entrando então na questão “de saber se a jurisprudência resultante do acórdão Stadt Halle [...] é aplicável, uma vez que o SUCH não se constituiu sob a forma de uma sociedade e não possui, portanto, capital social e os seus associados que pertencem ao setor social não são empresas segundo os termos utilizados no referido acórdão” (n.º 34), o TJUE replicou a linha dual sugerida por Mengozzi (n.ºs 36-42):

- a) Recordando os dois principais alicerces da jurisprudência *Stadt Halle*, a primeira justificação para essa tese restritiva “não se baseava na forma jurídica das entidades privadas que faziam parte da entidade adjudicatária nem na finalidade comercial destas últimas, mas sim no facto de que essas entidades privadas obedeciam a considerações próprias dos seus interesses privados, que eram de natureza diferente da dos objetivos de interesse público prosseguidos pela entidade adjudicante. Por esta razão, esta última

não podia exercer sobre o adjudicatário um controlo análogo ao que exercia sobre os seus próprios serviços”.

Ora, nada impediria a aplicação dessas considerações ao SUCH: se é certo que esta “é uma associação sem fins lucrativos e os associados privados que faziam parte dessa associação no momento da adjudicação do contrato em causa no processo principal eram instituições privadas de solidariedade social, todas igualmente sem fins lucrativos”, o TJUE jamais pretendeu “limitar as suas conclusões unicamente aos casos da participação, na entidade adjudicatária, de empresas comerciais que prosseguem fins lucrativos”.

- b) Como segundo fundamento, “o ajuste direto proporciona à entidade privada presente no seio da entidade adjudicatária uma vantagem relativamente aos seus concorrentes”. Ora, “os associados privados do SUCH prosseguem interesses e finalidades que, por mais meritórias que possam ser do ponto de vista social, são de natureza diferente da dos objetivos de interesse público prosseguidos pelas entidades adjudicantes que são ao mesmo tempo associadas do SUCH”. Até porque “não está excluído que os associados privados do SUCH, não obstante o seu estatuto de instituições de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, possam realizar atividades económicas em concorrência com outros operadores económicos. Por conseguinte, o ajuste direto de um contrato ao SUCH pode proporcionar aos seus associados privados uma vantagem concorrencial”.

13. Em conclusão, “as considerações que levaram o Tribunal de Justiça às conclusões expostas [desde o Acórdão Stadt Halle] são igualmente válidas em circunstâncias como as do processo principal”; e “a circunstância de a participação de associados privados na entidade adjudicatária ser apenas minoritária não é suscetível de pôr em causa estas conclusões”.

14. Neste sentido, considerando prejudicadas as demais questões colocadas no processo, o TJUE formulou a seguinte **resposta** à primeira (e decisiva) questão prejudicial suscitada pelo STA: **“quando o adjudicatário de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao setor público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, o requisito relativo**

ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido, de modo que é aplicável a Diretiva 2004/18” (n.º 45).

## V. Conclusão: a contratação *in house* após o Acórdão sob anotação

15. Com este entendimento, o TJUE atribuiu o alcance mais amplo possível à proibição da presença de participação privada num adjudicatário selecionado através da contratação *in house*, incluindo na norma proibitiva qualquer participação de uma entidade não pública, ainda que de natureza social – algo que não decorria com segurança do *stare decisis* e constitui uma inovação deste Acórdão<sup>367</sup>.

16. Daqui emerge a anunciada *temeridade* do TJUE: ao criar uma proibição ampla, genérica, automática, desencadeada logo que detetada a presença de alguma participação não pública – agora incluindo mesmo do **sector** social –, o TJUE alega que *nunca* será possível que uma participação seja tão insignificante que se mostre insuscetível de perturbar o “controlo análogo” exercido pela entidade adjudicante. Ora, se a argumentação de Mengozzi, aproveitada pelos juízes, aparenta ser impressiva, ela enfrenta dificuldades quando testada em situações-limite que, fruto da *natureza genérica e não excepcionada* daquela proibição, também ficam por esta abrangidas, sem que, porém, tal se mostre razoável ou necessário à luz do mesmo *princípio da concorrência* alegado como fundamento do aresto.

Assim, abordando primeiro o plano quantitativo, o TJUE não receia afirmar que a *natureza “minoritária”* de uma participação privada não obstaculiza a conclusão de que o “controlo análogo” da entidade adjudicante fica inevitavelmente prejudicado (cfr. n.º 42). Mas o intérprete deve perguntar se não será desrazoável concluir que tal controlo ficará *sempre* impedido, mesmo quando o adjudicatário conte – por hipótese – com uma participação

---

367 Por economia do texto, não se aborda aqui a hipótese de afastamento dessa proibição no caso de o titular de uma participação privada ter sido, ele próprio, escolhido através de um procedimento concorrencial, o que justificaria a permissão de uma adjudicação direta para evitar a sujeição a um “*duplo procedimento*” e a perda de utilidade do recurso a parcerias público-privadas institucionalizadas – admitindo expressamente tal hipótese, cfr. Acórdão *Acoset*, cit., n.º 58; para comentário ao aresto, cfr. Alexandra Leitão, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de outubro de 2009”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cunha Rodrigues*, Lisboa, 2013; Rodrigo Esteves de Oliveira, “Acórdão *Acoset*: As Alternativas Procedimentais na Constituição de uma PPPI vistas à luz do Direito Comunitário”, in *CJA*, 92 (2012), pp. 3 ss.



inferior a 1% de capital privado<sup>368</sup>: acaso será sensato julgar – salvo se existir algum poder especial de bloqueio – que o titular dessa participação consegue impedir a entidade adjudicante de impor a sua vontade decisória?<sup>369</sup>

Também no plano qualitativo, o TJUE assevera que a presença de entidades não públicas acarreta *sempre* uma (pelo menos potencial) discrepância entre os interesses prosseguidos na relação *in house*, prejudicando a subsistência de um comando decisório único (n.º 36)<sup>370</sup>. Será, porém, razoável garantir a *impossibilidade* de uma participação minoritária pertencer a uma ou mais entidades que, por força dos próprios estatutos, prosseguem exclusivamente interesses idênticos aos da entidade adjudicante – tanto mais agora que essas entidades podem ser do setor social – e inviabilizam qualquer conflito de interesses?

Finalmente, a alegação mais impressiva à luz dos princípios da concorrência e da não discriminação em razão da nacionalidade<sup>371</sup> consiste na ideia de que a atribuição direta de um contrato a um adjudicatário que conta com uma participação privada – por mais minoritária que esta seja – implica, por natureza, a concessão não concorrencial de um benefício económico a todos os titulares de participações nesse adjudicatário – benefício fracionado segundo a quota-parte de cada um –, incluindo, pois, aos titulares privados. E, na medida em que estes últimos também exerçam atividades económicas num mercado concorrencial, sairão premiados com uma vantagem que não é partilhada com os seus competidores (n.ºs 38-40).

Igualmente aqui impressiona o *automatismo* do juízo do TJUE: um Tribunal tradicionalmente caracterizado por exigir das autoridades nacionais que as decisões suscetíveis de afetarem o funcionamento do mercado não dispensem apreciações casuísticas – mesmo admitindo que para tanto se incremente a insegurança jurídica – não concebe agora a hipótese real de um adjudicatário contar com associados dos

---

368 De resto, recordando a jurisprudência constitucional portuguesa que, a propósito do caso da Brisa, considerou que a titularidade privada de uma participação social exígua (no caso, 0,2%) não impedia a sua qualificação como empresa de capitais integralmente públicos (Acórdão n.º 24/98 do Tribunal Constitucional), cfr. Rui Medeiros, “Âmbito...”, cit., p. 15.

369 Neste exato sentido, sugerindo ao TJUE devolver ao juiz o poder de apreciação casuística num processo em que abertamente se reconhecia que a participação pública era maioritária, mas estava longe de ser exclusiva, e sustentando que a contratação *in house* deveria ser viabilizada desde que a – então muito significativa – participação minoritária não impedisse o controlo público do adjudicatário, cfr. as Conclusões cit. de Philippe Lèger (Processo C-94/99 – *ARGE*), n.ºs 60 e 63.

370 Cfr. já o próprio Acórdão *Stadt Halle*, cit., n.º 50; Acórdão *Comissão c. Áustria (Mödling)*, cit., n.º 47.

371 Concretizando já esta ideia, v. especialmente Acórdão *Comissão c. Áustria (Mödling)*, cit., n.º 48; Acórdão *Acoset*, cit., n.º 56.



setores privado ou social que se encontrem estatutária ou facticamente impossibilitados de interferir no mercado concorrencial e de obter qualquer benefício deformador da competição de mercado.

17. Tendo presente esta proibição automática, não é de admirar que, já prevendo esta tendência decisória, o legislador europeu, ao aprovar as novas Diretivas de Contratação Pública pouco antes da prolação do Acórdão sob anotação, tenha tratado esta tese jurisprudencial como aquilo que ela realmente é: como um **terceiro requisito (cumulativo) da contratação *in house***. Em cada uma das disposições que disciplinam a invocação desta exceção à adoção de procedimentos concorrenciais<sup>372</sup>, o legislador elenca a proibição de “participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada” numa *alínea ou segmento autónomo e separado da exigência do “controlo análogo”*<sup>373</sup>.

Faz sentido essa autonomização: se o TJUE entende que qualquer participação não pública no adjudicatário veda *automaticamente* a relação *in house*, então tal proibição tem de ser imposta *ainda que* in casu *aquele “controlo análogo” não tenha sido prejudicado*. Por outras palavras: se o juiz omite a possibilidade de uma participação privada ou social não obstruir a ingerência pública sobre o adjudicatário, exigindo, ainda então, a proibição da contratação *in house* logo que essa participação seja detetada, então será porque, verdadeiramente, *criou um terceiro requisito*, que *acresce* aos dois requisitos nascidos com o Acórdão *Teckal*.

Foi esta autonomização – que o TJUE não quis confessar – que o legislador europeu coerentemente deixou em evidência.

18. Daí que a participação privada seja agora *autorizada excecionalmente*, nas citadas disposições das Diretivas, *somente* quando decorra de uma exigência de “disposições legislativas nacionais”, desde que “em conformidade com os Tratados”, e ressalvada – aqui sim – a garantia de que ela não acarrete quaisquer “poderes de controlo” e “bloqueio” ou qualquer “influência decisiva na pessoa coletiva controlada”. Com

372 Artigo 17.º, n.º 1, alínea c), n.º 2 e n.º 3, alínea c), da Diretiva 2014/23/UE; artigo 12.º, n.º 1, alínea c), n.º 2 e n.º 3, alínea c), da Diretiva 2014/24/UE; artigo 28.º, n.º 1, alínea c), n.º 2 e n.º 3, alínea c), da Diretiva 2014/25/UE.

373 Deve aliás sublinhar-se que, já em 2008, ao abordar criticamente esta tese restritiva e justificar o silêncio do Código português nesta matéria, Rui Medeiros tratou certamente aquela proibição jurisprudencial como um *terceiro requisito* da contratação *in house*, uma vez que o Tribunal pretendia que ele funcionasse independentemente de qualquer consideração casuística sobre a verificação do “controlo análogo” – cfr. “Âmbito...”, cit., p. 12.

essa exceção, trata-se apenas de salvaguardar os casos de “organismos públicos de participação obrigatória, como as organizações responsáveis pela gestão ou o exercício de determinados serviços públicos”, em que a participação privada, resultando de uma imposição pública e não de uma opção privada, em nada interfere com o funcionamento e a atividade do adjudicatário<sup>374</sup>.

Embora fosse razoável esperar o alargamento dessa exceção a todos os casos em que a participação privada – igualmente sem exercer “influência decisiva” sobre o adjudicatário – não prejudica o funcionamento do mercado concorrencial, a verdade é que este *terceiro requisito* da contratação *in house* ficou, pelo exposto, definitivamente consolidado no ordenamento europeu após o Acórdão sob anotação.

Numa palavra, tal Acórdão **vedou a relação *in house* em qualquer caso de participação não pública no adjudicatário** – e não apenas nos casos estritos, expressamente abrangidos pelo legislador, em que essa participação se materialize através de *capital privado*.

---

374 Cfr. Considerando 46 da Diretiva 2014/23/UE; Considerando 32 da Diretiva 2014/24/UE.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)  
de 25 de junho de 2014**

**(C-76/13)**

**Tipo:** ação por incumprimento.

**Partes:** Comissão Europeia c. República Portuguesa

**Objeto:** i) pedido de declaração de que, não tendo tomado as medidas que a execução do acórdão Comissão c. Portugal (C-154/09) implica, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º TFUE; ii) pedido de condenação no pagamento à Comissão de uma sanção pecuniária compulsória e de uma quantia fixa;

**Dispositivo:** i) não tendo tomado todas as medidas necessárias que a execução do acórdão Comissão c. Portugal (C-154/09) implica, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE; ii) a República Portuguesa é condenada a pagar à Comissão Europeia uma quantia fixa de 3 milhões de euros e uma sanção pecuniária compulsória de 10 000 euros por cada dia de atraso na aplicação das medidas necessárias para dar cumprimento ao acórdão Comissão c. Portugal.



## **v. Processos por incumprimento e poderes sancionatórios do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 25 de junho de 2014, *Comissão Europeia c. Portugal*, proc. C-76/13

Miguel Sousa Ferro

### **I. Antecedentes e declaração de incumprimento**

No início do século XXI, o serviço universal de telecomunicações em Portugal era garantido pela Portugal Telecom, ao abrigo do contrato de concessão de 1995, adotado por um período de 30 anos, nos termos concretizados no Decreto-Lei n.º 458/99, de 5 de novembro.

No chamado Pacote das Comunicações Eletrónicas, aprovado pela União Europeia em 2002, incluía-se a Diretiva Serviço Universal<sup>375</sup>, a qual impunha, *inter alia*, que o(s) prestador(es) de serviço universal (SU) fosse(m) designado(s) por concurso público. A transposição da Diretiva deveria estar concluída até 24 de julho de 2003.

O regime nacional vigente aquando da adoção desta Diretiva previa que se realizasse um concurso público para a designação do prestador do SU, mas só no final do contrato de concessão. Em 2003, antes do fim do prazo de transposição, o Governo alterou as bases de concessão do serviço público de telecomunicações em termos que confirmaram a manutenção da designação da PT como prestadora de serviço universal até 2025<sup>376</sup>.

A Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE, Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro) procedeu à transposição para o ordenamento nacional do Pacote das Comunicações Eletrónicas, e previa a designação do prestador de SU por concurso, mas não revogou nem alterou, expressamente, as normas que implicavam que a situação existente só se alterasse em 2025, embora parecesse dar prevalência à nova lei em caso de conflito com as bases da concessão.

A Comissão Europeia enviou ao Estado português a primeira notificação para cumprir, neste assunto, a 21 de março de 2005. Portugal

---

375 Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva serviço universal) (JO L 108/51, de 24/04/2002), artigos 3.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2.

376 Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro.

defendeu-se com o argumento de que a LCE revogara a designação da PT como prestadora do serviço universal e que as obrigações em causa da Diretiva estavam corretamente transpostas.

Dois anos depois, a Comissão enviou uma nova notificação para cumprir, baseada numa interpretação diferente do quadro normativo e na constatação factual de que não fora ainda lançado um concurso público para designação do prestador do SU. O parecer fundamentado foi enviado a 1 de fevereiro de 2008 e a ação por incumprimento foi intentada a 4 de maio de 2009.

Por acórdão de 7 de outubro de 2010, o TJUE deu razão à Comissão Europeia e declarou o incumprimento do Estado português<sup>377</sup>.

O TJUE começou por esclarecer que resultava da Diretiva Serviço Universal uma verdadeira obrigação de resultado. Até este acórdão, e apesar de alguns passos tomados nessa direção (e.g., consulta pública), o Estado português ainda não completara o processo de designação do prestador de SU por concurso público, de acordo com as exigências da Diretiva. Esta falta de aplicação prática não podia, segundo o Tribunal, ser justificada por dificuldades de implementação (tais como a necessidade de realização de uma análise de mercado para otimização da configuração do concurso público)<sup>378</sup>, e bastava para se identificar um incumprimento. Num cenário de processos de incumprimento que se focam quase sempre na letra das normas de transposição, esta decisão do TJUE realçou a importância de uma abordagem pragmática e que preserve o efeito útil de certo tipo de obrigações contidas em Diretivas europeias.

Mas o TJUE também concordou com a Comissão que a própria transposição normativa não fora correta e completamente feita. De acordo com a interpretação do TJUE, a LCE mantivera em vigor a concessão do serviço universal em benefício da PTC até 2025. O Tribunal deu razão ao Estado português que a LCE transpusera corretamente, no artigo 99.º, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva, e que era possível entender esse regime como mais exigente do que a anterior designação sem concurso público ao abrigo do contrato de concessão, com a consequência de se afastar a aplicação do Decreto-Lei n.º 31/2003 (por força do artigo 121.º da LCE).

No entanto, verificava-se, segundo o Tribunal, um sério problema de clareza e segurança jurídica. De acordo com jurisprudência assente,

---

377 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-154/09.

378 Reafirmando jurisprudência anterior: Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2004, Comissão c. Luxemburgo, proc. C-314/03; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2009, Comissão c. Bélgica, proc. C-120/09.

a transposição deve ser “suficientemente precisa e clara para o pleno cumprimento da exigência de segurança jurídica e que os beneficiários tenham a possibilidade de conhecer a plenitude dos seus direitos e, se necessário, de os invocar nos órgãos jurisdicionais nacionais”<sup>379</sup>. E esta apreciação é feita de modo objetivo pelo Tribunal, não sendo afetada pela opinião subjetiva, nomeadamente, das empresas no mercado<sup>380</sup>. Existia uma situação de ambiguidade jurídica, exacerbada pela situação factual.

Assim, em outubro de 2010, ficou declarado o incumprimento do Estado português, estando este obrigado a executar o acórdão do TJUE, transpondo corretamente os artigos em causa da Diretiva Serviço Universal e garantindo a sua aplicação prática, ou seja, designando o prestador de SU por concurso público conforme à Diretiva. Recorde-se que o início deste processo precedeu a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, motivo pelo qual ainda não era possível pedir, desde logo, na primeira ação, a condenação do Estado-membro em sanções.

## **II. Enquadramento da segunda ação**

Na sequência do acórdão C-154/09, a LCE foi revista (Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro). No entanto, apesar de alguma reorganização, o conteúdo material das normas anteriormente criticadas pelo TJUE não sofreu alterações significativas. Continuou a consagrar-se a continuada vigência do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro, exceto quando a LCE impusesse “um regime mais exigente para a concessionária” (artigo 124.º, n.º 2).

O Estado português entendeu que, por imperativos jurídicos internos, devia primeiro chegar a um acordo com a PT (renegociação dos termos do contrato de concessão), antes de lançar um novo concurso para a prestação do SU.

Insatisfeita com o arrastar do processo, a Comissão enviou uma notificação para cumprir em abril de 2011. Entretanto, esta questão foi

---

379 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-154/09, §47; Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de maio de 2001, Comissão c. Países Baixos, proc. C-144/99, §17; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de junho de 2008, Comissão c. Luxemburgo, proc. C-272/07, §§10 e 11; Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2009, Comissão c. Bélgica, proc. C-292/07, §§69 e 70.

380 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-154/09, §50.

também incluída no Memorando de Entendimento com a *Troika*<sup>381</sup>.

Em maio de 2012, o Governo aprovou a contratação da prestação do SU, definiu os termos dos respetivos concursos e autorizou a respetiva despesa<sup>382</sup>. Com o objetivo de incentivar a participação no processo de seleção do maior número possível de entidades, atendendo aos diferentes níveis de interesse nas várias componentes do SU, decidiu-se organizar três concursos distintos, respetivamente para: (i) a ligação a uma rede de comunicações pública num local fixo e a prestação de serviços telefónicos acessíveis ao público através dessa ligação; (ii) a oferta de postos públicos; e (iii) a disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço completo de informações de listas.

Estes concursos públicos foram posteriormente regulados pela Portaria n.º 318/2012, de 12 de outubro de 2012, sendo finalmente lançados os concursos neste mês.

Em fevereiro de 2013, Portugal informou a Comissão Europeia de que não esperava que o processo de designação estivesse concluído antes do fim do 1.º semestre de 2013, e aquela deu início, a 12 de fevereiro de 2013, ao (segundo) processo por incumprimento do qual ora nos ocupamos.

Posteriormente, em julho de 2013, o Governo aprovou a revogação do contrato de concessão com a PT (com indemnização desta empresa, tendo este acordo sido assinado a 28 de outubro de 2013) e determinou a adjudicação do concurso relativo à primeira componente do SU à Optimus (zonas Norte e Centro) e à ZON TV Cabo (zona Sul e Ilhas), e do concurso relativo à segunda componente do SU à PT<sup>383</sup>. Ficou ainda por designar o prestador da terceira componente do SU, cujo concurso ficara deserto.

Em acréscimo, o Decreto-Lei n.º 35/2014, de 7 de março, com entrada em vigor a 1 de junho de 2014, revogou o Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro, e o artigo 124.º da LCE.

### **III. O acórdão do Tribunal de Justiça**

O TJUE não teve dúvidas quanto ao incumprimento do acórdão, resolvendo essa questão em 6 curtos parágrafos. Começou por recordar

---

381 Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, 17 de maio de 2011, celebrado entre Portugal e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, §5.18.

382 Resolução do Conselho de Ministros n.º 50/2012, de 22 de maio.

383 Resolução do Conselho de Ministros n.º 66-A/2013, de 18 de julho.



que “a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento (...) é a data de expiração do prazo fixado na notificação para cumprir emitida ao abrigo dessa disposição”, que neste caso fora 7 de junho de 2011<sup>384</sup>. As medidas adotadas pelo Estado português, que este apresentou como tendo dado cumprimento ao acórdão, eram posteriores a essa data. Era, portanto, ponto assente que se verificara um incumprimento do acórdão C-154/09 dentro do prazo relevante.

Restava determinar as sanções a aplicar. Aqui, sim, o acórdão alonga-se, explorando questões inovadoras e interessantes.

A Comissão pedira a condenação de Portugal no pagamento de:

- (i) uma quantia fixa de 5.277,30 EUR por dia, desde a data do acórdão C-154/09, até à plena execução ou à data deste segundo acórdão (nesta segunda hipótese, este pedido traduzir-se-ia numa multa fixa de 7 milhões EUR);
- (ii) uma sanção pecuniária compulsória de 43.264,64 EUR por cada dia de atraso na execução do acórdão C-154/09, desde a data deste segundo acórdão até plena execução;

O TJUE acabou por condenar Portugal no pagamento de:

- (i) uma quantia fixa de 3 milhões EUR;
- (ii) uma sanção pecuniária compulsória de 10.000 EUR por cada dia de atraso no cumprimento do acórdão C-154/09, desde a data deste segundo acórdão até à plena execução.

A abordagem da Comissão ao cálculo das sanções seguiu a Comunicação a que se encontrava auto-vinculada<sup>385</sup>. A defesa de Portugal focou-se, *inter alia*, na desnecessidade das sanções, face à adoção, entretanto, das medidas necessárias ao pleno cumprimento, bem como na desproporcionalidade das sanções propostas, em comparação com multas noutros casos, atentas as dificuldades jurídicas internas na implementação e face à gravidade da conduta e à ausência de impacto significativo sobre os interesses dos consumidores. Foi também invocado o contexto da crise financeira internacional e da situação portuguesa, em particular, em prol de uma redução da multa.

---

384 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2014, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-76/13, §26.

385 Comunicação de 13 de dezembro de 2005 relativa à aplicação do artigo 228.º CE (SEC(2005) 1658), conforme atualizada pela sua Comunicação de 31 de agosto de 2012 relativa à aplicação do artigo 260.º TFUE (SEC(2012) 6106).

Como recordou o Tribunal, as coimas fixas devem ser determinadas em função das consequências para interesses privados e públicos. No caso concreto, o Tribunal afirmou que a não execução do acórdão C-154/09 “prejudicou os interesses privados e públicos em causa”<sup>386</sup>. No entanto, em nosso entender, nem a Comissão procurou demonstrar, nem o Tribunal se debruçou, minimamente, sobre factos a partir dos quais se pudesse concluir pela existência de tal prejuízo. O TJUE parece tê-lo presumido com base no incumprimento. Mas tal solução é pouco confortável, por parecer implicar a impossibilidade de se concluir que um incumprimento não teve consequências práticas e que, por isso, não justifica uma multa. Ora, o princípio de base da jurisprudência deveria permitir essa opção.

O Tribunal referiu ainda circunstâncias do caso concreto para justificar a necessidade de adoção de uma sanção fixa como medida dissuasora de futuros incumprimentos – especificamente, o facto de Portugal ter confirmado a manutenção da situação contrária à Diretiva (Decreto-Lei n.º 31/2003) já após a sua entrada em vigor, e pouco antes do fim do prazo de transposição<sup>387</sup>.

Quanto ao montante da quantia fixa, o Tribunal reafirmou os princípios jurisprudenciais de base nessa matéria<sup>388</sup>. Especialmente relevante na análise subsequente são: (i) a irrelevância de dificuldades internas; (ii) a aferição da gravidade da sanção; (iii) a falta de prova da revogação do contrato de concessão; (iv) a capacidade de pagamento de Portugal; e (v) a aplicação do princípio da igualdade face a anteriores sanções impostas pelo Tribunal.

No primeiro ponto, Portugal argumentara que o atraso na implementação se devera a imperativos internos constitucionais que obrigaram a negociações com a PT relativamente ao contrato de concessão vigente. Sem discutir o eventual mérito desse argumento ao nível factual, a atitude do TJUE foi, como lhe é característico, excluir sumária e categoricamente a relevância de quaisquer tais dificuldades do ordenamento jurídico interno como justificação para a inobservância do direito comunitário<sup>389</sup>. Uma posição clássica que se entende, sem prejuízo de poder ter de ser revista quando esteja em causa o limite ao primado do direito europeu, o que não era claro que estivesse aqui em causa.

---

386 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2014, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-76/13, §53.

387 Idem, §54.

388 Idem, §56.

389 Idem, §60.

No segundo ponto, a gravidade da sanção foi aferida em termos abstratos, com base na presunção de prejuízos a que já se aludiu. O tribunal presumiu que a ausência de concurso público implicou que os serviços não fossem prestados de forma rentável e eficaz, no respeito dos princípios da objetividade, da não discriminação e da distorção mínima de concorrência, implicando portanto um impacto negativo no bom funcionamento do mercado interno. É inegável, cremos, que a ausência de concurso implicou que outras empresas não tivessem oportunidade de prestar o SU, pelo que a esse nível a restrição é evidente. Mas já não era, quanto a nós, de modo algum evidente que a ausência de tal concurso implicasse prejuízos para os utilizadores finais, nem encontramos referida base jurisprudencial para semelhante presunção<sup>390</sup>. Aliás, nem é claro que o Tribunal tenha valorizado essa componente, sendo razoável uma leitura do acórdão segundo a qual a gravidade da infração se limita, exclusivamente, ao seu impacto no processo concorrencial e no acesso ao mercado, protegendo esses valores independentemente de quaisquer consequências para os utilizadores finais.

Terá sido especialmente importante, neste caso concreto, o facto de o TJUE ter entendido que não fora junta ao processo prova suficiente de que o acordo de revogação do contrato de concessão com a PT fora, efetivamente, assinado<sup>391</sup>. A conclusão é surpreendente, na medida em que o Tribunal também deu por provado que a revogação definitiva do artigo 124.º da LCE e os dois novos contratos de prestação de SU tinham produzido efeitos desde 1 de junho de 2014. Em todo o caso, foi uma conclusão com base nos autos que implicava, segundo o TJUE, que não se pudesse dar por terminado o incumprimento.

Quanto à proporcionalidade da sanção face à capacidade de pagamento do Estado-membro, o TJUE reconheceu que essa capacidade de Portugal conhecera uma “certa regressão num contexto de crise económica”<sup>392</sup>.

O montante de 3 milhões EUR de sanção fixa a que o Tribunal chegou, sem ser claramente excessivo, destoa dos precedentes recentes de sanções fixas por incumprimentos aplicadas a outros Estados-membros especialmente afetados pela crise financeira (Grécia e Irlanda). Em 6 outros acórdãos referentes a incumprimentos com durações similares, o Tribunal determinou quantias fixas de 1 milhão EUR (1x), 1,5 milhões

---

390 *dem.*, §§61-62.

391 *Idem.*, §63.

392 *Idem.*, §66.

EUR (1x), 2 milhões EUR (2x) e 3 milhões EUR (2x)<sup>393</sup>. Esta lista inclui casos em que as infrações foram consideradas muito graves, em que não existiam dificuldades de implementação, em que se verificou ausência de cooperação ou sequer início de execução do acórdão que declarou o incumprimento, e até uma situação de reincidência.

A aplicação da sanção pecuniária compulsória foi especialmente interessante, na medida em que só se justifica se o incumprimento persistir à data do acórdão e visa a persuasão do Estado-membro a adotar as medidas necessárias, devendo, portanto, ser proporcional a essa necessidade de persuasão.

Já referimos que o Tribunal não deu por provado que o incumprimento tivesse sido terminado, desde logo porque não se provara a revogação efetiva do acordo de concessão com a PT, apesar de se ter demonstrado a adjudicação dos concursos da prestação das duas primeiras componentes do SU. É especialmente interessante que o TJUE não tenha sequer discutido a situação da 3ª componente do SU.

Sem prejuízo da complexidade destas análises factuais, e de o Tribunal se ter de limitar aos documentos e informações constantes do processo, é nosso entender que, à data de adoção do acórdão, Portugal já tomara todas as medidas necessárias para garantir o pleno cumprimento do acórdão que declarou o incumprimento. Faltava apenas a designação do prestador da terceira componente do SU, que não fora possível por o concurso ter ficado deserto. É certo que se pode discutir se esse facto seria, ao menos parcialmente, imputável à República Portuguesa. Mas o Tribunal não fez qualquer referência a tal questão, e é certamente possível, em abstrato, que as empresas continuassem a não mostrar interesse na prestação deste serviço.

O acórdão C-76/13 deixou substanciais dúvidas, em nosso entender, quanto ao que seria necessário para pôr termo ao incumprimento pelo Estado português. Se o Estado provasse a revogação do contrato de concessão com a PT, isso bastaria? Não bastaria para cumprir a obrigação de resultado da Diretiva quanto à terceira componente do SU, mas o Tribunal não refere esse aspeto. O próprio Tribunal admite que Portugal

---

393 Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2009, Comissão Europeia c. Grécia, proc. C-109/08; Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2009, Comissão Europeia c. Grécia, proc. C-568/07; Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2009, Comissão Europeia c. Grécia, proc. C-369/07; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 2011, Comissão Europeia c. Grécia, proc. C-407/09; Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2012, Comissão Europeia c. Irlanda, proc. C-279/11; Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2012, Comissão Europeia c. Irlanda, proc. C-374/11.

já pusera em prática “as medidas necessárias para executar uma parte importante das suas obrigações”, embora não as especifique<sup>394</sup>.

O que constitui o pleno cumprimento deste acórdão? Naturalmente que caberá, em última linha, ao TJUE dirimir qualquer conflito. Mas, tendo em conta que caberá à Comissão interpretar o acórdão e aplicar as sanções, não deixa de ser surpreendente que um acórdão que aplique sanções por incumprimento do direito europeu seja tão impreciso quanto ao que constitui o pleno cumprimento.

Numa perspetiva mais profunda, suscita-se a curiosa questão de saber se um Estado pode ser declarado em incumprimento – e persistir em incumprimento – mesmo que tenha feito tudo o que estava ao seu alcance – dentro do razoável – para cumprir a obrigação, mas o cumprimento se tenha revelado impossível devido a opções de operadores privados.

#### **IV. Epílogo**

Sem surpresa, a controvérsia a que aludimos no penúltimo parágrafo da anterior secção acabou por se manifestar na prática.

Após o acórdão C-76/13, foram adotadas algumas medidas de execução. Em fevereiro de 2015, o Governo determinou o lançamento de novo concurso para a designação do prestador de SU da terceira componente em falta (disponibilização de uma lista telefónica completa e de um serviço completo de informações de listas)<sup>395</sup>, que foi regulado de imediato<sup>396</sup> e lançado a 26 de fevereiro<sup>397</sup>. Em maio de 2015, esta componente foi adjudicada à MEO<sup>398</sup>.

No entanto, tanto quanto nos foi possível determinar, este processo por incumprimento ainda não foi dado por encerrado, podendo eventualmente subsistir dúvidas da Comissão Europeia sobre a plena execução e não se sabendo ainda a fatura final deste incumprimento.

#### **V. Conclusão**

O acórdão C-76/13 é um interessante caso de estudo. Contribui, de modo especial, para a discussão de duas questões jurídicas que, em nosso

---

394 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de junho de 2014, Comissão Europeia c. Portugal, proc. C-76/13, §75.

395 Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-B/2015, de 20 de fevereiro.

396 Portaria n.º 50-A/2015, de 25 de fevereiro, e Despacho n.º 2036-A/2015, de 25 de fevereiro.

397 Anúncio de procedimento n.º 1138/2015, de 26 de fevereiro.

398 Resolução do Conselho de Ministros n.º 32-B/2015, de 21 de maio.

entender, necessitam ainda de esclarecimento na jurisprudência, que parece ter caminhado numa direção menos desejável.

Primeiro, se o montante das coimas deve ser determinado em função dos prejuízos causados a interesses privados e públicos, estes prejuízos devem ser aferidos, o que implica a sua demonstração no processo. Uma mera presunção (implícita) de prejuízo, sem fundamento (ou, pelo menos, sem fundamento indicado) implica, na prática, a violação deste princípio jurisprudencial e põe em causa a justificação da quantificação das sanções impostas pelo Tribunal. Para além da discussão da necessidade, esta questão revela-se, com especial premência, aquando da aferição da gravidade da infração.

Segundo, se a obrigação que foi incumprida é uma obrigação de resultado, mas esse resultado está, pelo menos em parte, dependente da vontade ou conduta de privados, parece-nos que não pode haver incumprimento se o Estado mostrar que tomou todas as medidas razoáveis para garantir o pleno cumprimento e o resultado só não foi alcançado devido a fatores que estão fora do seu controlo (dependem da vontade de particulares). Tanto quanto sabemos, a questão ainda não foi discutida, apesar de já ter sido suscitada neste processo e continuar a ser suscitada noutros<sup>399</sup>.

Ao nível dos estudos de ciência política, este processo é também um caso de estudo sobre as consequências de decisões políticas nacionais que acabam por ter importantes custos para os cofres do Estado, que poderão não ser devidamente tidos em conta no momento da decisão, *inter alia*, por não ser certa a sua concretização e por essa concretização, a acontecer, só vir a verificar-se num futuro relativamente distante.

---

399 Cfr., e.g., os processos C-398/14 e C-557/14, relativos ao tratamento das águas residuais urbanas.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)**  
**de 10 de julho de 2014**

**(C-183/13)**

**Tipo:** reenvio prejudicial submetido pelo Supremo Tribunal Administrativo.

**Partes:** Fazenda Pública c. Banco Mais

**Objeto:** interpretação da Sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme.

**Dispositivo:** o artigo 17.º, n.º 5, terceiro parágrafo, alínea c), da Sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado-Membro, em circunstâncias como as do processo principal, obrigue um banco que exerce, nomeadamente, atividades de locação financeira a incluir, no numerador e no denominador da fração que serve para estabelecer um único e mesmo pro rata de dedução para todos os seus bens e serviços de utilização mista, apenas a parte das rendas pagas pelos clientes, no âmbito dos seus contratos de locação financeira, que corresponde aos juros, quando a utilização desses bens e serviços seja sobretudo determinada pelo financiamento e pela gestão desses contratos, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.





**vi. Comentário ao acórdão “*Fazenda Pública contra Banco Mais, SA*”  
de 10 de julho de 2014, Proc. C-183/13:**

O *pro rata* em casos de distorção significativa na determinação do montante de imposto devido

José Maria Montenegro

## **I . Introdução**

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 10 de julho de 2014, que opôs a Fazenda Pública portuguesa ao Banco Mais, S.A. (doravante «Acórdão Banco Mais» ou simplesmente «Acórdão») ocupa-se, em bom rigor, daquele que é o mecanismo tendencialmente mais propício a divergências no funcionamento do sistema comum do Imposto Sobre o Valor Acrescentado – o exercício do direito à dedução. Se é verdade que a análise de uma qualquer questão em sede de IVA dificilmente passa à margem desse mecanismo – e por isso dele se diz que *é a trave-mestra do sistema do imposto*<sup>400</sup> – essa análise é tendencialmente mais complexa quando em causa estão sujeitos passivos que se dedicam concomitantemente a atividades geradoras e não geradoras de IVA, e, muito em particular, quando a ambas as atividades são destinados os mesmos serviços ou os mesmos bens. Pois se nenhuma dificuldade oferece a regra da dedução integral do IVA suportado, quando relativo a serviços e bens exclusivamente destinados a operações geradoras de IVA, já não será assim na ausência dessa exclusividade.

Os sujeitos passivos, que se encontram na contingência de determinar os termos em que hão-de exercer o direito a deduzir o IVA, confrontam-se com alternativas legais que nem sempre são evidentes, que não são imunes a dúvidas e, sobretudo, que geram conflitos de interpretação com a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e com os Tribunais.

O caso subjacente ao Acórdão Banco Mais é paradigmático desse potencial de dúvida. Não estamos certos de que o Acórdão tenha correspondido plenamente ao pedido que lhe era apresentado. Tememos – para usar uma expressão elegante – que no que se refere à análise do

---

400 Xavier de Basto, “A tributação do consumo e a sua coordenação internacional”, *Cadernos CTF*, n.º 164, 1991, p. 41.

regime português não terá sido empenhado o rigor desejado. E por isso a resposta, sendo útil, implica um reenquadramento antes ainda de um comentário de adesão ou de crítica.

É que a relação da Sexta Diretiva – ainda a Sexta Diretiva<sup>401</sup> – com a legislação que a transpõe para o ordenamento nacional (*rectius*, o Código do IVA), não é exatamente a de uma mera tradução literal. Ela convoca o intérprete para algo mais que, no caso, parece-nos que faltou ao TJUE.

## II. O caso Banco Mais

### a) A questão em juízo

Tal como sintetizado no Acórdão, o Banco Mais é uma instituição bancária que no ano de 2004 (ano a que se reportam os factos em juízo) exerce atividades de locação financeira no setor automóvel e outras actividades financeiras. Parte dessas actividades – designadamente a relativa à locação financeira do setor automóvel – confere o direito à dedução do IVA, e outra parte não confere esse direito.

A locação financeira (também designada pela expressão *leasing*)<sup>402</sup> é uma forma alternativa de financiamento definida, nos termos legais, como sendo *o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel (...), adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados*.<sup>403</sup> As operações de locação financeira são, portanto, formas de financiamento de activos. Se quisermos ver estes contratos sob o ponto de vista da sua substância económica, o que se verifica é que o utilizador do bem locado (designado de locatário) logra ter à sua disposição um activo que foi adquirido pelo locador em contrapartida da assunção por aquele da responsabilidade pelo pagamento de um conjunto

401 No caso em apreço o TJUE teve sempre por referência a Sexta Diretiva (Diretiva 77/388/CEE), de 17 de maio de 1977, que procedeu à uniformização da base tributável do imposto a aplicar em todos os Estados-membros da então Comunidade Económica Europeia (CEE). Mais recentemente, a Sexta Diretiva foi objecto de uma reformulação, concretizada através da Diretiva 2006/112/CEE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2007. A reformulação visou, no essencial, proceder a uma diferente sistematização das matérias e a uma nova numeração dos seus artigos, não tendo representado qualquer alteração substancial. Uma vez que a factualidade em juízo no Acórdão que comentamos ocorreu sob a vigência da Sexta Diretiva.

402 Sobre a locação financeira e seu enquadramento legal *vide*, por todos, Fernando Gravato de Moraes, *Manual da Locação Financeira*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2011.

403 Art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de junho.

de rendas. Naturalmente, o utilizador do bem (o locatário) obriga-se a pagar ao financiador (locador) um conjunto sequencial de montantes que incorporarão o reembolso do capital – a designada amortização financeira – e um juro (que constitui o verdadeiro ganho do locador / financiador).

Para efeitos de IVA, a locação financeira mobiliária é qualificada como uma prestação de serviços por apelo ao conceito residual constante do n.º 1 do art.º 4.º do Código do IVA. Essa atividade é, portanto, geradora de IVA uma vez que não beneficia de qualquer isenção (passa incólume ao elenco taxativo plasmado no art.º 9.º do Código do IVA que consagra as transmissões de bens e as prestações de serviços isentas).

A especificidade que aqui se impõe convocar a propósito da actividade de locação financeira mobiliária – e que está na génese da disputa entre o Banco Mais e a Fazenda Pública – é a de que neste tipo de contratos o proveito que releva para efeitos contabilísticos e, consequentemente, para efeitos de tributação do rendimento, é apenas aquele que isola a componente de juros da renda a pagar pelo locador no contrato de locação financeira. Isto é, para efeitos contabilísticos e fiscais, a parte da renda relativa à amortização de capital não deve relevar – não releva – na folha contabilística do locador.

Dito de um modo mais preciso, quer na vigência do novo Plano Oficial de Contabilidade (POC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 410/89, de 21 de novembro, quer já na vigência do Sistema de Normalização Contabilística, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, o locador passou a excluir do seu activo imobilizado os bens objecto de locação financeira, ficando o respectivo valor integrado numa conta de créditos a receber. E sendo assim, a percepção das rendas pagas contratualmente pelo locatário gera dois movimentos distintos e concomitantes na esfera da sociedade locadora: na parte da amortização financeira, um abate ao valor do crédito reconhecido; na parte relativa ao juro, um proveito (ou rédito) com impacto no resultado do período.

Ora, uma vez que apenas a parcela dos juros afecta o resultado contabilístico, assim também sucede para efeitos de IRC, por força da clássica relação de dependência parcial que une ambas as expressões (contabilística e fiscal), e cuja tradução legal se encontra no art.º 17.º do Código do IRC.

Inversamente, todavia, esta distinção entre a amortização do capital e do juro não releva para efeitos de liquidação de IVA, atendendo a que a base tributável encara as duas componentes da renda como uma só, fundindo-as no conceito geral de contrapartida. É o que resulta inequivocamente do art.º 16.º do Código IVA – justamente a disposição que, sob a epígrafe

*valor tributável*, escolheu apelar ao *valor da contraprestação* que, no caso dos contratos de locação financeira, é a renda *tout court*.

Mas e então, ao que vem, ou qual a relevância, desta diferença no tratamento da mesma realidade em sede de IRC e em sede de IVA? Que interesse tem na questão sob análise no aresto do TJUE de 10 de julho de 2014?

Conforme já assinalámos, o Banco Mais pratica operações sujeitas e não isentas de IVA e operações sujeitas mas isentas sem direito à dedução, sendo o que se convencionou na doutrina como um sujeito passivo *misto*.

Para este tipo de sujeitos passivos o regime do direito à dedução do IVA suportado nos bens e serviços adquiridos para o exercício das suas actividades consagrado na lei<sup>404</sup> era o que constava no art.º 23.º do Código do IVA e que o Banco Mais seguiu sem desvios.

Dispunha o mencionado art.º 23.º, sob a epígrafe *Regularização da dedução do imposto*:

*1 - Quando o sujeito passivo, no exercício da sua actividade, efectue transmissões de bens e prestações de serviços, parte das quais não confira direito à dedução, o imposto suportado nas aquisições é dedutível apenas na percentagem correspondente ao montante anual de operações que dêem lugar a dedução.*

*2 - Não obstante o disposto no número anterior, poderá o sujeito passivo efetuar a dedução segundo a afetação real de todos ou parte dos bens e serviços utilizados, sem prejuízo de a Direcção-Geral dos Impostos lhe vir impor condições especiais ou a fazer cessar esse procedimento no caso de se verificarem distorções significativas na tributação.*

*3 - A Administração fiscal pode obrigar o contribuinte a proceder de acordo com o disposto no número anterior:*

*a) Quando o sujeito passivo exerça actividades económicas distintas;*

*b) Quando a aplicação do processo referido no n.º 1 conduza a distorções significativas na tributação.*

*4 - A percentagem de dedução referida no n.º 1 resulta de uma fracção que comporta, no numerador, o montante anual, imposto excluído, das transmissões de bens e prestações de serviços que dão lugar a dedução nos termos do artigo 19.º e do n.º 1 do artigo 20.º e, no denominador, o montante anual, imposto excluído, de todas as operações efetuadas pelo sujeito passivo, incluindo as operações isentas ou fora do campo de imposto, designadamente as subvenções*

---

404 Mantemo-nos «fiéis» ao regime vigente à data dos factos em 2004.

*não tributadas que não sejam subsídios ao equipamento. (...).*

Em face desta disposição, o Banco Mais, porque *no exercício da sua actividade, efectu[a] transmissões de bens e prestações de serviços, parte das quais não conf[erem] direito à dedução, dedu[ziu] [o imposto suportado nas aquisições] apenas na percentagem correspondente ao montante anual de operações que dêem lugar a dedução..* Essa percentagem resultou, nos termos do n.º 4 do citado art.º 23.º, *de uma fracção que comporta, no numerador, o montante anual, imposto excluído, das transmissões de bens e prestações de serviços que dão lugar a dedução (...) e, no denominador, o montante anual, imposto excluído, de todas as operações efetuadas pelo sujeito passivo, incluindo as operações isentas ou fora do campo de imposto, designadamente as subvenções não tributadas que não sejam subsídios ao equipamento.*

Em concreto, no que à actividade de locação financeira se refere, o Banco Mais colocou no denominador o montante anual sobre o qual incidiu IVA, isto é, o montante da contrapartida que, por força do art.º 16.º do Código do IVA, serviu de base à liquidação de imposto.

Foi esta opção que a AT veio colocar em causa, sustentando que *o método utilizado (...) para determinar o seu direito à dedução tinha levado a uma distorção significativa na determinação do montante de imposto devido*<sup>405</sup>. Com efeito, considerou a AT, *que no que respeita às operações de locação financeira, que o facto de ter utilizado como critério a parte do volume de negócios gerada pelas operações que conferiam direito à dedução, sem excluir desse volume de negócios a parte das rendas recebidas que compensavam o custo de aquisição dos veículos, tinha tido por efeito falsear o cálculo do pro rata de dedução.*

Por outras palavras, não obstante o IVA gerado ter por base a contrapartida total (as rendas) percebidas pelo Banco Mais, incluindo a componente de amortização financeira e os juros, entende a AT que para o cálculo do *pro rata* apenas pode concorrer a componente de juros.

Segundo o enquadramento da questão, tal como apresentado pelo TJUE, a AT ancora-se na *possibilidade de a administração exigir que um sujeito passivo determine o alcance do seu direito à dedução segundo a afectação dos bens e dos serviços em causa, a fim de sanar uma distorção significativa na tributação*<sup>406</sup>.

Em face desta decisão da AT e da respectiva impugnação judicial por

---

405 §10 do Acórdão.

406 §14 do Acórdão.

parte do Banco Mais, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) formula a seguinte questão prejudicial:

*Num contrato de locação financeira, em que o cliente paga a renda, sendo esta composta pela amortização financeira, juros e outros encargos, essa renda paga deve ou não entrar, na sua aceção plena, para o denominador do pro rata, ou, ao invés, devem ser considerados unicamente os juros, pois estes, são a remuneração, o lucro que a atividade da banca obtém pelo contrato de locação?*

Se bem interpretamos a questão enunciada, talvez a devamos simplificar nos seguintes termos: o legislador português, ao consagrar no n.º 1 do art.º 23.º do Código do IVA que os sujeitos passivos mistos podem deduzir o IVA apenas na percentagem correspondente ao montante anual de operações que deem lugar a dedução, e ao estabelecer, no n.º 4 do mesmo art.º 23.º, que essa percentagem de dedução (ou *pro rata*) resulta de uma fracção que comporta, no numerador, o montante anual, imposto excluído, das transmissões de bens e prestações de serviços que dão lugar a dedução e, no denominador, o montante anual, imposto excluído, de todas as operações efectuadas pelo sujeito passivo, tras põe, sem violar, a Diretiva do IVA?

E uma segunda questão ainda: no pressuposto de que a legislação nacional o consinta, é contrária a essa Diretiva uma decisão administrativa que se traduza na manipulação daquele *pro rata* com fundamento em distorção significativa na determinação do montante de imposto devido? E essa manipulação pode-se exprimir na exclusão do denominador de um montante que, não obstante ter servido de base a liquidação de imposto, por não ser considerado proveito do sujeito passivo, para efeitos de tributação do rendimento?

#### **a) A decisão do TJUE e os termos em que a coloca**

Confrontado com a questão formulada pelo Supremo Tribunal Administrativo português, e como é curial, o TJUE começou por convocar as disposições relevantes da Sexta Diretiva para depois as cotejar com o art.º 23.º do Código do IVA português que lhe cabia ajuizar.

Os excertos relevantes a ponderar eram, com esse fito, o n.º 5 do art.º 17.º e o n.º 1 do art.º 19.º, ambos da Sexta Diretiva:

#### ***Artigo 17.º - Origem e âmbito do direito à dedução***

*(...)*

5 - No que diz respeito aos bens e aos serviços utilizados por um sujeito passivo, não só para operações com direito à dedução, previstas nos n.ºs 2 e 3, como para operações sem direito à dedução, a dedução só

é concedida relativamente à parte do [IVA] proporcional ao montante respeitante à primeira categoria de operações.

Este *pro rata* é determinado nos termos do artigo 19.º, para o conjunto das operações efetuadas pelo sujeito passivo.

Todavia, os Estados Membros podem:

- a) *Autorizar o sujeito passivo a determinar um pro rata para cada sector da respectiva atividade, se tiver contabilidades distintas para cada um desses setores;*
- b) *Obrigar o sujeito passivo a determinar um pro rata para cada sector da respetiva atividade e a manter contabilidades distintas para cada um desses setores;*
- c) *Autorizar ou obrigar o sujeito passivo a efectuar a dedução com base na afetação da totalidade ou de parte dos bens e dos serviços;*
- d) *Autorizar ou obrigar o sujeito passivo a efectuar a dedução, em conformidade com a regra estabelecida no primeiro parágrafo deste número, relativamente aos bens e serviços utilizados nas operações aí referidas;*
- e) *Estabelecer que não se tome em consideração o [IVA] que não pode ser deduzido pelo sujeito passivo, quando o montante respectivo for insignificante.*

#### **Artigo 19.º - a Cálculo do pro rata de dedução**

*O pro rata de dedução, previsto no n.º 5, primeiro parágrafo, do artigo 17.º, resultará de uma fracção que inclui:*

- no numerador; o montante total do volume de negócios anual, líquido do [IVA], relativo às operações que conferem direito à dedução nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º,*
- no denominador; o montante total do volume de negócios anual, líquido do [IVA], relativo às operações incluídas no numerador e às operações que não conferem direito à dedução. Os Estados Membros podem incluir, igualmente, no denominador o montante das subvenções que não sejam as referidas em A, 1, a), do artigo 11.º*  
*O pro rata é determinado numa base anual e fixado em percentagem arredondada para a unidade imediatamente superior.*

Ora, a prévia advertência que se impõe fazer – e aqui assinalamos a primeira e originária crítica ao Acórdão do TJUE – é a de que se é verdade que o legislador comunitário previu ou admitiu que os Estados Membros consagassem, nos seus diplomas de transposição da Sexta Diretiva, regras que obriguem o sujeito passivo a *efetuar a dedução com base na afetação*



*da totalidade ou de parte dos bens e dos serviços* – é forçoso reconhecer que o legislador nacional não usou dessa margem de transposição ao ponto de consentir à Autoridade Tributária, designadamente com base na distorção significativa na determinação do montante de imposto devido, manipular o *pro rata* de um sujeito passivo, limitando os montantes do denominador ou do numerador. É muito menos se pode afirmar que a norma que transpôs aquela al. c) do n.º 5 do art.º 17.º da Sexta Diretiva corresponde ao n.º 2 do art.º 23.º do Código do IVA, mesmo que conjugado com o n.º 3 do mesmo art.º. Não pretendemos ser meramente conclusivos nesta afirmação – até porque nos parece ter sido esse o vício de que padeceu o aresto do TJUE.

Olhemos atentamente às disposições em causa. O art.º 23.º do Código do IVA, consagrou objetivamente o *pro rata* como o regime de dedução do IVA para os sujeitos passivos mistos. Fê-lo no n.º 1 e concretizou-o no n.º 4 do aludido art.º 23.º, em que faculta os elementos a considerar para efeitos do cálculo da percentagem de dedução. A referência ao método da afectação real surge claramente numa lógica de opção do próprio sujeito passivo. Daí se perceber que no n.º 2 do dito art.º 23.º o legislador tenha escolhido a expressão *não obstante o disposto no número anterior, o sujeito passivo poderá efectuar a dedução segundo a afectação real*. E justamente quando o sujeito passivo opta pelo método da afectação real, nos termos deste n.º 2, a Autoridade Tributária pode *lhe vir a impor condições especiais ou fazer cessar esse procedimento* [aplicando-se então o *pro rata*] *no caso de se verificarem distorções significativas na tributação*.

E na mesma senda, o legislador regula ainda certas circunstâncias em que, tendo o sujeito passivo misto optado pelo método do *pro rata*, a Autoridade Tributária o pode *obrigar* (é esta a expressão) a efetuar a dedução segundo a afectação real de todos ou de parte dos bens ou serviços utilizados. Pode fazê-lo, nos termos do n.º 3 deste mesmo art.º 23.º, *quando o sujeito passivo exerça actividades económicas distintas* (al. a)) e *no caso de se verificarem distorções significativas na tributação* (al. b)). Não se trata de uma alteração ao modo como o sujeito passivo apurou o seu *pro rata*, trata-se antes, nos termos legais, de uma alteração do método de dedução.

Ora, feito este percurso detalhado pelo art.º 23.º do Código do IVA, somos forçados a concluir que onde o legislador nacional explorou a margem de transposição que a Diretiva lhe facultava foi na possibilidade de obrigar um sujeito passivo a não aplicar o método do *pro rata*, em dois tipos de situações – quando o sujeito passivo exerça actividades económicas distintas e no caso de se verificarem distorções significativas



na tributação (o que resulta do n.º 3 do art.º 23.º). E deu expressão a essa margem ao consagrar também a possibilidade de a Autoridade Tributária impor condições especiais ao método da afetação real – quando o sujeito passivo optou por esse método de dedução – ou de fazer cessar esse método caso se verifiquem distorções significativas na tributação.

Em momento nenhum, em lugar algum, se descortina neste art.º 23.º a menção ou a consagração do poder de a Autoridade Tributária, perante um sujeito passivo que opta pelo método do *pro rata*, lhe impor condições à percentagem de dedução. Isto é, para lá das instruções precisas fornecidas pelo n.º 4 do art.º 23.º – e que são objetivas na determinação daquela percentagem – o legislador não habilitou a Autoridade Tributária a contrariar a percentagem de dedução tal como resulta do n.º 4.

É verdade que a Sexta Diretiva no art.º 17.º (n.º 5, terceiro parágrafo, al. c)), quando se referia, justamente ao *pro rata*, abriu a porta aos Estados-membros para que autorizassem ou obrigassem o sujeito passivo a efetuar a dedução com base na utilização da totalidade ou de parte dos bens e dos serviços. Sucede, todavia, que o legislador nacional preferiu não abrir essa porta, nada consagrando no sentido de conferir à sua Autoridade Tributária poderes com esse conteúdo.

É portanto aqui – neste ponto base, e diria mesmo nevrálgico – que nos distanciamos do Acórdão do TJUE de 10 de julho de 2014. Pois não é verdade que a disposição constante do n.º 2 do art.º 23.º do Código do IVA (conjugado com o n.º 3) *reproduz, em substância, a regra de determinação do direito à dedução enunciada no artigo 17.º, n.º 5, terceiro parágrafo, alínea c), da Sexta Diretiva, que é uma disposição derogatória da regra prevista nos artigos 17.º, n.º 5, primeiro parágrafo, e 19.º, n.º 1, dessa Diretiva*.<sup>407</sup> E mais dificuldade teremos em acompanhar a afirmação de que *o artigo 23.º, n.º 2, do CIVA constitui a transposição, para o direito interno do Estado-Membro em causa, do artigo 17.º, n.º 5, terceiro parágrafo, alínea c), da Sexta Diretiva*.<sup>408</sup>

A partir deste ponto o interesse ou a utilidade do aresto em análise como que se esfuma na mera curiosidade teórica. Não teríamos dificuldade em acompanhar o Tribunal numa resposta do tipo «a Diretiva não se opõe a que um Estado-membro obrigue um sujeito passivo, para efeitos do cálculo da percentagem de dedução, a expurgar do denominador e do numerador a totalidade ou parte do volume de negócios de certa atividade que desenvolve».

---

407 § 18 do Acórdão.

408 §19 do Acórdão.

Não é, contudo, essa a realidade com que se confrontava o TJUE no Caso Banco Mais.

Questão diversa, não obstante a considerarmos prejudicada pela conclusão a que já chegámos, é a de saber se era ou não era atendível, ou eventualmente justificável, a distinção entre amortização financeira e juros, integrando apenas estes o *montante anual* das prestações de serviço associadas à atividade de *leasing* automóvel a que alude o n.º 4 do art.º 23.º do Código do IVA.

A resposta a esta questão, do nosso ponto de vista, não há-de residir na aparente diferença entre a expressão que o legislador português adotou – a de *montante anual* – e a adotada na Sexta Diretiva – *montante total do volume de negócios anual*. E em boa verdade o TJUE desinteressou-se dessa diferença literal, num eloquente silêncio sobre a natureza indistinta dessas expressões para efeitos de cálculo do *pro rata*.

Não sendo da diferença de expressões que se retira a legitimidade para cravar essa distinção entre a amortização financeira e juros – numa alegada lógica de destaque do rendimento líquido da atividade – também não vemos que o arrimo para semelhante ideia se encontrasse no regime destinado à tributação do rendimento para o sector de atividade em causa. Em boa verdade, ao contrário do que ocorre para efeitos de IRC, num imposto de consumo como o IVA o que se pretende atingir é a capacidade contributiva revelada na despesa e não propriamente a que emana da perceção de um rendimento líquido.

Recuperamos, portanto, o que acima cuidámos de detalhar. A distinção entre a amortização do capital e do juro não releva para efeitos de liquidação de IVA, atendendo a que a base tributável encara as duas componentes da renda como uma só, fundindo-as no conceito geral de contrapartida sobre o qual, nos termos do art.º 16.º, incide o imposto. E se é esse o valor que releva para efeitos de liquidação, é forçosamente também esse o valor a relevar para efeitos de apuramento da percentagem de dedução regulada no n.º 4 do art.º 23.º do Código do IVA. Dizendo de um modo mais direto, na expressão *montante anual* das prestações de serviço associadas à atividade de *leasing* automóvel está a renda sobre a qual incide o imposto (incluindo assim, quer a componente de amortização financeira quer a de juros). Porventura a essa distinção poderia recorrer a Autoridade Tributária se, de facto, estivesse confrontada com as tais «distorções significativas na tributação» por efeito de um *pro rata* apurado nos termos do n.º 4 do art.º 23.º do Código do IVA. Para tal, todavia, careceria de base legal – de que não dispõe –, e sempre lhe seria imposto um mínimo de demonstração de que essas distorções tinham na origem

uma componente que – ela própria – havia servido de base à liquidação de imposto.

### III. Conclusão

O comentário crítico que nos merece o Acórdão do TJUE, de 10 de julho de 2014, prende-se com o dissenso que não podemos evitar a respeito do pressuposto essencial das questões que foram formuladas. A pertinência da resposta do TJUE dependia de ser verdadeiro o pressuposto de que a legislação portuguesa consentia numa decisão administrativa que se traduzisse na manipulação do *pro rata* apurado por um sujeito passivo com fundamento em distorção significativa na determinação do montante de imposto devido. Esse pressuposto não era verdadeiro e, portanto, de pouca utilidade padecem as respostas facultadas no aresto. Acompanharíamos o TJUE quando afirma que o Sistema Comum do Imposto sobre o valor acrescentado deve ser interpretado no sentido de que *«não se opõe a que um Estado-membro, em circunstâncias como as do processo principal, obrigue um banco que exerce, nomeadamente, atividades de locação financeira a incluir, no numerador e no denominador da fração que serve para estabelecer um único e mesmo pro rata de dedução para todos os seus bens e serviços de utilização mista, apenas a parte das rendas pagas pelos clientes, no âmbito dos seus contratos de locação financeira, que corresponde aos juros, quando a utilização desses bens e serviços seja sobretudo determinada pelo financiamento e pela gestão desses contratos..* O problema está naquela frase *em circunstâncias como as do processo principal*, pois, como vimos, o quadro legal nacional não permitia sequer colocar a questão.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção)**  
**de 5 de março de 2015**

**(C-343/13)**

- Tipo:** reenvio prejudicial remetido pelo Tribunal do Trabalho de Leiria.
- Partes:** Modelo Continente Hipermercados SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho — Centro Local do Lis (ACT).
- Objeto:** interpretação do artigo 19.º, n.º 1, da Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, fundada na alínea g) do n.º 3 do artigo 54.º do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas.
- Dispositivo:** o artigo 19.º, n.º 1, da Terceira Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978, fundada na alínea g) do n.º 3 do artigo 54.º do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas, conforme alterada pela Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, deve ser interpretado no sentido de que uma «fusão mediante incorporação», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da referida diretiva, implica a transmissão, para a sociedade incorporante, da obrigação de pagar uma coima aplicada por decisão definitiva, depois da referida fusão, por infrações ao direito do trabalho cometidas pela sociedade incorporada antes da referida fusão.

## vii. A Expetativa de Aplicação de Coima como Parte do Conceito de Património Passivo para Efeitos de Fusão de Sociedades

Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-343/13, “Modelo Continente Hipermercados SA contra Autoridade para as Condições de Trabalho — Centro Local do Lis”

Maria Ana Barata e António Garcia Rolo<sup>409</sup>

### A título introdutório

Em 5 de março de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante designado o “**Tribunal de Justiça**” ou o “**TJUE**”), proferiu um acórdão<sup>410</sup> inédito no qual esclareceu que numa fusão por incorporação, abrangida pelo disposto na Diretiva 78/855/CEE<sup>411</sup> e na Diretiva 2011/35/UE<sup>412</sup> (em conjunto as “**Diretivas**”), a expetativa de aplicação de uma coima posterior à fusão cujos factos subjacentes tenham ocorrido antes da mesma é incluída no conceito de património passivo da sociedade incorporada, o qual é transferido *ipso jure*<sup>413</sup> para a sociedade incorporante.

Não obstante o carácter aparentemente óbvio da conclusão do órgão jurisdicional da União Europeia, é a primeira vez que o Tribunal de Justiça se pronuncia sobre esta questão.

Conjuntamente com a uma descrição da decisão que se seguirá, procuraremos igualmente exprimir o nosso juízo perante o raciocínio que levou o TJUE a enunciar tal conclusão, avaliando, nomeadamente, se levou poderia ter sido construído de outro modo. No âmbito deste exercício de apreciação, propomos-mos a analisar criticamente o raciocínio subjacente à decisão do Tribunal de Justiça e a levantar temas não abordados de forma direta pelos juízes sediados no Luxemburgo.

409 As opiniões expressas neste comentário vinculam exclusivamente os autores.

410 vide Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 5 de março de 2015, processo n.º C-343/13 (“*Modelo Continente Hipermercados, S.A. c. Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis*”), disponível em <http://curia.europa.eu> (o “**Acórdão**”).

411 Terceira Diretiva do Conselho de 9 de outubro de 1978 fundada na alínea g) do n.º 3, do artigo 54.º, do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas (a “**Diretiva 78/855 CEE**”).

412 Diretiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2011 relativa à fusão das sociedades anónimas (a “**Diretiva 2011/35/UE**”).

413 Cfr. art. 19.º, n.º 1, al. a) das referidas Diretivas, cuja redação se comentará mais à frente.

## Da descrição dos factos do processo contraordenacional

Em 15 de fevereiro de 2011, a Autoridade para as Condições de Trabalho (doravante designada “**ACT**”) levou a cabo uma inspeção ao registo das horas de trabalho prestadas pelos trabalhadores da sociedade *Good and Cheap* nos anos anteriores, tendo constatado contraordenações respeitantes ao número de horas consecutivas prestadas por certos trabalhadores e ao número de horas de descanso entre períodos de trabalho, por violação do disposto quanto a essas matérias no Código do Trabalho. Em 22 de fevereiro do mesmo ano, a sociedade *Good and Cheap* e a sociedade Modelo Continente Hipermercados, S.A. (doravante designada a “**MCH**”) deram entrada do pedido de registo do seu projeto de fusão junto da Conservatória do Registo Comercial competente, tendo vindo a concretizar-se, em 31 de março, o registo da mesma. A fusão das sociedades referidas concretizou-se mediante incorporação do património da *Good and Cheap* na MCH, tendo a última absorvido integralmente o património da primeira<sup>414</sup>.

Paralelamente, a ACT havia lavrado a 7 de março de 2011<sup>415</sup> e na sequência da supramencionada inspeção, dois autos de notícia contra a Good and Cheap (a sociedade incorporada), tendo tais autos apenas sido notificados a 4 de abril de 2011 – data em que o projeto de fusão já constava do registo. A 24 de setembro de 2012, a ACT confirmou os referidos autos e aplicou à MCH coimas pelas infrações contraordenacionais imputadas à Good and Cheap, entretanto incorporada na MCH<sup>416</sup>.

A MCH, inconformada com a aplicação das coimas, recorreu da decisão da ACT para o Tribunal do Trabalho de Leiria, suscitando a compatibilidade do art. 112.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante designado o “**CSC**”) com o art. 19.º da Diretiva 2011/35/UE, levando a que o Tribunal do Trabalho de Leiria suspendesse a instância e submetesse quatro questões

---

414 Cfr. parágrafos 9, 10 e 12 do Acórdão.

415 Repare-se que, no momento em que foram lavrados os autos de notícia, o pedido de registo do projeto de fusão já havia sido requerido, mas ainda não tinha sido concluído.

416 *Ibid.*, parágrafos 11 e 13.

prejudiciais ao TJUE<sup>417</sup>: (i) se a fusão de sociedades implica a transmissão da responsabilidade contraordenacional para a sociedade incorporante por factos cometidos pela sociedade incorporada anteriormente ao registo da fusão; (ii) se poderá uma sanção de natureza contraordenacional ser considerada um crédito de terceiros para efeitos de aplicação da Diretiva 2011/35/UE; (iii) se o entendimento segundo o qual o art. 112.º do CSC não implica a extinção do procedimento contraordenacional anterior à fusão nem da coima dele resultante é contrário à Diretiva 2011/35/UE; e (iv) se não será tal entendimento uma violação do princípio de que não pode existir contraordenação sem responsabilidade objetiva ou culposa da sociedade incorporante.

Tendo julgado a quarta questão inadmissível, porquanto tem por objeto a interpretação de princípios do direito português e é desprovida de qualquer referência ao Direito da União Europeia<sup>418</sup>, o TJUE cingiu-se a responder às restantes questões prejudiciais.

## O juízo prejudicial do processo principal

A ideia de que uma resposta à primeira questão, i.e., se a fusão de sociedades implica a transmissão da responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada para a incorporante, pudesse parecer óbvia e evidente será afastada pelas linhas abaixo, que mostrarão as várias subtilidades que deverão ser ponderadas antes de antecipar um juízo conclusivo do tema suscitado pelo órgão jurisdicional português.

Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça, ao contrário do caminho sugerido pelo Advogado-Geral Wathelet, não recorre à Diretiva 2011/35/UE, já que esta não estava em vigor à data – 15 de fevereiro de 2011 - dos

417 *Ibid.*, parágrafo 15, que se transcreve:

“1) À luz do Direito [da União], nomeadamente [do artigo 19.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2011/35], a fusão de sociedades implica um regime de transmissão da responsabilidade contraordenacional para a sociedade incorporante por factos cometidos pela sociedade incorporada anteriormente ao registo da fusão? 2) Poderá uma sanção de natureza contraordenacional ser considerada crédito de terceiros (nesse caso o Estado por infração a normas do regime das contraordenações) para efeitos de aplicação da Diretiva [2011/35] transferindo-se o alegado crédito (coima) por sanção contraordenacional e de que será credor o Estado para a sociedade incorporante? 3) Não será o entendimento de que o artigo 112.º do CSC não implica a extinção do procedimento por contraordenação praticada anteriormente à fusão nem [da] coima que lhe tenha/venha a ser aplicada, contrária à [Diretiva 2011/35] que estabelece os efeitos da fusão de sociedades estabelecendo-se assim uma interpretação extensiva do preceito contrária aos princípios do [direito da União], nomeadamente o artigo 19.º [desta] diretiva? 4) Não será este entendimento uma violação do princípio de que não pode existir contraordenação sem responsabilidade objetiva (mitigada) ou culposa da entidade incorporante?”

418 *Ibid.*, parágrafo 19.

factos do processo principal<sup>419</sup>, recorrendo ao invés à Diretiva 78/855/CEE. Não pode deixar de ser sublinhado o facto dos artigos 19.º, n.º 1, al. a) de ambas as Diretivas, os quais listam os efeitos nas fusões, serem idênticos, mantendo-se a redação que foi adotada em 1978 pelo Conselho. Segundo o mencionado preceito, uma fusão mediante incorporação conduz *ipso jure* à “transmissão universal do conjunto do património ativo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante”.

Assim, o Tribunal de Justiça propõe-se a decidir se a responsabilidade contraordenacional de uma sociedade, consistindo concretamente na obrigação de pagar uma coima fixada depois da fusão por infrações cometidas antes da mesma, deverá entrar no conceito de “património passivo”<sup>420</sup>.

O primeiro óbice encontrado pelo TJUE foi o facto de o conceito de “património passivo” não ter sido definido por nenhuma das Diretivas, pelo que o Tribunal de Justiça, na senda da sua jurisprudência anterior e com base na necessidade de aplicação uniforme do Direito da União e do princípio da igualdade, procura uma definição uniforme de património passivo para efeitos desta diretiva em vigor na data em que ocorreram os factos – a Diretiva 78/855/CEE<sup>421</sup>.

Sem aprofundar excessivamente esse ponto, no entanto o TJUE envereda por uma indagação *ad absurdum*, invocando outro dos efeitos da fusão por incorporação listado nas Diretivas – a extinção da sociedade incorporada (art. 19.º, n.º 1, al. c) de ambas as Diretivas) – para demonstrar que, se a responsabilidade contraordenacional não se transmitisse para a sociedade incorporante, enquanto elemento do património passivo da sociedade incorporada, esta responsabilidade extinguir-se-ia, colidindo com a própria natureza de uma fusão por incorporação, como definida na Diretiva, com o objetivo constante do terceiro considerando da Diretiva 78/855, i.e., “a proteção dos interesses dos sócios e dos terceiros”<sup>422</sup>. Tal raciocínio, como veremos abaixo, porquanto legítimo, não fornece a académicos e profissionais mais pistas respeitantes a uma definição uniforme, no Direito da União, do conceito de “património passivo”, tendo o Tribunal de Justiça perdido uma oportunidade para o fazer.

---

419 *Ibid.*, parágrafo 21.

420 *Ibid.*, parágrafo 24.

421 *Ibid.*, parágrafo 27.

422 *Ibid.*, parágrafos 28 a 30.



No entender do TJUE, o conceito de terceiros é mais amplo do que o de “*credores, obrigacionistas ou não, e os portadores de outros títulos das sociedades participantes na fusão*”, empregues no sexto considerando da Diretiva 78/855 CEE, também englobando entidades que, à data da fusão, ainda não sejam suscetíveis de ser qualificadas de credores, ou de portadores de outros títulos, mas que poderão ser assim qualificadas depois da fusão, devido a situações nascidas antes da mesma, tal como as existentes no processo principal. De outra forma, segundo o Tribunal de Justiça, o interesse do Estado-membro cujas autoridades competentes tivessem aplicado a coima não estaria protegido e transformaria a fusão num meio de uma sociedade se escapular às consequências de infrações contraordenacionais que tivesse cometido<sup>423</sup>.

O Tribunal de Justiça conclui refutando o argumento apresentado pela MCH segundo o qual a transmissão da responsabilidade contraordenacional de uma sociedade incorporada através de fusão seria contrária aos interesses dos credores e acionistas da sociedade incorporante, pois estes não estariam em condições de avaliar as consequências económicas e patrimoniais da fusão. Apesar do art. 13.º, n.º 2, da Diretiva 78/855/CEE conferir aos credores o direito de obter garantias adequadas, nomeadamente quando a situação financeira das sociedades participantes torna tal proteção necessária<sup>424</sup>, o Tribunal de Justiça, seguindo a opinião do Advogado-Geral já mencionado, observa que os acionistas da sociedade incorporante podem sempre ser protegidos através (i) da inserção se uma cláusula de declarações em garantia (*representation and warranties*) ou (ii) da realização de um exercício de auditoria jurídica (*due diligence*) à sociedade incorporada<sup>425</sup>, como, aliás, é habitual em qualquer operação de fusão ou aquisição.

Deste modo, o Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre as três perguntas julgadas admissíveis declarando que o art. 19.º, n.º 1, da Diretiva 78/855 deve ser interpretado no sentido de que “fusão mediante incorporação” implica a transmissão, para a sociedade incorporante, da obrigação de pagar uma coima aplicada por decisão definitiva depois da referida fusão, por infrações administrativas cometidas antes da fusão<sup>426</sup>.

423 *Ibid.*, parágrafos 32 e 33.

424 No ordenamento jurídico português, a possibilidade de obtenção de “*garantias adequadas*” foi assegurada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, o qual introduziu no CSC o artigo 101.º-A (*Oposição dos credores*) e o artigo 101.º-B (*Efeitos da oposição*).

425 *Ibid.*, parágrafo 34.

426 *Ibid.*, parágrafo 35.

Assim concluem os juízes da União: (i) a fusão de sociedades implica a transmissão da responsabilidade contraordenacional para a sociedade incorporante por factos cometidos pela sociedade incorporada anteriormente ao registo da fusão; (ii) uma sanção de natureza contraordenacional pode ser considerada crédito de terceiros para efeitos de aplicação da Diretiva 78/855/CEE (e, por extensão, da Diretiva 2011/35/UE); e (iii) o entendimento segundo o qual o art. 112.º do CSC não implica a extinção do procedimento contraordenacional anterior à fusão nem da coima dele resultante é conforme à Diretiva 78/855/CEE (e, por extensão, à Diretiva 2011/35/UE).

### **Apreciação da Decisão**

*A expetativa de aplicação de coima como elemento do “património passivo” da sociedade incorporada*

Resulta do Acórdão que, nos termos e para efeitos dos arts. 19.º, n.º 1, al. a) das duas Diretivas, a expetativa de aplicação de uma coima é parte do património passivo da sociedade incorporada, ainda que inexistente, no momento da fusão, conhecimento da mesma – pela incorporante e pela incorporada. Conquanto, tal conclusão não resulta de forma direta da Diretiva – nem tão-pouco do CSC<sup>427</sup>, apesar de abordada, entre nós, pela jurisprudência dos tribunais superiores<sup>428</sup>. A este propósito, nos parágrafos 26 e 27 o Tribunal de Justiça invoca a sua jurisprudência passada<sup>429</sup> para justificar uma interpretação uniforme do conceito de “património passivo” como exigência da aplicação uniforme do Direito da União e do princípio da igualdade e “salta” diretamente para uma argumentação assente em meros casos hipotéticos, para demonstrar que o conceito de “património passivo” que não inclua tais expetativas de aplicação de coima teria efeitos perniciosos e contrários ao fim das Diretivas.

427 Cfr. art. 112.º, al. a), *in fine*, do CSC, onde só se fala de “direitos e obrigações”.

428 Cfr. Acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 5/2004 do Supremo Tribunal de Justiça (Proc. n.º 4208/2003), publicado no Diário da República, - I Série-A, n.º 144, de 21 de junho de 2004, segundo o qual “a extinção, por fusão, de uma sociedade comercial, com os efeitos do artigo 112.º, alíneas a) e b), do Código das Sociedades Comerciais, não extingue o procedimento por contra-ordenação praticada anteriormente à fusão, nem a coima que lhe tenha sido aplicada.”

429 Ac. do TJUE, C-279/12, *Fish Legal e Shirley c. Information Commissioner; United Utilities Water plc, Yorkshire Water Services Ltd e Southern Water Services Ltd*, para. 42, e Ac. do TJUE, C-201/13, *Deckmyn e Vrijheidsfonds c. Vandersteen et al.*, para. 14, todos disponíveis em <http://curia.europa.eu>.

Apesar do enquadramento e do raciocínio feito pelo TJUE em ordem a resolver a questão submetida pelo Tribunal do Trabalho de Leiria, um enquadramento mais alargado, em *obiter dicta*, podia fornecer pistas a académicos, profissionais e ao próprio Tribunal de Justiça quando confrontado com uma situação semelhante no futuro. Desde logo, se a resposta do Tribunal de Justiça seria diferente, caso a Good and Cheap soubesse e omitisse intencionalmente à sociedade incorporante a existência de tais processos administrativos. Fica também por abordar a questão da inclusão da expectativa de aplicação de sanção acessória no conceito de “património passivo”, especialmente atentando à natureza mais personalizada<sup>430</sup> de algumas delas (tais como a suspensão da atividade e revogação de licença) que não possam ser reconduzidas à esfera patrimonial correspondente à sociedade incorporada (como seria o encerramento de estabelecimento afeto à contraordenação, por exemplo).

Como bem refere Arenas García<sup>431</sup>, fica ainda por resolver a seguinte questão (ainda que hipotética) – como decidiria o TJUE numa situação em que a infração tivesse sido cometida pela sociedade incorporada (necessariamente em momento anterior à fusão), mas a decisão só fosse tomada pela autoridade competente após a fusão<sup>432</sup>? Seguindo a linha argumentativa do Tribunal de Justiça, baseada na frustração do interesse sancionatório do Estado-membro, parece-nos que tal problema não se poria, visto que a utilização, por parte do TJUE, do absurdo da exoneração da sociedade incorporada da possibilidade de aplicação de coima por contraordenação cometida antes da fusão, teriam igual pertinência neste caso hipotético. Assim, não seria relevante se uma infração cometida antes da fusão apenas fosse aferida como tal após o registo da fusão<sup>433</sup>, pois a preocupação central é a proteção do interesse do Estado-sancionador em aplicar a sanção devida. Já o enquadramento

---

430 A natureza mais personalizada de algumas sanções acessórias pode ser um óbice à integração da expectativa da sua aplicação no conceito de património passivo. A propósito da exclusão das relações contratuais *intuitu personae* do escopo do art. 112.º do CSC, v. Filipe Cassiano dos Santos, *Fusão por incorporação, transmissão de posições jurídicas e relações mercantis intuitu personae*, in “Direito das Sociedades em Revista”, Ano 6, Vol 11, 2014, pp. 35-52.

431 Rafael Arenas García, *Fusión por Absorción y Responsabilidad de la Empresa Absorbente por Actuaciones de la Absorbida – Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015 – As. C-343/13, Modelo Continente Supermercados, S.A. y Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis*, trabalho inserido no Projecto “Desarrollo del Derecho de Sociedades en la Unión Europea: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción com los ordenamientos nacionales”, ref. DER2013-46535-P.

432 Arenas García, *Fusión por...*, p. 5

433 A favor da natureza constitutiva do registo da fusão – cfr. p. 412 - AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 2.ª Edição, Almeda, 2014, p.412..

de tal situação numa definição de património passivo que incluía a expectativa de aplicação de uma sanção a uma contraordenação conhecida e aferida como tal antes da fusão seria muito menos óbvia, sem prejuízo da invocação de abuso de direito da sociedade incorporada. Apesar das críticas possíveis à abordagem do TJUE, reconhecemos que o mérito da sua linha argumentativa é o de não restringir de forma excessiva as situações nas quais o Estado-sancionador possa fazer valer o seu interesse sancionatório. Assim, em situações como as descritas por Arenas García, poder-se-ia sempre utilizar o argumento da proteção do interesse em aplicar a coima por parte do Estado-sancionador, não limitando, *a priori*, os juízos futuros do Tribunal de Justiça.

### *O Conceito de ‘Terceiro’*

Não pode deixar de ser sublinhado que um dos argumentos usados pelo Tribunal de Justiça para chegar à sua conclusão é o considerando terceiro da Diretiva 78/855/CEE, onde se diz que um dos fins da regulamentação do regime das fusões é a proteção de terceiros, esclarecendo que o conceito de terceiros não se limita a “*credores (...) e portadores de outros títulos das sociedades participantes na fusão*”, ampliando para as entidades que, à data da fusão, ainda não são suscetíveis de ser qualificadas de credores ou de portadores de outros títulos, mas que podem ser assim qualificadas depois de tal fusão, devido a situações que nasceram antes da mesma. Nessas entidades, o TJUE inclui o Estado-membro, cujo interesse na aplicação da coima ficaria frustrado caso a fusão implicasse a impossibilidade da sua aplicação.

Mais uma vez, recusando definir de forma clara o conceito de “terceiro” para efeito das Diretivas, o Tribunal de Justiça apenas nos diz que o Estado-sancionador encaixa no conceito de credor ou portador de título (como entidade que, à data da fusão, não pode ser qualificada de credora ou portadoras de outros títulos).

### *O efeito real translativo e o efeito putativo extintivo da fusão*

Defender o carácter extintivo dos efeitos de uma operação de fusão relativamente a contraordenações assentes em factos ocorridos em momento anterior ao seu registo, significaria necessária e simultaneamente, restringir o carácter universal - *ubi commoda*

*ibi incommoda*<sup>434</sup> – da transmissão do património da sociedade incorporante<sup>435</sup>. Independentemente do argumento utilizado – v.g. falta de legitimidade passiva da sociedade incorporante ou carácter intransmissível da responsabilidade contraordenacional da pessoa coletiva – não nos parece possível enveredar por tal via, à luz do disposto nas Diretivas e no ordenamento jurídico português<sup>436</sup>. Compete-nos aplaudir neste ponto o raciocínio logrado pelo TJUE, pois o contrário seria atribuir poderes extintivos que a lei não consagra a uma operação de fusão, a qual ficaria ao alcance de todos os que se quisessem imiscuir à responsabilidade de factos que praticaram e deram origem a contraordenações de natureza vária.

## Conclusão

Sem prejuízo da questão da pertinência do raciocínio do Tribunal de Justiça, a importância desta decisão não deve ser subvalorizada - os juízes do Luxemburgo reconheceram expressamente que a expectativa de aplicação de uma sanção por parte do Estado-sancionador integra o conceito de “património passivo” para efeito das Diretivas. Porquanto a resposta até pudesse parecer óbvia, a importância da decisão reside na sua clarificação do alcance do supramencionado conceito.

Contudo, ficam outras questões importantes por explorar pelo Tribunal de Justiça, talvez em decisões futuras: qual a relevância do dolo da sociedade integrada em “esconder” da sociedade integrante quaisquer

434 Cfr. pp. 64 e 65 das Conclusões do Advogado-Geral.

435 O que não parece ser pacífico na doutrina portuguesa, *vide* a propósito da interpretação do conceito “direitos e obrigações” utilizado no art.112.º, al. a), *in fine*, do CSC - AA.VV., Código das Sociedades Comerciais em Comentário, 2.ª Edição, 2014, Almedina, p. 413: “*Sob a designação de direitos e obrigações, em causa estão todas as situações jurídicas anteriormente tituladas pelas sociedades incorporadas ou fundidas, seja qual for a sua classificação técnico-formal*”. E também Diogo Costa Gonçalves, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedade Comerciais*, Almedina, 2008, p. 118, que se refere a uma “deslocação global de património”.

436 Ver neste sentido – AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), Almedina, 2011, pp. 291 e 292: “*A unificação do substrato material das sociedades participantes na fusão realiza-se através da transmissão, a título universal, do património das sociedades extintas para a sociedade resultante, operando-se uno actu relativamente aos distintos bens, direitos e obrigações que integram o património transmitido. A sociedade resultante sucede na totalidade indivisa dos elementos patrimoniais activos e passivos das sociedades extintas.*” e também AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 2.ª Edição, Almedina, 2014, p. 416: “*...a fusão não corresponde à extinção de uma sociedade à qual outra sociedade sucede universalmente no seu património, adquirindo os sócios, a título originário, uma participação social nesta última; corresponde antes à reunião, na sociedade incorporante ou na nova sociedade, dos elementos patrimoniais e pessoas das sociedades incorporadas e fundidas*”.

situações fáticas passadas que possam ser consideradas contraordenações e tenham como consequência a aplicação de coima? Integra também o conceito de “património passivo” uma infração cometida antes da fusão mas de que o Estado-sancionador só se apercebe após a fusão? A expectativa de aplicação de sanções acessórias também está abrangida pelo conceito? Os meios legais previstos e que estão ao alcance dos (futuros) credores da sociedade incorporante serão suficientes para preencher a exigência das Diretivas em relação a cada Estado-membro permitir aos credores “*obter as garantias adequadas*”<sup>437</sup> no contexto de uma fusão?

Quanto à pertinência do raciocínio do Tribunal de Justiça, recusando-se a definir com clareza o que considera “património passivo”, mesmo em *obiter dicta*, e orientando-se pelos fins das Diretivas usando uma argumentação *ad absurdum*, poderá também servir para, em casos futuros conseguir incluir o maior número possível de situações, sem se comprometer *a priori* com um conceito rígido de “património passivo”.

Finalmente, o presente caso deve também lembrar os agentes económicos da importância da realização de auditorias jurídicas (*due diligences*) aprofundadas<sup>438</sup> e cuidadas antes de avançarem com operações de fusão, de forma a evitar surpresas desagradáveis com infrações administrativas (ou outras) desconhecidas da nova sociedade ou da sociedade incorporante.

---

437 Cfr. artigo 13.º, n.º 2 da Diretiva 78/855/CEE.

438 Sem surpresas constatamos que a realização de auditorias jurídicas (*due diligences*) tem como objetivo primordial a proteção dos interesses dos acionistas das sociedades envolvidas na fusão, sobretudo quando estes se veem na posição de compradores (ou futuros titulares de créditos perante a sociedade incorporante). Pelo contrário, como referido *supra*, os interesses de alguns credores são acautelados diretamente pelo CSC, nomeadamente através do prazo de um mês que lhes é conferido, nos termos do artigo 101.º-A (*Oposição dos credores*), para dedução de oposição ao projeto de fusão que ponha em causa o exercício dos seus direitos. Será este meio de reação suficiente para proteger esta categoria de *stakeholders* de eventuais “prejuízos ocultos” – como os do caso *sub judice* – que os possam afetar no contexto de uma fusão?

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**  
**de 12 de junho de 2014**

**(C-377/13)**

- Tipo:** reenvio prejudicial remetido pelo Tribunal Arbitral Tributário.
- Partes:** Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira.
- Objeto:** interpretação dos artigos 4.º, 7.º e 10.º, alínea a), da Diretiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de julho de 1969, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais.
- Dispositivo:** os artigos 4.º, n.º 1, alínea c), e 7.º, n.os 1 e 2, da Diretiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de julho de 1969, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, conforme alterada pela Diretiva 85/303/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1985, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que um Estado-Membro reintroduza um imposto sobre as entradas de capital relativamente a operações de aumento de capital social abrangidas pela primeira destas disposições, que estavam sujeitas a esse imposto em 1 de julho de 1984, mas que foram, em seguida, dele isentadas.

**Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção)**  
**de 13 de fevereiro de 2014**

**(C-555/13)**

- Tipo:** reenvio prejudicial remetido pelo tribunal arbitral necessário em matéria de medicamentos de referência e genéricos.
- Partes:** Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd e outros.
- Objeto:** interpretação do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009, relativo ao certificado complementar de proteção para os medicamentos.
- Dispositivo:** o artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009, relativo ao certificado complementar de proteção para os medicamentos, lido em conjugação com o considerando 9 deste regulamento, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um titular de uma patente e de um certificado complementar de proteção possa invocar a totalidade da duração da validade de tal certificado calculada em aplicação desse artigo 13.º numa situação em que, devido a essa duração, beneficiaria de um período de exclusividade, respeitante a um princípio ativo, superior a quinze anos a partir da primeira autorização de introdução no mercado, na União Europeia, do medicamento que consiste nesse princípio ativo ou que o contém.



### **viii. Os Tribunais Arbitrais e o Reenvio Prejudicial**

(Anotação ao despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 13 de fevereiro de 2014, “Merck Canada Inc.”, C-555/13, e ao acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 12 de junho de 2014, “Ascendi”, C-377/13)

Francisco Pereira Coutinho

## **1. Os tribunais arbitrais de reenvio**

A afirmação de que a justiça em Portugal é lenta constitui um truísmo comprovado inúmeras vezes em decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que declararam a existência de uma violação do direito a um processo equitativo (art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), onde se inclui o direito a ser julgado num prazo razoável, e condenaram o Estado português ao pagamento de indemnizações aos lesados<sup>439</sup>. O combate à morosidade fundou várias reformas legislativas que apresentam como traço comum a criação de mecanismos de desformalização e simplificação processual com vista à obtenção de decisões mais céleres<sup>440</sup>. Um dos caminhos prosseguidos foi o da transferência de competências jurisdicionais da justiça estadual para a justiça arbitral. Em 2011 foram criadas as instâncias arbitrais que suscitaram a intervenção prejudicial do Tribunal de Justiça nos processos “Merck Canada Inc.” e “Ascendi” que são objeto de anotação neste texto<sup>441</sup>.

O despacho “Merck Canada Inc.” teve origem num reenvio prejudicial remetido por um tribunal arbitral necessário português a quem foi atribuída competência para julgar litígios emergentes de direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos de referência e medicamentos

439 Entre outras, v. acórdão de 17 de julho de 2013, “Associação de Investidores do Hotel Apartamento Neptuno e Outros”, petição n.º 46336/09, e acórdão de 30 de janeiro de 2015, “Sociedade de Construções Martins & Vieira, Lda. e Outros”, petição n.ºs 56637/10, 59856/10, 72525/10, 7646/11 e 12592/11, disponíveis em [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

440 Sobre as causas da morosidade da justiça em Portugal, v. Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, *Os Tribunais nas Sociedade Contemporâneas: O Caso Português*, Centro de Estudos Judiciários, Afrontamento, 1996, em particular pp. 690-691, ou, mais recentemente, Manuel de Almeida Ribeiro (coord.), *Um Debate sobre a Morosidade da Justiça*, Almedina, 2009.

441 Despacho de 13 de fevereiro de 2014, “Merck Canada Inc.”, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, e acórdão de 12 de junho de 2014, “Ascendi”, C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754.

genéricos. A obrigatoriedade da via arbitral neste domínio foi estabelecida com o objetivo de descongestionar os tribunais estaduais e garantir, num curto espaço de tempo, “uma decisão de mérito quanto à existência, ou não, de violação dos direitos de propriedade industrial”<sup>442</sup>.

O processo “Ascendi” surgiu na sequência de um reenvio prejudicial remetido por uma formação de julgamento do Tribunal Arbitral Tributário. A arbitragem tributária constitui um meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos ao dispor dos contribuintes em ações que envolvam a declaração de ilegalidade dos atos tributários previstos no n.º 1 do art. 2.º do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT)<sup>443</sup>. A sua instituição – original em termos comparados – foi justificada com o objetivo de reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais e garantir maior celeridade na resolução de litígios que oponham a administração tributária aos contribuintes<sup>444</sup>.

## **2. Os factos e as questões prejudiciais**

**I.** No processo “Merck Canada Inc.” estava em causa a duração da exclusividade de comercialização de medicamentos que continham um princípio ativo protegido por uma patente. A 2 de outubro de 1998, uma multinacional farmacêutica (Merck Canada Inc.) obteve em Portugal uma patente para um princípio ativo. A 10 de janeiro de 2000, foi-lhe concedido um certificado para um medicamento relativo a essa patente. Na União, a primeira autorização de introdução no mercado (AIM) de um medicamento com o princípio ativo em causa tinha sido obtida na Finlândia em 25 de agosto de 1997.

A 6 de novembro de 2012, a Merck Canada Inc. intentou uma ação no tribunal arbitral necessário em que requer que cinco sociedades farmacêuticas (Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV e Ranbaxy Portugal – Comércio e Desenvolvimento de Produtos Farmacêuticos, Unipessoal Ltd) se abstivessem de produzir, de importar e/ou comercializar no mercado português medicamentos genéricos que

---

442 Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 13/XII, que esteve na origem da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

443 Art. 1.º e 5.º do RJAT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, com as alterações introduzidas pelos arts. 160.º e 161.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012), art. 14.º da Lei n.º 20/2012, de 14 de maio (Primeira alteração à Lei n.º 64 -B/2011, de 30 de dezembro [Orçamento do Estado para 2012]) e arts. 228.º e 229.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2013).

444 Cfr. 1.º parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

contivessem o princípio ativo protegido pela sua patente. Alegou para o efeito que, nos termos do art. 13.º do Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao certificado complementar de proteção para os medicamentos, o certificado que lhe foi concedido atribuía-lhe exclusividade de introdução no mercado português de medicamentos que incluam essa substância ativa até 17 de agosto de 2014. As demandadas contestaram, argumentando que o Regulamento n.º 469/2009 tem por objetivo garantir ao titular de uma patente e de um certificado um período máximo de quinze anos de exclusividade a partir da primeira AIM, emitida na União, do medicamento que contenha a substância ativa em causa. Os direitos de propriedade industrial da Merck Canada Inc. teriam assim expirado a 25 de agosto de 2012.

O tribunal arbitral necessário entendeu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“Pode interpretar-se o artigo 13.º do [...] Regulamento [...] n.º 469/2009 no sentido de permitir que, mediante um [certificado] para medicamentos, o período de exclusividade de exploração da invenção patenteada possa ser superior a quinze anos a partir da primeira [AIM] da [União] do medicamento em causa (não contando com a prorrogação prevista no n.º 3 desse artigo 13.º)?”

**II.** O processo “Ascendi” resultou do indeferimento pela Autoridade Tributária e Aduaneira de reclamação de uma sociedade anónima, a Ascendi, em que solicitava a restituição dos montantes pagos a título de imposto de selo relativos a quatro operações de aumento de capital através da conversão, em capital social, de créditos detidos pelos acionistas devido à realização por estes, em momento anterior a essas operações, de prestações acessórias em benefício da sociedade.

A Ascendi recorreu da decisão da Autoridade Tributária e Aduaneira para o Tribunal Arbitral Tributário, argumentando que as operações de aumento de capital estavam isentas de imposto de selo desde 1991. A reintrodução, em 2001, de um imposto de selo violava a Diretiva 69/335/CEE, de 17 de julho de 1969, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre reuniões capitais. Este entendimento foi contestado pela Autoridade Tributária e Aduaneira, que sustentou que apenas os aumentos de capital realizados em numerário estariam abrangidos pela obrigação de isenção de imposto de selo imposta pela diretiva.

O Tribunal Arbitral Tributário declarou não ser possível deduzir uma resposta clara da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente à

interpretação da questão de direito da União discutida pelas partes, pelo que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

“Os artigos 4.º, n.º 1, c), e n.º 2, a), 7.º, n.º 1, e 10.º, a), da Diretiva 69/335 (...) opõem-se a uma legislação nacional, como a do (Decreto-Lei) n.º 322-B/2001, de 14 de dezembro, que passou a sujeitar a (imposto de selo) os aumentos de capital social de sociedades de capitais efetuados por meio de conversão, em capital social, de créditos detidos pelos acionistas por prestações acessórias anteriormente feitas à sociedade, mesmo que estas prestações acessórias tenham sido feitas em dinheiro, tendo em conta que, à data de (1 de julho de) 1984, a legislação nacional sujeitava aqueles aumentos de capital, realizados daquele modo, a (imposto de selo), à taxa de 2% e que, (na) mesma data, isentava de (imposto de selo) os aumentos de capital realizados em dinheiro?”

### 3. A competência do Tribunal de Justiça

I. O Tribunal de Justiça respondeu às questões prejudiciais que lhe foram colocadas pelos tribunais arbitrais portugueses após discutir a qualificação destes como “órgãos jurisdicionais nacionais” na aceção do art. 267.º TFUE.

O 2.º parágrafo do art. 267.º TFUE apresenta os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros como os únicos interlocutores do Tribunal de Justiça. A ausência de qualquer definição de “órgão jurisdicional” neste preceito determinaria, em princípio, a admissibilidade de reenvios prejudiciais provindos de entidades que sejam qualificadas como tal pela respetiva ordem jurídica. Na ordem jurídica portuguesa, esse é designadamente o caso dos tribunais arbitrais, que são reconhecidos pelo art. 209.º, n.º 2, da Constituição como podendo integrar as categorias de tribunais.

A mera remissão para o direito nacional brigaria, no entanto, com a necessidade de garantir a aplicação e interpretação uniformes do direito da União, tendo em conta a profusão de critérios existentes nas ordens jurídicas nacionais para a qualificação de uma determinada entidade como “jurisdicional”<sup>445</sup>. Acolher acriticamente uma definição nacional,

445 Um relatório do Parlamento Europeu sobre a aplicação do 267.º TFUE indicava, numa Comunidade Económica Europeia reduzida a seis Estados-membros, que a noção de órgão jurisdicional englobava mais de sessenta regimes jurídicos diferentes (M. Merchiers, “Rapport fait au nom de la Commission juridique sur les problèmes posés par l’application de l’article 177 du traité C.E.E.”, *Documents de séance*, de 15 de setembro de 1969, 94, 1969/1970, p. 10).

para além de admitir que entidades com funções materialmente idênticas pudessem ser sujeitos do processo prejudicial num Estado-membro e não noutra, impediria a apresentação de questões prejudiciais por entidades que desempenhem funções jurisdicionais, o que poderia colocar em causa a integridade da ordem jurídica da União<sup>446</sup>. Na eventualidade de não estar assegurado recurso das decisões destas últimas entidades para um tribunal estadual, em causa estaria a proteção jurisdicional efetiva dos particulares garantida pelo art. 19.º, n.º 1, TUE e reconhecida como princípio fundamental do direito da União nos acórdãos “Johnson” e “Heylens”<sup>447</sup>.

A adoção de um conceito autónomo de direito da União de “órgão jurisdicional nacional” tornou-se assim inevitável. Saber se uma entidade pode ser interlocutora direta do Tribunal de Justiça no quadro do processo das questões prejudiciais é uma questão que apenas pode ser respondida pelo direito da União e não pelo direito nacional<sup>448</sup>, podendo incluir entidades não integradas na organização judiciária nacional e, em contrapartida, excluir entidades denominadas por esta como órgãos jurisdicionais.

A recusa de atribuição do estatuto de “órgão jurisdicional nacional” para efeitos de aplicação do art. 267.º TFUE apenas às entidades pertencentes à organização judiciária dos Estados-membros obrigou o Tribunal de Justiça a adotar uma noção autónoma de direito da União. À luz da necessidade de salvaguardar a sua interpretação uniforme, esta deveria, em princípio, incluir todas as entidades que, desempenhando funções jurisdicionais, sejam chamadas aplicar normas da União.

Dada a complexidade inerente à escolha de uma definição unívoca de “órgão jurisdicional nacional”<sup>449</sup>, o Tribunal de Justiça optou por um

---

446 Segundo José Carlos Moitinho de Almeida, “La notion de juridiction d’un État Membre (article 177 du Traité)”, *Mélanges en Hommage à Fernand Schöckweiler*, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Ole Due, Romain Schintgen e Charles Elsen (coord.), Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 163, a remissão para o direito nacional possibilitaria que “setores inteiros da atividade social e económica escapassem ao mecanismo do (267.º TFUE)”.

447 Cfr., respetivamente, acórdão de 15 de maio de 1986, “Johnson”, 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, n.º 10, e acórdão de 15 de outubro de 1987, “Heylens”, 222/86, ECLI:EU:C:1987:442, n.º 14 e 15.

448 A reserva do Tribunal de Justiça em deixar a determinação de conceitos jurídicos para os direitos internos dos Estados-membros ficou bem patente no acórdão de 1 fevereiro de 1972, “Hagen”, 49/71, ECLI:EU:C:1972:6, n.º 6: “os conceitos jurídicos utilizados pelo direito (da União) devem ser interpretados e aplicados uniformemente em toda a (União) salvo remissão, expressa ou tácita, para o direito nacional”.

449 Alguns autores duvidam mesmo da viabilidade da elaboração de uma noção geral de órgão jurisdicional (Carlo Nizzo, “La notion de juridiction au sens de l’article 177: la portée de l’arrêt *Job Centre*”, *Rivista di Diritto Europeo*, 2, abril/junho, 1995, p. 337) ou mesmo da sua necessidade (Mar Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 189).

método flexível, que consistiu em decantar jurisprudencialmente um conjunto de critérios estruturais, funcionais e territoriais que permitem qualificar como tal a entidade responsável pelo reenvio. Em 1966, no acórdão “Vaasen-Göbbels”, indicou cinco requisitos estruturais: origem legal, permanência, princípio do contraditório, caráter obrigatório da jurisdição e aplicação de regras de direito<sup>450</sup>. A estes juntar-se-ia, mais tarde, o da independência<sup>451</sup>, bem como o requisito territorial de que se trate de entidade localizada num Estado-membro e a exigência funcional de que as questões prejudiciais surjam no âmbito de processo que deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional<sup>452</sup>.

**II.** Os tribunais arbitrais cumprem os critérios territorial e funcional de “órgão jurisdicional nacional” para efeitos do art. 267.º TFUE, na medida em que, caso se localizem no espaço geográfico da União, estão obrigados, à semelhança dos juízes dos tribunais estaduais, a “dirimir conflitos” de acordo com o direito da União<sup>453</sup>. O mesmo não sucede frequentemente com o preenchimento de alguns dos requisitos estruturais elencados no acórdão “Vaasen-Göbbels”, em particular o requisito da permanência e, no caso dos tribunais constituídos por vontade das partes (os chamados tribunais arbitrais voluntários), o requisito da natureza obrigatória da sua jurisdição.

Sempre que um Estado-membro “privatize” o julgamento de matérias que envolvam a aplicação de normas da União, ao atribuí-las em exclusivo a instâncias arbitrais, não parece existir qualquer impedimento

---

450 Acórdão de 30 de junho de 1966, “Vaasen-Göbbels”, 61/65, ECLI:EU:C:1966:39.

451 Acórdão de 30 de março de 1993, “Corbiau”, C-24/92, ECLI:EU:C:1996:39.

452 Despacho de 18 de junho de 1980, “Borker”, 138/80, ECLI:EU:C:1980:162.

453 O Tribunal de Justiça considera que o direito da União deve ser observado “na sua plenitude” em todo o território dos Estados-membros (acórdão de 6 de outubro de 1981, “Broekmeulen”, 246/80, ECLI:EU:C:1981:218, n.º 16), não sendo, por isso, admissível que os particulares afastem a sua aplicação por via contratual (acórdão de 23 de março de 1981, “Nordsee”, 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, n.º 14). A ideia de que a justiça arbitral não pode ignorar o direito da União, competindo aos tribunais nacionais controlar a forma como se processa essa aplicação sempre que são chamados a apreciar a validade das decisões arbitrais, seria confirmada no acórdão “Almelo”. O Tribunal de Justiça indicou que os princípios do primado e da uniformidade na aplicação do direito da União, conjugados com o princípio da cooperação leal, exigiam que um tribunal italiano aplicasse normas de direito da União, ainda que estivesse a decidir um recurso interposto contra um laudo arbitral que tinha deliberado segundo a equidade (acórdão de 27 de abril de 1994, “Almelo”, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171, n.º 23). No mesmo sentido, no acórdão “Eco-Swiss”, o tribunal do Luxemburgo considerou que, por via do princípio da equivalência, um tribunal neerlandês estava obrigado a deferir um pedido de anulação de laudo arbitral se considerasse tal decisão contrária ao direito da União e se as normas processuais nacionais exigissem que deferisse tal pedido com base na inobservância de normas nacionais de ordem pública (acórdão de 1 de junho de 1999, “Eco-Swiss”, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:97, n.º 41).

à qualificação destas entidades como “órgãos jurisdicionais nacionais” na aceção do art. 267.º TFUE.

No acórdão “Vaasen-Göbbels”, o Tribunal de Justiça admitiu o reenvio prejudicial de um tribunal arbitral permanente que, não integrando a organização judicial neerlandesa, tinha sido criado por lei com a missão de julgar, de forma exclusiva, recursos dirigidos contra as decisões de uma instituição de segurança social de mineiros (*Scheidsgerecht van het Beamtenfond voor het Mijnbedrijf*)<sup>454</sup>.

O carácter obrigatório da sua jurisdição fundou também o conhecimento do reenvio prejudicial do Comité de Apelo Médico (*Commissie van Beroep Husartgeneskunde*) da Real Sociedade da Holanda para a Promoção da Medicina no processo “Broekmeulen”. Não obstante ter origem numa associação de direito privado, o Tribunal de Justiça considerou que esta entidade possuía legitimidade pública que provinha do facto de alguns dos seus membros serem nomeados pelo Estado e de funcionar com autorização e em conjugação com as autoridades públicas, constituindo o único órgão com competência para julgar, de forma definitiva, sobre o exercício da profissão de médico. Na ausência de qualquer outra possibilidade de impugnação judicial, a equiparação funcional deste tribunal arbitral a um “órgão jurisdicional nacional” impunha-se para garantir a uniformidade na aplicação do direito da União<sup>455</sup>.

A necessidade de salvaguardar o efeito útil do direito da União foi também decisiva no processo “Danfoss”. O TJ admitiu as questões prejudiciais colocadas por um tribunal arbitral dinamarquês (*Faglige Voldgiftsret*) que julgava litígios emergentes de convenções coletivas celebradas entre trabalhadores e empregadores, não obstante a sua composição se determinar caso a caso, ainda que sem intervenção das partes, e o seu processo se desenvolver conforme o acordado pelos litigantes, desde que permitido por lei<sup>456</sup>. Estávamos assim perante um tribunal criado *ad hoc* que, por essa razão, não possuía composição e regras processuais permanentes. A circunstância de decidir em última instância e de forma vinculativa foi, contudo, decisiva para o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça da qualidade de “órgão jurisdicional nacional” na aceção do art. 267.º TFUE<sup>457</sup>.

454 “Vaasen-Göbbels”, 61/65, cit., n.º 4.

455 “Broekmeulen”, 246/80, cit., n.º 15 e 16.

456 Acórdão de 17 de outubro de 1989, “Danfoss”, 109/88, ECLI:EU:C:1989:383, n.º 7.

457 Neste sentido, v. as conclusões de 29 de novembro de 2001 do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer no processo “Coster”, C-17/00, ECLI:EU:C:2001:651, nota 79.



No que diz respeito aos tribunais arbitrais voluntários, o Tribunal de Justiça recusa, desde 1982, a sua qualificação como “órgão jurisdicional nacional” para efeitos de aplicação do art. 267.º TFUE. Apesar de reconhecer bastantes similitudes entre o seu modo de atuação e o dos tribunais estaduais, no acórdão “Nordsee” declarou-se incompetente para se pronunciar sobre as questões colocadas pelo Presidente Supremo Tribunal Regional Hanseático de Bremen (Hanseatischen Oberlandgericht Bremen), na qualidade de juiz único de um tribunal arbitral constituído de acordo com cláusula compromissória inserida num contrato de direito privado<sup>458</sup>. Em primeiro lugar, notou que não havia qualquer obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem o seu diferendo à arbitragem. À luz do acórdão “Vaasen-Göbbels”, não estava assim preenchido o critério do carácter obrigatório da jurisdição do órgão de reenvio. Em segundo lugar, assinalou que as autoridades alemãs não estavam implicadas na escolha da via da arbitragem nem podiam ser chamadas a intervir automaticamente no desenrolar do processo perante o árbitro escolhido pelas partes. Por esta razão, concluiu que a ligação entre o procedimento arbitral e judicial não era “forte o suficiente” para que se pudesse qualificar o órgão de reenvio como “órgão jurisdicional nacional” na aceção do art. 267.º TFUE<sup>459</sup>.

Do acórdão “Nordsee” decorre a consequência paradoxal de, ao mesmo tempo que se reitera a obrigação de os tribunais arbitrais voluntários aplicarem o direito da União nos litígios que lhe são submetidos, nega-se a sua capacidade para efetuar reenvios prejudiciais. Para evitar a ameaça para a integridade da ordem jurídica da União resultante desta escolha, o Tribunal de Justiça anunciou que a emergência de dúvidas sobre a aplicação de normas da União durante o processo arbitral autoriza o tribunal do Estado-membro a suscitar um pedido de decisão prejudicial sempre que seja chamado a fiscalizar a decisão arbitral em sede de

---

458 “Nordsee”, 102/81, cit., n.º 10. As similitudes a que o Tribunal de Justiça se reportou foram a origem legal, a circunstância de o árbitro decidir segundo regras de direito e o facto de o laudo arbitral ter força de caso julgado, podendo ser executável.

459 “Nordsee”, 102/81, cit., n.º 11 a 13. No mesmo sentido, no processo “Guy Denuit”, o Tribunal de Justiça declarou-se incompetente para apreciar o reenvio efetuado por um tribunal arbitral belga escolhido pelas partes para dirimir litígios de consumo em matéria de viagens de turismo (*Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*), considerando que não existia qualquer obrigação, jurídica ou de facto, de as partes submeterem os seus diferendos à arbitragem, ao que acrescia a circunstância de as autoridades públicas belgas não estarem implicadas na escolha da via arbitral (acórdão de 27 de janeiro de 2005, C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, n.º 16).



recurso, de oposição, de *exequatur*, ou através de qualquer outra via de recurso prevista na legislação nacional aplicável<sup>460</sup>.

**III.** No despacho “Merck Canada Inc.”, de 13 de fevereiro de 2014, o Tribunal de Justiça aceitou responder à questão prejudicial colocada pelo tribunal arbitral necessário português, considerando que este tem origem na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que lhe confere competência obrigatória para decidir, em primeira instância, litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos. De acordo com o tribunal do Luxemburgo, se a decisão arbitral não fosse “objeto de recurso para o tribunal de recurso competente, (tornar-se-ia) definitiva, produzindo os mesmos efeitos que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais comuns”<sup>461</sup>.

Não obstante ter sido proferida por uma secção de três juízes através de despacho fundamentado e sem conclusões de advogado-geral, o despacho “Merck Canada Inc.” não se limitou a seguir jurisprudência consolidada<sup>462</sup>. Significou um novo alijamento na apreciação dos requisitos de um “órgão jurisdicional nacional” na aceção do art. 267.º TFUE em nome de uma pretensa necessidade funcional de garantia da aplicação uniforme do direito da União e de proteção dos direitos conferidos por este a particulares.

O Tribunal de Justiça reconheceu ter “determinadas dúvidas” sobre o carácter permanente do tribunal arbitral, na medida que a sua forma, composição e regras processuais podiam variar em função da escolha das partes, ao que acrescia a circunstância de se dissolver após a prolação de uma decisão. Não obstante a evidente natureza *ad hoc* do órgão de reenvio, declarou preenchido o critério estrutural da permanência, considerando tratar-se de um tribunal arbitral criado ao abrigo de uma base legal que define e enquadra as regras processuais aplicáveis, a quem foi atribuído, a título permanente, competência obrigatória para julgar determinados litígios<sup>463</sup>.

460 “Nordsee”, 102/81, cit., n.º 14 e 15.

461 “Merck Canada Inc.”, C-555/13, cit., n.º 19.

462 À luz do art. 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça pode decidir por despacho fundamentado quando se pronunciar sobre uma questão já anteriormente decidida, quando essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência e quanto a resposta à questão não suscite dúvida razoável.

463 “Merck Canada Inc.”, C-555/13, cit., n.º 24.

O preenchimento do critério da permanência foi associado no despacho “Merck Canada Inc.” ao da obrigatoriedade da jurisdição do tribunal arbitral, sendo-lhe assim retirada qualquer relevância como requisito estrutural autónomo de um “órgão jurisdicional nacional” na aceção do art. 267.º TFUE. Poder-se-á argumentar que este caminho não é original, pois foi seguido no acórdão “Danfoss”<sup>464</sup>. No entanto, neste último processo estava em causa um reenvio de um tribunal arbitral dinamarquês que decidia em última instância. Tal não é o caso do tribunal arbitral necessário português, de cujas decisões cabe sempre recurso para o Tribunal da Relação competente<sup>465</sup>. De uma recusa de resposta por parte do Tribunal de Justiça nunca resultaria o mesmo risco para a aplicação uniforme do direito da União e para a proteção dos direitos conferidos por este aos particulares. Por essa razão, não se justifica a adoção de uma mesma interpretação funcional de “órgão jurisdicional nacional” que redundaria, na prática, no esvaziamento de um dos seus requisitos estruturais.

Acresce que, ao contrário do que se passava no caso “Danfoss”, a composição do tribunal arbitral necessário português está sujeita à disposição das partes<sup>466</sup>. Daqui resultam questões relacionadas com a sua independência e imparcialidade que o Tribunal de Justiça deveria ter analisado<sup>467</sup>. Ora, no despacho “Merck Canada Inc.” apenas se refere “que, segundo a decisão de reenvio, os árbitros estão sujeitos aos mesmos

---

464 Nas suas conclusões de 31 de maio de 1989 no caso “Danfoss”, 109/88, cit., p. 3199, n.º 21, o advogado-geral Lenz considerou que, não obstante a natureza *ad hoc* do tribunal arbitral responsável pelo reenvio prejudicial, a lei dinamarquesa institucionalizava este tipo de instância no âmbito do direito do trabalho, pelo que lhe reconhecia uma natureza permanente.

465 Art. 3.º, n.º 7, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro. O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 30 de setembro de 2014 (processo n.º 512/14.9YRLSB-A, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), esclareceu que a não propositura de ação arbitral no prazo de 30 dias determina a caducidade do direito à invocação do direito de propriedade industrial. Posição contrária é defendida por Dário Moura Vicente, “Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei nº62/2011)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 72, 2012, p. 979, para quem o decurso do prazo não impede a propositura de uma ação arbitral contra um fabricante de genéricos fundada numa violação de um direito de propriedade industrial, desde que a patente ainda esteja em vigor.

466 “Danfoss”, 109/88, cit., n.º 8. Nos termos do art. 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, os litígios relativos a conflitos de propriedade industrial relativos a medicamento podem ser sujeitos a arbitragem institucionalizada ou não institucionalizada (*ad hoc*).

467 No acórdão de 19 de setembro de 2006, “Wilson”, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, n.º 53, o Tribunal de Justiça considerou ser seu dever verificar a existência de regras que garantam a independência do órgão de reenvio, “designadamente no que respeita à composição da instância, à nomeação, à duração das funções, bem como às causas de abstenção, de impugnação da nomeação e da destituição dos seus membros, que permitem afastar qualquer dúvida legítima, no espírito dos que recorrem à justiça, quanto à impermeabilidade da referida instância em relação a elementos externos e à sua neutralidade em relação aos interesses em confronto”.

deveres de independência e de imparcialidade que os juízes que pertencem aos órgãos jurisdicionais comuns”<sup>468</sup>. Nenhuma alusão é feita às garantias de independência e imparcialidade dos árbitros previstas na Lei de Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011, de 14 de dezembro), cujo regime, na falta de acordo entre as partes, é subsidiariamente aplicável aos tribunais arbitrais necessários em matéria de medicamentos<sup>469</sup>. Se o fizesse, o tribunal do Luxemburgo teria provavelmente algumas dificuldades em considerar suficientes as garantias pessoais de independência dos árbitros, particularmente no que diz respeito à sua inamovibilidade, na medida em que estes podem ser livremente afastados por acordo das partes<sup>470</sup>.

Sem que existisse qualquer risco para a aplicação uniforme do direito da União ou para a proteção de direitos atribuídos a particulares pela ordem jurídica da União, o despacho “Merck Canada Inc.” admitiu um reenvio prejudicial remetido por um tribunal arbitral que, para além de não preencher vários requisitos estruturais de um “órgão jurisdicional” definidos na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, pode ser composto exclusivamente por árbitros sem qualquer formação jurídica. Resta saber como poderá doravante ser justificada uma recusa de resposta a uma questão prejudicial colocada por qualquer espécie de tribunal arbitral necessário, ainda que tal signifique uma desfiguração do processo do art. 267.º TFUE, sempre entendido como um mecanismo de cooperação entre juízes ou, no limite, entre juristas<sup>471</sup>.

**IV.** No acórdão “Ascendi”, de 12 de junho de 2014, o Tribunal de Justiça aceitou também responder à questão prejudicial colocada pelo Tribunal Arbitral Tributário.

Os juízes do Luxemburgo não tiveram dificuldade em confirmar que a formação do Tribunal Arbitral Tributário responsável pelo reenvio prejudicial cumpria os critérios funcional e territorial de “órgão jurisdicional nacional” definidos pelo Tribunal de Justiça, na medida em que se tratava de uma instância de “resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária” que funciona junto do Centro de Arbitragem

---

468 “Merck Canada Inc.”, C-555/13, cit., n.º 23.

469 Art. 3.º, n.º 8, da Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro.

470 Art. 14.º da Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro. Sobre o tema da inamovibilidade dos árbitros, v. Miguel Galvão Teles, “A independência e a imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, pp. 272 e 273.

471 Advogado-geral Jacobs, conclusões de 28 de outubro de 2004, “Syfiat”, C-53/03, ECLI:EU:C:2004:673, n.º 26.

Administrativa (CAAD)<sup>472</sup>. A criação deste centro de arbitragem foi autorizada por despacho do Secretário de Estado da Justiça com o objetivo de possibilitar a arbitragem institucionalizada em alguns domínios do contencioso administrativo, *maxime* na resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público<sup>473</sup>. O CAAD está sediado em Lisboa e é gerido por uma associação privada sem fins lucrativos, de âmbito nacional e de carácter especializado, constituída por tempo indeterminado.

O mesmo se passava com o preenchimento da generalidade dos critérios estruturais. Em primeiro lugar, a origem legal dos tribunais arbitrais tributários resulta de o RJAT os constituir “como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária” (art. 1.º). Em segundo lugar, são instâncias que apenas “decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade” (art. 2.º, n.º 2, RJAT), e de acordo com o princípio do contraditório, “designadamente através da faculdade concedida às partes de se pronunciarem sobre quaisquer questões de facto ou de direito suscitadas no processo” (art. 16.º, al. a), RJAT). Finalmente, para além do dever genérico dos seus árbitros respeitarem os princípios da imparcialidade e independência (art. 9.º, n.º 1, RJAT), estão previstas garantias de imparcialidade, nas quais se incluem um conjunto vasto de impedimentos ao exercício da função de árbitro<sup>474</sup>, ao que acresce a exigência de escusa quando ocorra circunstância que possa colocar em causa a imparcialidade e independência da pessoa designada como árbitro (art. 8.º, n.º 2, RJAT). Neste âmbito, e para além da observância das exigências legais acima referidas, os árbitros tributários estão ainda obrigados ao cumprimento estrito das regras deontológicas previstas no Código Deontológico do CAAD<sup>475</sup>.

472 Art. 1.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, RJAT, e art. 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

473 Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 5097/2009, de 27 de janeiro, publicado em *Diário da República*, II Série, n.º 30, de 12 de fevereiro de 2009, p. 6113.

474 Para além dos impedimentos enunciados no art. 44.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, o RJAT estabelece que não pode ser designado árbitro pessoa que, nos dois anos anteriores, (i) tenha sido dirigente, funcionário ou agente da administração tributária, membro de órgãos sociais, trabalhador, mandatário, auditor ou consultor do sujeito passivo que seja parte no processo, de entidade que se encontre com aquele em relação de domínio, tal como esta é referida no Código das Sociedades Comerciais, ou de pessoa ou entidade que tenha interesse próprio na procedência da pretensão, ou (ii) tenha sido trabalhador, colaborador, membro, associado ou sócio de entidade que tenha prestado serviços de auditoria, consultoria e jurisconsultoria ou advocacia ao sujeito passivo (art. 8.º, n.º 1, RJAT).

475 O Código Deontológico encontra-se disponível em [www.caad.org.pt](http://www.caad.org.pt), sendo-lhe feita alusão no RJAT [art. 11.º, n.º 1, al. c)], desde a revisão operada pelo art. 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2013).

Uma primeira dificuldade para a qualificação dos tribunais arbitrais tributários como “órgãos jurisdicionais nacionais” para efeitos de aplicação do art. 267.º TFUE seria a sua natureza *ad hoc*, resultante de as suas formações de julgamento serem efêmeras e se dissolverem ao mesmo tempo que os processos para a resolução dos quais foram designados. Esta característica era também partilhada pelo tribunal arbitral necessário que colocou a questão prejudicial que deu origem no despacho “Merck Canada Inc.”, tendo na ocasião o Tribunal de Justiça considerado que o que releva para este efeito é a permanência da competência obrigatória da jurisdição de reenvio<sup>476</sup>. Sem surpresa, o acórdão “Ascendi” declarou que, no seu todo, os tribunais arbitrais tributários apresentam também caráter permanente enquanto elemento do sistema de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal<sup>477</sup>. Confirmou assim o esvaziamento da autonomia do critério da permanência, desta vez tomando como referente o critério da institucionalização legislativa dos tribunais arbitrais tributários. Nas palavras do advogado-geral Szpunar, para cujas conclusões o acórdão “Ascendi” diretamente remete:

“O Tribunal Arbitral Tributário não é um tribunal *ad hoc*, mas apenas um elemento de um sistema de resolução de litígios, que (...) no seu todo tem caráter permanente”<sup>478</sup>.

O outro obstáculo à atribuição aos tribunais arbitrais tributários da qualidade de interlocutor do Tribunal de Justiça ao abrigo do processo do art. 267.º TFUE adviria da circunstância de o recurso à arbitragem tributária constituir um direito potestativo dos contribuintes<sup>479</sup>. Estes não estão “obrigados a solicitar a resolução do seu litígio pela via arbitral”<sup>480</sup>, pelo que poderia surgir a dúvida sobre o preenchimento do requisito estrutural da “natureza obrigatória da jurisdição” do órgão jurisdicional<sup>481</sup>.

O Tribunal de Justiça, novamente remetendo para as conclusões do advogado-geral, considerou que os tribunais arbitrais tributários, cujas decisões são vinculativas para as partes (art. 24.º RJAT), devem

---

476 “Merck Canada Inc.”, C-555/13, cit., n.º 24.

477 “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 25 e 26.

478 Conclusões de 8 de abril de 2014, “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 37.

479 Art. 124.º, n.º 3 *in fine*, da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril (Orçamento de Estado para 2010).

480 “Nordsee”, 102/81, cit., n.º 11.

481 Esta questão foi discutida por Maria Dulce Soares e Sara Soares, “Do Reenvio Prejudicial pelos Tribunais Arbitrais em matéria tributária”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, II, Almedina, 2013, p. 265, que se pronunciaram pelo caráter obrigatório da jurisdição dos tribunais arbitrais tributários, pois estes são a única instância competente para julgar determinados litígios sempre que são constituídos por iniciativa dos contribuintes.

ser distinguidos dos tribunais arbitrais voluntários. Em primeiro lugar, pela circunstância de, quando o contribuinte submete o seu diferendo à arbitragem fiscal, a sua jurisdição ser vinculativa para a administração tributária por via da “cláusula de jurisdição obrigatória” prevista no n.º 1 do art. 4.º do RJAT e exercida através da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março<sup>482</sup>. O tribunal do Luxemburgo parece ter entendido que esta intervenção estadual automática no lado passivo da relação jurídica processual asseguraria a existência de uma ligação “forte o suficiente” entre o próprio Estado e o tribunal arbitral. Em segundo lugar, em resultado de a apresentação de um pedido de constituição de um tribunal arbitral fazer precluir o direito de impugnação da decisão administrativa com base nos mesmos fundamentos perante um tribunal administrativo. Por essa razão, a arbitragem fiscal não pode ser considerada um meio jurídico suplementar nas mãos do contribuinte, mas uma verdadeira alternativa à justiça tradicional, pelo que se deve considerar preenchido o requisito da obrigatoriedade da jurisdição dos tribunais arbitrais tributários<sup>483</sup>.

Ao contrário do que sucedia com os tribunais arbitrais necessários em matéria de medicamentos genéricos que deram origem ao processo “Merck Canada Inc.”, a admissão de questões prejudiciais provenientes dos tribunais arbitrais tributários afigura-se essencial para garantir a aplicação uniforme do direito da União e assegurar a tutela dos direitos que este atribui aos particulares, pois a sua constituição a pedido dos contribuintes transforma-os na única entidade com competência para julgar litígios em determinadas matérias tributárias que envolvem a aplicação do direito da União.

O reconhecimento da capacidade de reenvio aos tribunais arbitrais tributários não introduz qualquer desfiguração no processo do art. 267.º TFUE enquanto instrumento de cooperação jurisdicional, pois os seus árbitros devem ser juristas com comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público, que tenham, pelo menos, dez anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração

---

482 “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 29.

483 Advogado-geral Szpunar, “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 40.

tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio<sup>484</sup>.

Tal reconhecimento, por último, não implica uma menor ressonância interna dos acórdãos prejudiciais do Tribunal de Justiça, pois as decisões arbitrais em matéria tributária são sempre objeto de publicação no sítio eletrónico do CAAD.

#### **4. As decisões de mérito**

**I.** A resposta à questão prejudicial colocada no processo “Merck Canada Inc.” serve essencialmente para o Tribunal de Justiça assinalar a sua completa inutilidade. A solução para o problema de direito da União suscitado no processo arbitral podia ser claramente deduzida da sua jurisprudência constante, nomeadamente do despacho “Astrazeneca”, onde se refere que o titular de uma patente e de um certificado não deve poder beneficiar de um período superior a quinze anos de exclusividade a partir da data da primeira AIM, concedida na União, do medicamento em causa<sup>485</sup>. No caso em apreço, a primeira AIM, na União, dos medicamentos com o princípio ativo protegido pela patente de base de que era titular a Merck Canada Inc. foi concedida em 25 de agosto de 1997, na Finlândia. Por conseguinte, independentemente da data da concessão da patente de base em Portugal e da duração da validade teórica do certificado resultante da aplicação do artigo 13.º do Regulamento n.º 469/2009, lido em conjugação com o considerando 9 do mesmo regulamento, o período máximo de exclusividade conferido pela patente e pelo certificado não podia exceder uma duração total de quinze anos calculada a partir de 25 de agosto de 1997<sup>486</sup>.

Ao suscitar a intervenção prejudicial do Tribunal de Justiça, o tribunal arbitral necessário sujeitou assim as partes aos custos inerentes a uma delonga adicional escusada de mais de três meses do processo arbitral.

**II.** No processo “Ascendi” discutiu-se essencialmente se Portugal, após ter renunciado, em 1991, à cobrança de um imposto sobre as entradas de capital relativamente a operações abrangidas pelo art. 4.º, n.º 1, da Diretiva 69/335, podia decidir voltar reintroduzir esse imposto,

---

484 Art. 7.º, n.º 1 e 2, RJAT. Nos termos do n.º 3 deste preceito, apenas é admitida a designação de árbitro não presidente que seja licenciado em economia ou gestão caso estejam em causa questões que requeiram um conhecimento especializado de outras áreas e desde que cumpram, com as necessárias adaptações, os requisitos exigidos aos árbitros juristas.

485 Despacho de 14 de novembro de 2013, “Astrazeneca”, C-617/12, ECLI:EU:C:2014:28, n.º 42.

486 “Merck Canada Inc.”, C-555/13, cit., n.ºs 32 e 33.



em 2001. Na ausência de resposta a esta questão na letra dos arts. 4.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1 e 2, da Diretiva 69/335, o Tribunal Justiça recorreu a uma interpretação teleológica destas disposições com vista apurar o objetivo prosseguido pelas mesmas. Socorreu-se para o efeito do segundo e terceiro considerando da Diretiva 85/303, onde se refere que a Diretiva 69/335 se destina a limitar ou mesmo a suprimir o imposto sobre as entradas de capital. À luz deste objetivo, declarou resultar do terceiro considerando que só em razão de dificuldades orçamentais com que seriam confrontados caso suprimissem o imposto sobre as entradas de capital é que os Estados-membros que não renunciaram à sua cobrança podiam manter esse imposto<sup>487</sup>.

A referência à data de 1 de julho de 1984, incluída no art. 7.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 69/335, não pode constituir, para os Estados-membros que, nessa data, submetiam as operações em causa a imposto sobre as entradas de capital a uma taxa superior a 0,50%<sup>488</sup>, uma autorização para restabelecerem esse imposto depois de a ele terem renunciado. Com efeito, a intenção do legislador da União foi a de suprimir o imposto sobre as entradas de capital, sendo a possibilidade de o manter apenas uma exceção motivada pelo receio de perdas de receitas pelos Estados-membros<sup>489</sup>.

O Estado português estava assim impedido de reintroduzir um imposto sobre as entradas de capital relativamente a operações de aumento de capital social que estavam sujeitas a esse imposto em 1 de julho de 1984, mas que foram posteriormente isentas desse imposto.

## **5. Considerações finais**

O Tribunal de Justiça adotou um conceito funcional de “órgão jurisdicional nacional” que procura abranger os tribunais arbitrais escolhidos para julgar de forma obrigatória litígios que envolvem a aplicação do direito da União. Caso decidam em última instância, à luz da necessidade funcional de garantia a aplicação uniforme do direito da União e de proteção de direitos que este confere a particulares, o tribunal do Luxemburgo introduziu inclusivamente alguma flexibilidade na avaliação do preenchimento de alguns dos requisitos estruturais de

---

487 “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 47 a 49.

488 Em 1 de julho de 1984, a lei portuguesa sujeitava as operações de aumento de capital como as que estão em causa no processo principal a imposto de selo, à taxa de 2% (Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 39).

489 “Ascendi”, C-377/13, cit., n.º 50.



“órgão jurisdicional nacional” elencados no acórdão “Vaasen-Göbbels”, desconsiderando os critérios da permanência (“Danfoss”) e da origem legal do órgão de reenvio (“Broekmeulen”).

Os tribunais arbitrais tributários foram criados com o objetivo dual de introdução de maior celeridade na resolução de litígios tributários e de diminuição da pendência dos tribunais portugueses mais “europeizados”<sup>490</sup>. Uma vez que decidem em última instância, não restava ao Tribunal de Justiça outra alternativa que não fosse ignorar o seu caráter *ad hoc* e, consequentemente, responder à questão prejudicial colocada no caso “Ascendi”. Orientação oposta deveria ter sido seguida pelo no caso “Merck Canada Inc.”, pois o tribunal arbitral necessário, para além de não decidir em última instância, igualmente não preenchia requisitos estruturais definidos na sua jurisprudência constante. Está, em todo o caso, aberta a porta para a admissão de questões prejudiciais colocadas por tribunais arbitrais necessários com estatuto semelhante ao dos tribunais arbitrais tributários e que podem igualmente decidir em última instância, como é o caso do Tribunal Arbitral do Deporto<sup>491</sup>, ou mesmo de instâncias arbitrais formadas ao abrigo de tratados bilaterais de investimento, os quais remetem, de forma vinculativa e exclusiva, a resolução de litígios emergentes da sua aplicação para o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos<sup>492,493</sup>.

---

490 Os tribunais tributários são responsáveis por mais de dois terços dos reenvios prejudiciais e pela maioria da litigância que envolve a aplicação de normas de direito da União. Cfr. Francisco Pereira Coutinho, *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia: o caso português*, Coimbra Editora, 2013, pp. 348, 396 e 397.

491 Criado pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, alterada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.

492 V., por exemplo, art. 9.º, n.º 2, al. b), do Acordo entre a República Portuguesa e a República da Albânia sobre a Promoção e a Proteção Recíprocas de Investimentos, aprovada pelo Decreto n.º 12/99, publicado no *Diário da República* n.º 110, Série I-A, de 12 de maio, p. 2456.

493 Neste sentido, v. a opinião de 17 de março de 2016 do advogado-geral Melchior Wathelet no processo “Genentech”, C-567/14 (ainda não publicado), nota 34, onde refere que como “o número e a importância das arbitragens em matéria de investimento que suscitam questões de aplicação do direito da União está a aumentar, nomeadamente no domínio dos auxílios de Estado, a possibilidade de os tribunais arbitrais submeterem questões prejudiciais poderia contribuir para a aplicação correta e efetiva do direito da União”.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 26 de março de 2015**

**(C-601/13)**

**Tipo:** reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Administrativo.

**Partes:** Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA contra Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém e Núcleo Inicial - Formação e Consultoria Lda.

**Objeto:** interpretação dos artigos 44.º a 48.º e 53.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

**Dispositivo:** para a celebração de um contrato de prestação de serviços de carácter intelectual, de formação e consultoria, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros.

## ix. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça, proc. C-601/13, *Ambisig*

*A experiência conta...!*

*como critério de adjudicação em contratação pública*

Ricardo Pedro

### Introdução

1. O Tribunal de Justiça (TJ), no acórdão *Ambisig*, confrontou-se com o tema da relevância da *experiência* (académica e profissional) da equipa enquanto critério ou factor que integra o critério no âmbito da contratação pública à luz da Diretiva 2004/18/CE<sup>494</sup> – sobretudo face ao disposto no artigo 53.º, que regula a matéria dos critérios de adjudicação do contrato.

O tema assume grande relevância para a interpretação dos regimes nacionais e, necessariamente do português, em especial, do disposto no artigo 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>495</sup>, apresentando aqui a particularidade de esta decisão ter sido provocada por um pedido de reenvio prejudicial, nos termos do artigo 267.º §3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, solicitado pelo nosso Supremo Tribunal Administrativo (STA).

Este tema assume ainda uma enorme oportunidade de análise na medida em que uma<sup>496</sup> nova Diretiva sobre contratos públicos, que revoga a Diretiva 2004/18/CE, está para transposição dos Estados-membros, convocando a alteração do CCP.

494 Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

495 “Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, **não podendo dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes**” – ênfase aditada. Para uma visão da previsão desta solução normativa em diplomas anteriores ao CCP, *infra v.*, cf. Marco Real Martins, Miguel Assis Raimundo, “Documentos de habilitação e documentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos”, in *Estudos sobre contratos públicos*, AAFDL, 2010, p. 245, nota 4.

496 *Infra v.*, cf. também a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão e a Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

2. A orientação jurisprudencial oferecida pela decisão *Ambisig* não deixa de surpreender face às posições menos claras do TJ no passado e, sobretudo, face à previsão do CCP e da posição de alguma jurisprudência nacional. Neste contexto, a compreensão do problema e das soluções não poderão deixar de ser entendidas à luz da distinção entre o que se deve perceber por *critérios de selecção* (relativos à aptidão dos proponentes para executar o contrato) e por *critérios de adjudicação* (relativos à proposta economicamente mais vantajosa).

Esta distinção é fácil de apresentar, quer do ponto de vista analítico, quer do ponto de vista legal. No entanto, essa facilidade – quando se equaciona considerar a experiência das equipas – pode não se tornar tão evidente do ponto de vista prático, ficando o desafio, quer para a entidade adjudicante, quer para o julgador, pois a *matéria-prima* objeto de juízo de valor (isto é, a experiência) tende a ser a mesma. Subjaz, portanto, a pergunta: se a experiência pode ter uma finalidade de cariz subjectivo (selecção do candidato) e ainda uma finalidade cariz de objetivo (adjudicação da proposta).

O CCP actual (antes da transposição da Diretiva 2014/24/UE) parece criar uma barreira intransponível, reservando a experiência para efeitos de *critérios de selecção*. No entanto, não se pode esquecer que o objeto de *alguns* contratos se presta a convocar a dimensão subjectiva do prestador, sobretudo, quando tais contratos assumem uma elevada dimensão intelectual (que por natureza é subjectiva) enquanto valor da proposta. Nestas situações é revelada alguma *fragilidade* da rígida distinção legal entre critérios de selecção e critérios de adjudicação, mas que não deve surpreender se se tiver em consideração que o direito da União Europeia tende a operar, sobretudo, numa lógica funcional e evolutiva.

Embora se tenda a concordar que não se está perante um *malabarismo jurídico*, não se pode deixar de louvar o esforço argumentativo do Advogado-geral da decisão *Ambisig* na compreensão (holística) da jurisprudência do TJ sobre o tema e na procura de (sólidos) argumentos que conduziram à solução da decisão do TJ no caso *Ambisig*. Apesar disso, também não se pode deixar de observar que o caminho percorrido na decisão em comentário não deixa de surpreender o intérprete português, habituado ao CCP, ao assistir ao *trespassar* de uma fronteira para um território considerado, desde a nascença, proibido, como resulta da letra do artigo 75.º, n.º 1, daquele diploma e de alguma jurisprudência nacional que insistia que “deve ser evidente a separação entre a apreciação

da capacidade dos concorrentes e a análise das propostas com vista à adjudicação”<sup>497,498</sup>.

3. Perante este *espanto*, agora já no sentido de este provocar um impulso para a compreensão das coisas, neste breve comentário procuramos – carreando para este estudo uma boa amostra (embora não exaustiva) do material argumentativo que tem sido mobilizado sobre o tema – apresentar as linhas gerais: do litígio nacional que deu origem ao pedido de reenvio prejudicial, assim como, do próprio pedido prejudicial (I) das conclusões do Advogado-geral Wathelet (II), da jurisprudência do TJ mais relevante sobre a consideração da *experiência da equipa* enquanto critério de adjudicação (III), da jurisprudência nacional mais expressiva (IV), da posição tomada nesta matéria pela nova Diretiva 2014/24/UE (V) e terminando com um breve comentário e conclusão (VI).

## I. Os factos e a questão prejudicial

4. Na origem da questão prejudicial e posterior decisão do TJ esteve um concurso público lançado para aquisição de serviços de formação e consultoria, devendo este ser adjudicado à *proposta economicamente mais vantajosa*, de acordo com os seguintes fatores: “A) Avaliação da equipa - 40%: i) Este fator será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular; B) Qualidade e mérito do serviço proposto - 55%: i) Apreciação global da estrutura proposta incluindo o programa de trabalhos - 0 a 20%, ii) Descrição das técnicas a utilizar e das metodologias de atuação - 0 a 15%, iii) Descrição dos métodos de verificação e controlo da qualidade do trabalho, no âmbito das diversas áreas de intervenção - 0 a 20%; C) Preço global - 5%; Será considerada mais valiosa a proposta que apresentar pontuação mais elevada”.

O concorrente excluído – a *Ambisig* – impugnou administrativa e contenciosamente a decisão da sua exclusão. A sentença da primeira instância<sup>499</sup>, confirmada pelo acórdão da segunda instância<sup>500</sup>, considerou que o fator previsto no ponto A acima referido respeitava o artigo 75.º,

497 Cf. acórdão do STA, de 14 de março de 2002, proc. n.º 48.188, e jurisprudência citada *infra*, ponto 14.

498 Veja-se também a posição de alguma doutrina nacional, Mário Esteves Oliveira e Rodrigo Esteves Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Lisboa, 2014, pp. 964 e ss.

499 Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria.

500 Tribunal Central Administrativo Sul.

n.º 1, do CCP, na medida em que este factor se reportava “à equipa proposta para executar o contrato de prestação de serviços posto a concurso e não diretamente ou indiretamente, a situações, qualidades ou características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.

Inconformado com o sentido das decisões referidas, aquele concorrente, interpôs recurso para o STA, invocando como fundamento de recurso que o ponto A – *que considerava como fator de avaliação a constituição da equipa, a experiência comprovada e a análise curricular* – violava o disposto no artigo 75.º, n.º 1 do CCP<sup>501</sup>.

5. Tendo em vista a correta interpretação e aplicação do direito da União Europeia ao nível nacional, o STA fez um pedido de reenvio prejudicial para o TJ no sentido de saber se o “artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE se opõe a que uma entidade adjudicante estabeleça, para a adjudicação de um contrato de prestação de serviços de carácter intelectual, um critério de adjudicação que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, critério este que tem em conta a constituição da equipa e a experiência e o currículo dos seus membros”.

De notar que este pedido de reenvio prejudicial assentou ainda na necessidade de considerar a jurisprudência do TJ, em especial, a decisão *Lianakis*<sup>502</sup> e de estar a decorrer um processo de reforma da Diretiva 2004/18/CE.

Para o referido efeito foi posta ao TJ a seguinte questão prejudicial: “Para a contratação da prestação de serviços, de carácter intelectual, de formação e consultoria, é compatível com a Diretiva 2004/18 (...) estabelecer, entre os fatores que compõem o critério de adjudicação das propostas de um concurso público, um fator que avalie as equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, tendo em conta as respetivas constituições, a experiência comprovada e a análise curricular?”.

6. Interessante é, desde já, notar que todos os Estados-membros (EM) que apresentaram observações (Portugal, Grécia e Polónia) e a Comissão Europeia propuseram, em substância, uma resposta afirmativa à questão

---

501 De 23 de maio de 2013 (recurso de admissão) e de 22 de abril de 2015, proc. 0835/13. Neste processo foi ainda, em 12 de novembro de 2015, interposto recurso para uniformização de jurisprudência, que foi negado por falta de objeto.

502 Cf. *infra* ponto 10.

prejudicial. Tendo os referidos EM defendido que, no âmbito dos contratos de prestações de carácter intelectual, a experiência profissional do pessoal destinado a executar o contrato em causa exerce uma influência directa sobre a qualidade dos serviços prestados por esse pessoal.

## II. Conclusões do advogado-geral Wathelet

7. O Advogado-geral Wathelet<sup>503</sup> começa por esclarecer que a sua análise terá por base a Diretiva em vigor à data dos factos, isto é, a Diretiva 2004/18 e que se torna essencial para o discernimento da questão em discussão a distinção entre *critérios de seleção*, cuja aplicação terá lugar num primeiro momento e que dizem respeito ao *candidato*, *maxime* situação pessoal e sua aptidão para prosseguir a actividade profissional e *critérios de adjudicação*, que serão aplicados num segundo momento e que incidem sobre a *proposta*. Tratar-se-ão de critérios distintos com os diferentes regimes que lhe estão associados.

Apesar disso, adianta que os critérios de adjudicação previstos no artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE são enumerados apenas a título exemplificativo e que na sua opinião “a equipa técnica apresentada pelos proponentes no âmbito de um concurso público que tenha por objeto a prestação de serviços de carácter intelectual, tais como, neste caso, serviços de formação e consultoria, constitui um aspeto intrinsecamente ligado ao objeto do contrato, em particular à sua qualidade, uma vez que essa avaliação não pretende, de forma alguma, avaliar a capacidade ou aptidão abstratas dos *proponentes* para executar o contrato, antes pretende avaliar a *proposta*, a saber, os meios (no caso, humanos) efetivamente afetados a esta execução” (n.º 30).

Portanto, seria o “carácter intelectual” a justificar a consideração de elementos de pendor subjectivo na avaliação da proposta, devendo tal raciocínio aplicar-se por maioria de razão no “caso de serviços complexos em que exista uma relação estreita entre, nomeadamente, as qualificações profissionais do pessoal e o valor económico das propostas”. Esta razão justificaria que, tal como defende a Comissão nos autos, “que, em determinados casos, a entidade adjudicante poderia precisar, no anúncio de concurso, que as qualificações e a experiência do pessoal afetado à execução do contrato poderão ser determinantes na avaliação do valor económico das propostas apresentadas” (n.º 32) e poderia ter lugar sempre

---

503 Cf. Conclusões do Advogado-geral apresentadas em 18 de dezembro de 2014 no processo C-601/13.

que “a própria natureza do [contrato] o justificasse” e que “a equipa encarregada da sua execução fosse determinante para o valor económico que a entidade adjudicante atribui a cada proposta”, constituindo assim elementos a ter em conta “para avaliar as propostas e determinar a que apresenta a melhor relação qualidade/preço” (n.º 33).

Uma consequência a retirar deste entendimento era no sentido de que “a substituição não autorizada de qualquer um dos membros da equipa proposta, durante a execução do contrato, será suscetível de reduzir esse valor *do ponto de vista da entidade adjudicante*” (n.º 35).

Em suma, o Advogado-geral acaba por fazer a distinção entre a capacidade do proponente e a “capacidade (ou a experiência profissional) do pessoal que será encarregado de prestar esses serviços, a saber, o «pessoal-chave» identificado na proposta” (n.º 37), defendendo que “As competências, a experiência e a eficácia em geral da equipa de trabalho constituem assim características intrínsecas da proposta de serviços como os em causa no processo principal, na medida em que se reportam a uma apreciação da qualidade da proposta e não à aptidão económica, técnica e profissional do proponente para assegurar a boa execução do contrato” (n.º 38).

8. O Advogado-geral, tendo em conta a jurisprudência do TJ<sup>504</sup>, avança no raciocínio, distinguindo a consideração da *aptidão do proponente/equipa para executar um contrato, em concreto* (equipa), por um lado, e, por outro, *em abstrato* (proponente). Defendendo que apenas seria de admitir a experiência da equipa como critério destinado a seleccionar a proposta que apresenta a melhor relação qualidade/preço quando esta seja apreciada em concreto e já não abstrato, ou seja, assume que a experiência da equipa quando referida em concreto (efetivamente alocada àquele contrato) se integra na qualidade da própria proposta, assim já não acontecendo quando a apreciação da experiência é feita em abstrato (experiência em geral), pois, neste caso, já se referiria à qualidade do candidato e não da proposta.

Aproximando-se da conclusão, o Advogado-geral reitera que a “experiência *específica* da equipa técnica concreta por este proposta pode, em determinados contratos, ser tida em conta no momento da adjudicação do contrato, para efeitos de avaliação da proposta” (n.º 80), sendo tal interpretação permitida, desde logo, por “o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da

---

504 Cf. *infra* III.



Diretiva 2004/18 refer[ir]-se à proposta economicamente mais vantajosa *do ponto de vista da entidade adjudicante* e não à proposta mais vantajosa à luz de critérios abstratos e objetivos” (n.º 81).

Por fim, conclui que “A Diretiva 2014/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2014, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, não se opõe a que, em determinadas circunstâncias, para a celebração de contratos de prestação de serviços de carácter intelectual, de formação e consultoria, as entidades adjudicantes estabeleçam, entre os fatores que compõem o critério de adjudicação de um contrato público, um fator que permita avaliar as equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, tendo em conta a respetiva constituição, a experiência comprovada e a análise dos seus diplomas e outras qualificações profissionais. No entanto, o exercício desta faculdade só é compatível com os objetivos da Diretiva 2004/18 quando as características e as qualidades específicas do pessoal que compõe a equipa constituam um elemento determinante do valor económico da proposta submetida à avaliação da entidade adjudicante” (n.º 86).

### III. Acórdãos do Tribunal de Justiça

9. O tema *da experiência como critério de adjudicação em contratação pública*, objeto do acórdão *sub judice*, foi apreciado em anteriores decisões do TJ<sup>505</sup>, embora de forma não tão “evidente”. Importa, assim e antes de mais, considerar algumas decisões prévias à decisão em anotação, terminando com a referência à fundamentação da decisão *Ambisig*.

A propósito dos acórdãos *Lianakis*<sup>506</sup> e *Comissão c. Grécia*<sup>507-508</sup> não pode deixar de se referir, a título preliminar, que estes apresentam uma “*aparente*” *contradição* no que tange a ter em conta a experiência em sede de apreciação/aplicação dos critérios de adjudicação, se não se dispuser de juízos pré-compreensivos, como faz o Advogado-geral da decisão *Ambisig*.

---

505 Assim como foi objecto de algumas decisões do Tribunal Geral, destacando-se os processos: T-4/01, de 25 de fevereiro de 2003; T-211/07, de 1 de julho de 2008; T-63/06, de 9 de setembro de 2010; T-589/08, de 3 de março de 2011.

506 Acórdão do TJ, de 28 de janeiro de 2008, proc. C-532/06.

507 Acórdão do TJ, de 12 de novembro de 2009, proc. C-199/07.

508 Com relevância para este tema, podem ver-se, entre outros, os acórdãos do TJ, de 19 de junho de 2003, proc. C-315/01, e de 9 de outubro de 2014, proc. C-641/13 P.

**10.** No acórdão *Lianakis*, apesar de estar em causa o tema da *experiência* – o anúncio de concurso mencionava, como critérios de adjudicação por ordem de prioridade, em primeiro lugar, a comprovada experiência do perito, adquirida durante estudos realizados no decurso dos três últimos anos, em segundo lugar, o pessoal e o equipamento do gabinete e, em terceiro lugar, a capacidade de realizar o estudo no prazo previsto, combinada com os compromissos assumidos pelo gabinete e pelo seu potencial científico –, a questão a responder pelo TJ, em sede de reenvio prejudicial, prendia-se com a compatibilidade do direito da União, *maxime* saber se o artigo 36.º, n.º 2, da Diretiva 92/50 se opõe a que, num processo de adjudicação, a entidade adjudicante fixe *a posteriori* coeficientes de ponderação e subcritérios relativos aos critérios de adjudicação mencionados no caderno de encargos ou no anúncio do concurso. Pelo que a situação de facto deste acórdão é distinta da *Ambisig*.

No entanto, o TJ não deixa de esclarecer que “(...) são excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão” (n.º 30).

Acrescentando que “No processo principal, os critérios definidos, pela entidade adjudicante, como «critérios de adjudicação» referem-se, no entanto, principalmente à experiência, às qualificações e aos meios suscetíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão. Trata-se de critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato e que, portanto, não têm a qualidade de «critérios de adjudicação», na acepção do artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 92/50” (n.º 31).

Concluindo, que “Deve, por conseguinte, reconhecer-se que os artigos 23.º, n.º 1, 32.º e 36.º, n.º 1, da Diretiva 92/50 se opõem a que, no quadro de um processo de adjudicação, a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto, não a título de «critérios de selecção qualitativa», mas a título de «critérios de adjudicação” (n.º 32).

**11.** No acórdão *Comissão c. Grécia* discutia-se, sobretudo, a admissibilidade de uma cláusula “(...) formulada em termos claros e inequívocos, compreendida no sentido de que, se um gabinete de estudos ou um projetista estrangeiros tivesse participado num processo lançado pela mesma entidade adjudicante, nos seis meses que antecederam o novo anúncio de concurso e, no quadro do processo anterior, tivesse declarado

qualificações correspondentes a categorias de diplomas diferentes das requeridas para o novo processo, em conformidade com o sistema helénico de classificação dos diplomas, não seria admitido nesse novo processo”.

O TJ, por referência à decisão *Lianakis*, esclarece que “Ora, embora seja verdade que, neste último caso, como demonstra a utilização da expressão «por exemplo», os critérios que podem ser seguidos pelas entidades adjudicantes não são enumerados de forma taxativa no artigo 34.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 93/38 e que essa disposição deixa, portanto, às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação do contrato que entenderem, não é menos certo que essa escolha só pode incidir em critérios que visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa” (n.º 54).

Conclui o TJ, “Portanto, são excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estejam ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão (...). No presente processo, os critérios retidos pela entidade adjudicante como «critérios de adjudicação», na secção IV, ponto 2, do anúncio de concurso controvertido, incidem na experiência e na capacidade real para garantir uma boa execução do contrato em questão. Trata-se de critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato e que, portanto, não têm a qualidade de «critérios de adjudicação», na acepção do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 93/38, o que as autoridades helénicas, aliás, não contestaram seriamente” (n.º 56).

12. No acórdão em anotação, o TJ, primeiro começa por esclarecer que a decisão *Lianakis*<sup>509</sup> dizia respeito à interpretação da Diretiva revogada pela Diretiva 2004/18/CE<sup>510</sup>, e que esse “(...) acórdão não exclui que uma entidade adjudicante possa, em determinadas condições, estabelecer e aplicar um critério como o que consta da questão prejudicial, na fase de adjudicação do contrato e que este acórdão diz respeito, de facto, aos efetivos e à experiência dos concorrentes em geral, e não, como no caso em apreço, aos efetivos e à experiência das pessoas que constituem uma equipa específica que deve, em concreto, executar o contrato” (n.ºs 25 e 26).

Segundo, o TJ salienta que esta “(...) diretiva introduziu novos elementos

---

509 Cf. *supra* ponto 10.

510 Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

na legislação da União em matéria de contratos públicos relativamente à Diretiva 92/50, por um lado, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 prevê que a «proposta economicamente mais vantajosa» deve ser identificada «do ponto de vista da entidade adjudicante» e concede, assim, a esta entidade adjudicante uma maior margem de apreciação”, por outro, esclarece que “(...) o terceiro parágrafo do considerando 46 da Diretiva 2004/18 esclarece que, nos casos em que o contrato deva ser adjudicado ao candidato que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa, se deve procurar a proposta que «apresenta a melhor relação qualidade/preço», o que contribui para reforçar o peso da qualidade nos critérios de adjudicação dos contratos públicos” (n.ºs 28 e 29).

Acrescentando, que os “critérios que podem ser definidos pelas entidades adjudicantes para determinar a proposta economicamente mais vantajosa não são enumerados de forma taxativa no artigo 53.º, n.º 1, da Diretiva 2004/18. Essa disposição deixa, portanto, às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação do contrato que entenderem definir. No entanto, essa escolha só pode ser feita entre os critérios que visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa” (n.º 30).

Terceiro, que a “(...) qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e a sua formação. É esse especialmente o caso quando a prestação objeto do contrato tenha carácter intelectual e diga respeito, como no processo principal, a serviços de formação e consultoria. Quando um contrato desse tipo deva ser executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa. Essa qualidade pode ser uma característica intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato, na aceção do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18. Por conseguinte, a referida qualidade pode constar como critério de adjudicação do anúncio de concurso ou do caderno de encargos em questão” (n.ºs 31 a 34).

Por último, o TJ responde à questão prejudicial no sentido de que “(...) para a celebração de um contrato de prestação de serviços de carácter intelectual, de formação e consultoria, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros” (n.º 35).

#### IV. Acórdãos de Tribunais nacionais

13. A jurisprudência administrativa nacional – por referência à consideração da experiência da equipa enquanto critério de adjudicação – revela-se evolutiva ou mesmo radicalmente evolutiva, pois, se, num momento, é possível identificar um leque de acórdãos que defendem acerrimamente o disposto na parte final do artigo 75.º, n.º 1, do CCP, isto é, que os critérios de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes, a verdade é que, num momento posterior, sobretudo, após a decisão *Ambisig* do TJ se encontra uma jurisprudência nacional acriticamente defensora da orientação desta decisão do TJ.

14. Por referência ao primeiro momento, e mesmo antes da vigência do CCP, isto é, tendo em conta o diploma que imediatamente o antecedeu, será de considerar, nomeadamente, o decidido no acórdão do STA, de 11 de agosto de 2004<sup>511</sup>, que esclarece que “no concurso para fornecimento de bens e serviços previsto no Decreto-Lei 197/99, de 8 de janeiro, na análise do conteúdo das propostas com vista à adjudicação, o júri do concurso não pode tomar em consideração factores relativos à capacidade técnica dos concorrentes para prestarem o serviço, como seja a experiência do candidato em fiscalização de obras, sob pena de violação dos artigos 55.º, n.º 3, 36.º, n.º 1, e 105.º a 107.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho”.

Na mesma linha de orientação, e agora já pela consideração do disposto no CCP, concorria a jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul, podendo, a título de exemplo, ler-se no acórdão de 24 de janeiro *rectius*, junho de 2013<sup>512</sup>, que «um Programa do Procedimento, ao estabelecer como fator a “Avaliação da equipa - 40%”, e que “este fator será obtido tendo em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular”, está a violar o art. 75.º, n.º 1, CCP».

Esta linha decisória era ainda acompanhada pelo Tribunal Central Administrativo Norte. A este propósito será de considerar o acórdão de 25 de janeiro de 2013<sup>513</sup>, que decidiu que «A definição do critério de

---

511 Proc. n.º 0866/04.

512 Proc. n.º 09423/12. Cf. da mesma data e do mesmo Tribunal, proc. n.º 09446/12, e, posteriormente, do mesmo Tribunal, de 20 de março de 2014, proc. n.º 10782/14.

513 Proc. n.º 01312/11.3BEBRG. Veja-se ainda do mesmo Tribunal, de 12 outubro de 2012, o proc. n.º 00371/11.3BEBRG.

adjudicação da “proposta economicamente mais vantajosa” à luz dos fatores/subfatores insertos no art. 12.º do «PC» relativos aos “serviços similares” e da “experiência profissional dos motoristas” configura uma violação do art. 75.º, n.º 1. do CCP». Pois, avançava este Tribunal «A enunciação daqueles fatores/subfatores traduz-se ou redonda inequivocamente num apelo às qualidades, às características relativos aos concorrentes, quando em matéria de avaliação das propostas está vedada o apelo ou a utilização de fatores que tenham por objeto considerações relativas à experiência da empresa e de seus profissionais, às habilitações, aos meios e equipamentos a utilizar, já que os mesmos se prendem com a avaliação em termos de o concorrente garantir uma boa execução do contrato, constituindo fatores relativos à maior ou menor aptidão dos proponentes para o executar».

**15.** A inflexão da orientação da jurisprudência nacional não pode ser alheia ao reconhecimento pelo STA da necessidade de a questão ser esclarecida em sede de recurso de revista excepcional. Assim, e desde logo, no acórdão do STA, de 23 de maio de 2013<sup>514</sup>, este Tribunal assume de “(...) importância fundamental saber se face ao artigo 75.º, n.º 1, do CCP é legal um fator do critério de adjudicação contido em programa do concurso que procede à valorização da equipa proposta para executar os trabalhos, considerando a sua constituição, a experiência comprovada dos seus elementos e ainda a análise curricular”.

Do mesmo Tribunal e da mesma data<sup>515</sup> pode ver-se a mesma orientação: “A questão de saber se o art.º 75.º n.º 1 do CCP deve interpretar-se como comportando a distinção entre as situações, qualidades e características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes e os mesmos itens quando relativos às qualificações e características do pessoal que vai prestar o serviço que é objeto da proposta, para concluir sobre a (in) validade de critério de adjudicação que inclua estes últimos, apresenta interesse geral de relevância superior ao comum, atenta a constante aplicação da norma e a indispensável previsibilidade do direito relativo a este quadro legal”.

A necessidade de admissão de recurso de revista excecional para apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso

---

514 Proc. n.º 0840/13.

515 Proc. n.º 0835/13.

seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito foi ainda reconhecida no acórdão do STA de 13 de setembro de 2013, processo n.º 01248/13.

**16.** Posteriormente, a referida linha de decisão inverte-se, ajustando-se à jurisprudência *Ambisig*. Como exemplo do que se afirma, podem ver-se as decisões do STA relativas aos três processos imediatamente referidos e admitidos em sede do recurso de revista excepcional.

No acórdão do STA, de 22 de abril de 2015<sup>516</sup>, decidiu-se que “resulta do art. 75.º do CCP que na avaliação do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa apenas se proíbe que o critério de adjudicação das propostas tenha em consideração elementos, situações ou qualidades dos concorrentes”. E que “A avaliação da equipa técnica proposta para a execução do contrato é um elemento que diz respeito à proposta propriamente dita e não a qualquer característica do concorrente como a capacidade técnica ou experiência abstrata (tal como interpretado pelo Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia a propósito do art. 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 no processo de reenvio prejudicial C-601/13 suscitado no âmbito do proc. 840/13, deste STA)”.

No mesmo sentido, outro acórdão do STA, da mesma data<sup>517</sup>, decidiu que «no quadro de programa de concurso para aquisição de serviços de formação e consultoria, no qual foi definido como critério de adjudicação o da “proposta economicamente mais vantajosa”, não viola o disposto no art. 75.º, n.º 1, do CCP a regra daquele programa que, no âmbito daquele critério, fixou um fator relativo à “avaliação da equipa” onde se deveria ter em conta a constituição da equipa, a sua experiência comprovada e análise curricular».

Por fim, de referir, o acórdão do STA, 30 de abril de 2015<sup>518</sup>, que defende o entendimento do TJ “que permite que a fixação, no programa de concurso destinado à aquisição de serviços de formação e consultoria, de um fator ‘Avaliação da equipa’ (constituição da equipa, experiência comprovada e análise curricular) não ofende o n.º 1 do artigo 75.º do CCP”.

---

516 Proc. n.º 01248/13.

517 Proc. n.º 0835/13.

518 Proc. n.º 0840/13.



## V. A Diretiva 2014/24/UE

17. A Diretiva 2014/24/UE<sup>519</sup>, que produz efeitos a partir de 18 de abril de 2016, toma posição expressa sobre a *relevância da experiência* como critério de adjudicação em contratação pública.

Tendo em conta, desde logo, os considerandos – pelo caráter auxiliar de interpretação que possam representar – será de referir que o considerando n.º 94 esclarece que “Sempre que a qualidade do pessoal empregado seja relevante para o nível de desempenho do contrato, as autoridades adjudicantes deverão também poder utilizar como critério de adjudicação a organização, as qualificações e a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, pois estas características podem afetar a qualidade da execução do contrato e, consequentemente, o valor económico da proposta”.

Acrescenta o referido considerando em modo de exemplificação que “Tal pode ser o caso, por exemplo, dos contratos de serviços de natureza intelectual como a consultoria ou os serviços de arquitetura”.

E determina ainda o referido considerando que “As autoridades adjudicantes que recorram a esta possibilidade deverão assegurar, através dos meios adequados previstos nos contratos que o pessoal encarregado da execução do contrato cumpra efetivamente as normas de qualidade especificados e só possa ser substituído com o consentimento da autoridade adjudicante, que verificará se a substituição do pessoal proporciona um nível de qualidade equivalente”.

18. Já na parte dispositiva será de ter em conta que o artigo 58.º, n.º 4, – referente aos critérios de seleção – prevê o seguinte: “No que respeita à capacidade técnica e profissional, as autoridades adjudicantes podem impor requisitos de molde a assegurar que os operadores económicos disponham dos recursos humanos e técnicos e da experiência necessários para assegurar um nível de qualidade adequado na execução do contrato. As autoridades adjudicantes podem exigir, em especial, que os operadores económicos tenham um nível suficiente de experiência, comprovado por referências adequadas de contratos executados no passado. As autoridades adjudicantes podem partir do princípio de que um operador económico não possui as capacidades profissionais exigidas

---

519 Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.



caso tenha concluído que o operador económico em questão se encontra numa situação de conflito de interesses suscetível de afetar negativamente a execução do contrato. Nos concursos para a aquisição de fornecimentos que impliquem operações de montagem ou instalação, a prestação de serviços ou a execução de obras, a capacidade profissional do operador económico para prestar o serviço ou executar a instalação ou a obra em causa pode ser apreciada em função das suas capacidades, eficiência, experiência e fiabilidade”.

**19.** Para terminar a referência directa aos dispositivos da Diretiva em crise com relevância para o tema da experiência em sede de aplicação do critério de adjudicação, será de ter em conta o disposto no artigo 67.º, n.º 2, alínea b), que prevê: “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo: (...) b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato”.

## **VI. Comentário e Conclusão**

**20.** A jurisprudência do TJ, como os acórdãos citados refletem<sup>520</sup>, presta-se à afirmação de que a única certeza que se pode ter, quanto ao seu sentido orientador, é de *como começa* e nunca de *como acaba*<sup>521</sup>, o que exige do intérprete um olhar atento e contínuo<sup>522</sup> – é, pois, uma

---

520 Cf. *supra* III.

521 Em anotação ao acórdão *Lianakis*, referindo-se à dificuldade em prever o futuro da jurisprudência do TJ, cf. Steen Treumer, “The Distinction between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule without Exception?”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2009, p. 111.

522 Assinalando a preocupação que a jurisprudência do TJ, nesta matéria, tende a representar para as entidades adjudicantes, cf. Philip Lee, “Implications of the *Lianakis* decision”, *Public Procurement Law Review*, 2, 2010, p. 47.

estrada com muitas curvas<sup>523</sup> e, quiçá, contracurvas<sup>524</sup>. Acresce que o caminho percorrido pela jurisprudência do TJ, em especial a decisão que se comenta, revela extrema utilidade interpretativa até à transposição da Diretiva 2014/24/UE para o ordenamento nacional.

21. O tema da experiência da equipa enquanto critério de adjudicação não deixou de gerar discussão por via do olho teórico-crítico da doutrina<sup>525</sup>. Tendo como ponto de partida a distinção radical entre critérios de seleção face aos critérios de adjudicação surgia a discussão em torno de saber, em síntese, se a experiência poderia/deveria – para além surgir como critério de seleção –, pesar na avaliação da vantagem económica da proposta, isto é, em sede de critérios de adjudicação.

Tendo por referência a Diretiva 2004/18/CE, a favor da distinção radical dos dois referidos critérios encontrava-se o elemento formal de que estes critérios estavam previstos em diferentes secções da referida Diretiva (critérios de seleção: Capítulo VII, Secção 2 e critérios de adjudicação: Capítulo VII, Secção 3), o que só poderia significar uma distinção do ponto de vista legal no sentido de que nos critérios de seleção eram avaliados os candidatos e nos critérios de adjudicação as propostas e, portanto, nos critérios de adjudicação estaria em causa uma “comparação estrita *daquilo que é apresentado* pelos concorrentes ao procedimento”<sup>526</sup> e não elementos relativos aos candidatos.

A favor da consideração da experiência pendia o argumento de que a avaliação dos recursos específicos disponibilizados pelo candidato para a execução do projecto seria diferente da avaliação das capacidades gerais do candidato<sup>527</sup> e que aqueles elementos poderiam ser relevantes para avaliar a qualidade do serviço na execução do contrato<sup>528</sup>.

---

523 Sublinhando a necessidade de acompanhar a jurisprudência do TJ sobre este tema, cf. Miguel Assis Raimundo, “Primeira análise das novas Diretivas (Parte I)”, *Revista de Contratos Públicos*, 9, 2013, p. 57.

524 Neste sentido, alguns autores, por referência à jurisprudência do TJ, nomeadamente, à decisão *Lianakis*, referem-se a uma jurisprudência *ambígua* e até *contraditória*, cf. Steen Treumer, “The Distinction between...”, pp. 105 e 106. Cf. também, AAVV, Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, p. 174, disponível em linha, pesquisa confortável a partir do título, consultado em 15 de fevereiro de 2016.

525 A bibliografia sobre o tema é extensa, veja-se também o n.º 3, de 2009, da *Public Procurement Law Review*, e AAVV, *Award of Contracts in EU Procurements*, *European Procurement Law Series*, 5 (Ed.: Mario Comba, Steen Treumer), Djøf Publishing, 2013.

526 Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos - uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 847.

527 Cf. Philip Lee, “Implications of the *Lianakis*...”, pp. 47 e 48.

528 AAVV, Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement Law...*, pp. 173 e 174.

O lugar reservado para a experiência da equipa estava condicionado aos contratos relativos a serviços complexos, de alta especialização (e.g. projectos de inovação tecnológica), em que a equipa alocada é um elemento essencial e já não para serviços de fraca especialização (e.g. serviços de limpeza)<sup>529</sup>, em que a fungibilidade da equipa é (quase) total, relevando aquela experiência para efeitos de apreciação da *qualidade do serviço*<sup>530</sup> e do *preço da proposta* (assumindo alguns autores que uma maior experiência conduz a uma maior celeridade na execução do contrato e, consequentemente, a um preço mais baixo)<sup>531</sup>.

Contra a consideração da experiência como critério de adjudicação estaria que tal consideração desfavorece a entrada no mercado de novos operadores/prestadores/fornecedores com menos experiência ou sem experiência<sup>532</sup> e que não está provado que uma maior experiência conduza a uma execução mais célere do contrato e, com isso, um preço mais baixo, desde logo, porque um candidato com menor experiência pode ter desenvolvido um novo método de trabalho que economize tempo<sup>533</sup>.

22. A referida distinção entre *critérios de selecção* e *critérios de adjudicação* é sublinhada pela jurisprudência do TJ (entre outros, *Beentjes*<sup>534</sup>, *Comissão c. Grécia, Lianakis*) que assenta, em síntese e de modo simplificado, no marco de que os segundos se referem ao produto/prestação e não ao produtor/prestador, às qualidades do trabalho e não às do prestador; enquanto os primeiros se referem directamente ao carácter individual ou legal da entidade candidata<sup>535</sup>.

No entanto, como a doutrina põe em destaque<sup>536</sup>, apesar de o TJ

---

529 Cf. Mario Comba, “Selection and award criteria in Italian public procurement law”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2009, pp. 122 e 125.

530 Desde logo, permitindo a sua comparação com outras propostas, cf. AAVV, Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement Law*..., p. 172.

531 Cf. AAVV, Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement Law*..., p. 172, e Mark Orthmann, “The experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law”, *Humboldt Forum Recht*, 1, 2014, pp. 10 e ss, disponível em linha, pesquisa confortável a partir do título, consultado em 2 de fevereiro de 2016.

532 Sublinhando a necessidade de se assegurar uma forte e justa competição, cf. Kai Kruger, “Superiority in experience and skills may distinguish a better tender bid! Critical reflections from Norway on the Lianakis ruling”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2009, p. 140.

533 Cf. Mark Orthmann, “The experience of the Bidder...”, p. 11.

534 Acórdão do TJ, de 20 de setembro de 1988, proc. 31/87.

535 Cf. Marta Frach e Mireia Grau, “Contract Award Criteria”, in *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Martin Trybus, Roberto Caranta, Gunilla Edeltam (Eds.), Bruylant, 2014, p. 132.

536 Steen Treumer, “The Distinction between Selection...”, pp. 103 e ss.

repetir com frequência a necessidade da referida distinção<sup>537</sup>, a leitura global dos acórdãos revela alguma *comunicabilidade* entre os dois critérios, pugnando por uma interpretação flexível (*flexible approach*), nomeadamente, na interpretação das normas nacionais<sup>538</sup>.

A compreensão desta abordagem, de teor mais permissivo, deve ser entendida no devido contexto, isto é, não se refere a todos os contratos públicos, mas apenas aos contratos de natureza complexa permeados por elementos de natureza do pessoal, de grande conexão com elementos subjectivos, nomeadamente intelectual, a contribuir diretamente para a apreciação do valor da proposta. Os elementos subjectivos, desde logo, a experiência da equipa proposta, têm necessariamente de apresentar um racional económico, ou seja, devem traduzir um valor objetivo na avaliação da proposta – só assim se poderia fundamentar o afastamento da tradicional distinção entre critérios de seleção e critérios de adjudicação.

A experiência da equipa proposta em certos contratos tende a revelar-se muito útil para a adjudicação da proposta mais vantajosa, tornando-se nestes contratos difícil, senão impossível, identificar a proposta mais vantajosa sem recurso ao elemento subjectivo que resulta da experiência da equipa proposta para a execução do contrato<sup>539</sup>. Pois a experiência traz consigo conhecimento e capacidades que o candidato desenvolveu na execução de contratos similares, o que tende a contribuir para uma menor margem de inexecução do contrato e com uma maior celeridade<sup>540</sup>.

**23.** A decisão *Ambisig* estabelece a admissão da ponderação da experiência em sede de critério de adjudicação por referência à experiência pessoal do candidato para desempenhar tarefas concretas no âmbito do contrato e não à experiência do pessoal que o candidato dispõe em geral.

Ou seja, o elemento permissivo da consideração da experiência em sede de critérios de adjudicação é o valor dessa experiência em concreto na execução do contrato. Aqui não se pode deixar de considerar a proposta do Advogado-geral que se refere “à experiência *específica* da equipa técnica concreta por este [candidato] proposta pode, em determinados

---

537 Cf. *supra* III.

538 Para uma noção desta interpretação em alguns ordenamentos jurídicos e referências doutrinárias, cf. Steen Treumer, “The Distinction between Selection...”, pp. 103 e ss, e ainda, Mark Orthmann, “The experience of the Bidder...”, p. 4.

539 AAVV, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Gustavo Piga, Steen Treumer (Eds.), Routledge, 2013, pp. 67 e ss.

540 Cf. Mark Orthmann, “The experience of the Bidder...”, p. 2.

contratos, ser tida em conta no momento da adjudicação do contrato, para efeitos de avaliação da proposta”<sup>541</sup>.

Nesta senda, a decisão em comentário esclarece que a “qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e a sua formação”.

Tal experiência seria de considerar quando a prestação objeto do contrato tivesse caráter intelectual e dissesse respeito a serviços de formação e consultoria. Isto é, sempre que “um contrato desse tipo deva ser executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa”<sup>542</sup>.

24. Como já se deixou exposto, o tema que nos ocupa foi objecto de uma particular reforma legislativa através da Diretiva 2014/24/UE, prevendo o tratamento exposto da experiência da equipa<sup>543</sup>. De acordo com esta deve distinguir-se a experiência geral do candidato, enquanto *critérios de selecção* (artigo 58.º, n.º 4) de situações mais limitadas e de avaliação de aspetos específicos da experiência associados à execução do contrato que podem ser tidos em conta na apreciação dos *critérios de adjudicação*, desde que tais aspectos revelem um impacto significativo na execução do contrato (artigo 67.º, n.º 2, alínea b).

A pergunta que se impõe é: *em que contratos se pode ter em conta a experiência da equipa em sede de critério de adjudicação?*

A resposta é oferecida exemplificativamente pela Diretiva 2014/24/UE<sup>544</sup>: *contratos de serviços de natureza intelectual como a consultoria ou os serviços de arquitectura*.

Mas não está limitada a estes contratos, devendo ser apreciada casuisticamente a relevância da experiência da equipa, mesmo em contratos de natureza não intelectual. No entanto, a consideração da experiência nos termos referidos apenas se encontra justificada sempre que demonstre um impacto significativo na execução do contrato.

A orientar a casuística não pode deixar de estar uma atenção de proporcionalidade, desde logo, no que toca à avaliação da experiência

---

541 Cf. *supra* ponto 8.

542 Cf. *supra* ponto 12.

543 Cf. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2015, p. 381.

544 Cf. *supra* ponto 17.

específica da equipa proposta em relação ao seu impacto significativo na execução do contrato<sup>545</sup> de modo a selecionar a proposta mais vantajosa<sup>546</sup>.

Esta preocupação não deixa de estar presente no considerando n.º 92 da referida Diretiva, que esclarece: “A fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa, a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos. Os critérios qualitativos devem, por conseguinte, ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser, à escolha da autoridade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como o cálculo dos custos do ciclo de vida”.

Acresce que, não podem ser desconsiderados os princípios fundamentais do direito da União<sup>547</sup>, o que tende a reivindicar um juízo de ponderação que atenda também a tais princípios. Por um lado, tal como está expresso no referido considerando, deverá ser assegurada a *possibilidade de concorrência efetiva e leal*, sendo tal obrigação imposta pelo artigo 67.º, n.º 4, da Diretiva em análise, ao prever que os critérios de adjudicação “não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”, sempre devendo “assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e ser acompanhados de especificações que permitam verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes, a fim de avaliar até que ponto estes cumprem os critérios de adjudicação”. Por outro lado, a jurisprudência do TJ impõe também a garantia do princípio da não discriminação<sup>548</sup> – que releva, nomeadamente, na consideração das propostas com equipas com menor ou sem experiência. Por fim, deve ser garantido o princípio da transparência, desde logo, pela indicação da ponderação relativa atribuída a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa (exceto se esta for identificada apenas com base no preço), assim o impõe o artigo 67.º, n.º 5, da Diretiva em referência.

---

545 Justificando esta atenção em razão da norma prevista no artigo 67.º, n.º 2, alínea b) se considerar uma norma excepcional face à norma geral prevista no artigo 58.º, n.º 4, cf. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement*..., p. 382.

546 Neste sentido, *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE - Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, Bruxelas, 27.1.2011 COM (2011) 15 final, p. 19, que refere: “Assim, as propostas neste sentido só devem ser consideradas, se for caso disso, num número limitado de casos, nomeadamente certos tipos específicos de contratos, em que as qualificações e os *curriculum vitae* do pessoal são particularmente relevantes”.

547 Cf., em geral, *princípios da contratação* no artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE, e Albert Sánchez Graells, *Public Procurement*..., p. 383.

548 Acórdãos do TJ, de 17 de setembro de 2002, proc. C-513/99, e de 4 de dezembro de 2003, proc. C-488/01.

O caminho percorrido pela jurisprudência do TJ, que culminou com a decisão *Ambisig*, seguida pela nossa jurisprudência, e que encontra assento positivo e expresso concordante na Diretiva 2014/24/UE, permite concluir<sup>549</sup> que – em certos contratos, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato – *a experiência conta como critério de adjudicação em contratação pública!*

---

549 Conclusão que atende, nomeadamente, ao “estado actual” da jurisprudência do TJ e que aguarda concretização numa futura revisão do CCP.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**  
**de 5 de março de 2015**

**(C-667/13)**

**Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal do Comércio de Lisboa.

**Partes:** Estado português contra Banco Privado Português SA e Massa Insolvente do Banco Privado Português SA.

**Objeto:** i) validade da Decisão 2011/346/UE da Comissão, de 20 de julho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 33/09 (ex NN 57/09, CP 191/09) executado por Portugal sob a forma de uma garantia estatal a favor do BPP; ii) interpretação do artigo 14.º, n.os 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo (108.º TFUE).

**Dispositivo:** o exame das questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa (Portugal) não revelou elementos suscetíveis de afetar a validade da Decisão 2011/346/UE da Comissão, de 20 de julho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 33/09 (ex NN 57/09, CP 191/09) executado por Portugal sob a forma de uma garantia estatal a favor do BPP.



## **x. Auxílios estatais de emergência sob a forma de garantias:**

### **O caso Banco Privado Português**

Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 5 de março de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*, processo C-667/13

Luís do Nascimento Ferreira

## **I. Introdução**

O Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português* tem por objeto, por um lado, a validade da Decisão 2011/346/UE da Comissão Europeia, de 20 de julho de 2010, que declarou ilegal e incompatível com o mercado interno o auxílio estatal C 33/2009 (ex NN 57/2009, CP 191/2009) concedido por Portugal sob a forma de uma garantia a favor do Banco Privado Português, S.A. (“**BPP**”)<sup>550</sup>, e, por outro, a interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do atual artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”)<sup>551</sup>.

O Acórdão tem origem num pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal do Comércio de Lisboa em 17 de outubro de 2013, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, no âmbito de um litígio nacional que opunha o Estado Português ao BPP — à data já em fase de liquidação — e à Massa Insolvente do BPP (“**Massa Insolvente**”).

Este Acórdão do Tribunal de Justiça insere-se num longo e complexo contencioso, que correu termos tanto no plano nacional como no plano europeu, em torno das implicações em matéria de ajudas de Estado decorrentes de um auxílio outorgado pelo Estado Português ao BPP. Este auxílio consistiu numa garantia estatal que cobria um empréstimo de 450 milhões de euros atribuído a esse banco, e foi objeto de uma decisão negativa da Comissão. A extensão e a complexidade deste caso justificam

<sup>550</sup> JO L 159, de 17.06.2011, p. 95.

<sup>551</sup> JO L 83, de 27.03.1999, p. 1. Este diploma foi entretanto revogado pelo Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015 (JO L 248, de 24.09.2015, p. 9).

que nos detenhamos com algum detalhe sobre a factualidade *sub judicio*<sup>552</sup>.

## II. Os eventos que conduziram ao Acórdão do Tribunal de Justiça

O BPP encontra-se hoje em processo de liquidação, em resultado da deliberação tomada em 15 de abril de 2010 pelo Banco de Portugal, ao abrigo da alínea f) do n.º 1 do artigo 22.º e do artigo 23.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“**RGICSF**”)<sup>553</sup>, que veio revogar a autorização da instituição para o exercício da atividade bancária<sup>554</sup>. Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro, tal decisão produz efeitos equivalentes aos de uma declaração de insolvência, tendo o BPP entrado em dissolução e liquidação às 12 horas do dia 16 de abril de 2010 e tendo sido subsequentemente designada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa a respetiva Comissão Liquidatária, que ainda hoje se mantém em funções<sup>555</sup>.

A deliberação do Banco de Portugal relativa ao BPP foi adotada

552 Para o efeito, socorremo-nos da informação publicamente disponível que consta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da prática decisória da Comissão Europeia que versam sobre o processo de ajudas de Estado ao BPP, designadamente: (i) Decisão da Comissão, de 13 de março de 2009 (JO C 174, de 28.07.2009, p. 1), que autorizou, por um período transitório de seis meses e sob condição de apresentação de um plano de reestruturação, o auxílio estatal NN 71/2008, relativo a uma garantia concedida pelo Estado Português ao BPP para viabilizar um empréstimo de 450 milhões de euros atribuído a este por seis bancos portugueses (“**Decisão do Auxílio de Emergência**”); (ii) Decisão da Comissão, de 10 de novembro de 2009 (JO C 56, de 06.03.2010, p. 10), que deu início ao procedimento formal de investigação com a referência C 33/2009 (ex NN 57/2009, CP 191/2009) que se refere à garantia estatal a favor do BPP, por esta ter sido prorrogada para lá do período de seis meses aprovado pela Comissão e por não ter sido apresentado o requerido plano de reestruturação durante esse período (“**Decisão de Início do Procedimento**”); (iii) Decisão 2011/346/UE da Comissão Europeia, de 20 de julho de 2010 — já referida em texto e que foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça no Acórdão que subjaz a esta anotação — que declarou ilegal e incompatível com o mercado interno o auxílio estatal C 33/2009 (ex NN 57/2009, CP 191/2009) concedido por Portugal ao BPP sob a forma de garantia (“**Decisão Negativa**”); (iv) Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção), de 12 de dezembro de 2014, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português c. Comissão*, processo T-487/11, EU:T:2014:1077, que negou provimento ao pedido de anulação da Decisão Negativa (“**Acórdão do Tribunal Geral**”); (v) Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 5 de março de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português*, processo C-667/13, EU:C:2015:151, sobre o qual nos debruçamos no presente comentário (“**Acórdão do Tribunal de Justiça**”); e finalmente (vi) Despacho do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 15 de outubro de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português c. Comissão*, processo C-93/15 P, EU:C:2015:703, que negou provimento ao recurso de anulação do Acórdão do Tribunal Geral (“**Despacho do Tribunal de Justiça**”).

553 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/92, de 31 de dezembro, com a última redação que decorre do Decreto-Lei n.º 190/2015, de 10 de setembro.

554 Comunicado disponível em: <https://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ComunicadoseNotasdeInformacao/Paginas/comb20100416-1.aspx>.

555 Aviso n.º 4627/2010 do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 7 de maio de 2010, publicado no *Diário da República*, 2.ª série — n.º 98, de 20.05.2010, p. 27839.

depois de aquela instituição ter constatado a inviabilidade dos esforços de capitalização e recuperação do BPP desenvolvidos em 2008 e 2009, incluindo com recurso a medidas de apoio estatal.

Na verdade, com o emergir da crise financeira internacional, o BPP — cujas ações não estavam cotadas em mercado mas cujo modelo de negócio (dirigido essencialmente para a gestão de patrimónios nos segmentos de *private banking*, *corporate advisor* e *private equity*) estava muito dependente da evolução dos mercados de capitais — começou a experienciar dificuldades de liquidez, sobretudo no segundo semestre de 2008. Por este motivo, em 24 de novembro de 2008, o BPP informou o Banco de Portugal de que corria o risco de não estar em condições de satisfazer as suas obrigações em matéria de pagamentos.

Assim, em 25 de novembro de 2008, o Banco de Portugal determinou ao BPP, nos termos do artigo 142.º do RGICSF, que apresentasse com urgência um plano de recuperação e saneamento e, em 1 de dezembro do mesmo ano, para além de ter designado [ao abrigo das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 143.º do RGICSF] Administradores Provisórios para integrar o Conselho de Administração do BPP, dispensou ainda o banco [a coberto do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 145.º do RGICSF], durante um período de três meses, do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, prioritariamente no âmbito da atividade de gestão de patrimónios, na medida em que tal se revelasse necessário à reestruturação e saneamento da instituição<sup>556</sup>.

Em 5 de dezembro de 2008, e para acudir às necessidades financeiras, o BPP contraiu um empréstimo de 450 milhões de euros junto de um sindicato bancário composto por seis instituições de crédito portuguesas.

Este empréstimo foi acompanhado de uma garantia do Estado, uma vez que, segundo as autoridades nacionais, na ausência do aval público, nenhum mutuante estaria disponível para financiar o BPP a uma taxa razoável, atendendo à gravidade da sua situação de tesouraria, entretanto piorada pelo significativo levantamento de fundos registado<sup>557</sup>. A garantia estatal em questão foi concedida ao abrigo da Lei n.º 112/97,

---

<sup>556</sup> Cf. [http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/Decisoes/Paginas/dezembro2008\\_1.aspx](http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/Decisoes/Paginas/dezembro2008_1.aspx).

<sup>557</sup> As condições de remuneração do empréstimo e da garantia subjacente foram fixadas pelo Despacho n.º 31268-A/2008 do Ministério das Finanças, de 1 de dezembro de 2008, publicado no *Diário da República*, 2.ª série — n.º 235, de 04.12.2008, p. 49186-(2).

de 16 de setembro<sup>558</sup>, dado que o regime geral de garantias a favor das instituições de crédito em Portugal está reservado aos bancos solventes<sup>559</sup>. O apoio financeiro prestado destinou-se exclusivamente a fazer face a responsabilidades do passivo perante depositantes e demais credores, que estivessem registadas no balanço do BPP em 24 de novembro de 2008, data em que informou o Banco de Portugal de que poderia não ser capaz de cumprir as suas obrigações financeiras.

O empréstimo foi concedido pelo sindicato bancário a uma taxa de juro equivalente à EURIBOR + 1% e a remuneração da garantia estatal foi estabelecida em 0,2% atendendo a que estava coberta por um conjunto de contragarantias apresentadas pelo BPP, que incidiam sobre vários ativos (incluindo valores mobiliários e bens móveis e imóveis) e cujo valor estimado era de cerca de 672 milhões de euros à data do empréstimo. Estavam ainda previstos mecanismos de acompanhamento e eventual substituição ou reforço das contragarantias, de modo a salvaguardar a participação pública no negócio.

Em 13 de março de 2009, a Comissão emitiu a Decisão do Auxílio de Emergência, autorizando a garantia estatal dada ao empréstimo recebido pelo BPP por entender que se tratava de um auxílio destinado a «*sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro [Portugal]*», na aceção da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 107.º TFUE. Em especial, e apesar de entender que o prémio sobre a taxa de garantia era substancialmente inferior à remuneração exigida aos bancos em dificuldade no espaço europeu, a Comissão foi sensível ao argumento gizado pelas autoridades nacionais, no sentido de que, caso o BPP incumprisse as suas obrigações em matéria de pagamentos, tal poderia constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro — e, logo, da economia — do País, atendendo a que, entre o mais, o BPP contava com vários investidores e depositantes institucionais como contrapartes potencialmente afetadas por um evento de *default*.

No entanto, esta medida foi viabilizada numa lógica de *sobrevivência* imediata do BPP (enquanto *auxílio de emergência*), pelo que a Comissão apenas a aprovou por um período transitório de seis meses contados da

---

558 Diploma que estabelece o regime jurídico da concessão de garantias pessoais pelo Estado ou por outras pessoas coletivas de direito público e cuja formulação mais recente foi dada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado de 2015.

559 Cf. Lei n.º 60-A/2008, de 20 de outubro, aprovada pela Comissão ao abrigo das regras sobre auxílios de Estado (Decisão de 29 de outubro de 2008 no processo NN 60/2008 — Regime de garantias a favor das instituições de crédito em Portugal, JO C 25, de 31.01.2009, p. 28).

data da intervenção estatal (ou seja, até 5 de junho de 2009) e na condição de, no mesmo prazo, ser apresentado um plano de reestruturação para o banco.

Sucedeu que, em 23 de junho de 2009, as autoridades portuguesas informaram a Comissão de que, em 5 de junho de 2009, o empréstimo ao BPP e a inerente garantia estatal haviam sido prorrogados por um período adicional de seis meses<sup>560</sup>. Uma vez que as autoridades nacionais não notificaram previamente a dita prorrogação à Comissão, não solicitaram a aprovação antecipada desta para o efeito, nem apresentaram o correspondente plano de reestruturação dentro do prazo estipulado, o auxílio de emergência ao BPP tornou-se *ilegal* a partir de 6 de junho de 2009<sup>561</sup>.

Assim, em 10 de novembro de 2009, a Comissão adotou a Decisão de Início do Procedimento, a coberto do n.º 2 do artigo 108.º TFUE, com o propósito de, por um lado, examinar em maior profundidade se a extensão e a remuneração da garantia seriam compatíveis com as regras que disciplinam os auxílios de Estado e, por outro, convidar os eventuais terceiros interessados a apresentarem as suas observações sobre a medida. Na mesma decisão, a Comissão emitiu uma injunção para a prestação de informações, em conformidade com o atual n.º 3 do artigo 12.º do Regulamento (UE) 2015/1589, exigindo às autoridades portuguesas que submetessem o plano de reestruturação até 22 de dezembro de 2009 — o que não sucedeu.

Ainda na pendência do procedimento formal de investigação, as autoridades nacionais decidiram prorrogar, pela segunda vez e por mais seis meses, a duração do empréstimo e da garantia estatal associada, pois o BPP não estava em condições de pagar essa dívida<sup>562</sup>. Também esta prorrogação não foi notificada à Comissão para aprovação prévia.

Em 15 de abril de 2010, e como observámos já, o Banco de Portugal retirou a licença bancária ao BPP, dada a impossibilidade de reestruturar

---

560 Através do Despacho n.º 13364-A/2009 do Ministério das Finanças, de 5 de junho de 2009, publicado no *Diário da República*, 2.ª série — n.º 109, de 05.06.2009, p. 22914-(2).

561 Nos termos da alínea f) do artigo 1.º do Regulamento (UE) 2015/1589, um auxílio é considerado *ilegal* quando é executado em violação da obrigação de *stand still* prevista no n.º 3 do artigo 108.º TFUE, *i.e.*, quando é atribuído antes de ter sido aprovado pela Comissão. A constatação da *ilegalidade* de um auxílio não compromete a análise de fundo quanto à sua *compatibilidade* com o mercado interno, à luz dos n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º TFUE.

562 Cf. o Despacho n.º 26556-B/2009 do Ministério das Finanças, de 7 de dezembro de 2009, publicado no *Diário da República*, 2.ª série — n.º 236, de 07.12.2009, p. 49546-(2).

ou capitalizar o banco<sup>563</sup>, o que implicou a sua entrada em liquidação. O acordo de empréstimo determinava que a dissolução ou insolvência do BPP exigiria o reembolso antecipado desse empréstimo, razão pela qual, em maio de 2010, a garantia foi acionada pelo sindicato bancário e Portugal reembolsou os 450 milhões de euros.

No termo da investigação aprofundada, a Comissão adotou a Decisão Negativa, concluindo que a garantia dada por Portugal ao BPP em 5 de dezembro de 2008, bem como a sua renovação após 5 de junho de 2009, era incompatível com o mercado interno.

Para alcançar esta conclusão, a Comissão teve essencialmente em linha de conta dois aspetos: a *duração* da garantia e as suas condições de *remuneração*.

Quanto ao primeiro ponto, a falta de apresentação do plano de reestruturação, conjugada com a prorrogação da garantia em duas ocasiões e sem prévia notificação, levou a que não tivesse sido cumprido um dos pressupostos principais em que se baseou a aprovação da Decisão do Auxílio de Emergência e a consequente viabilização transitória da garantia estatal originária. Adicionalmente, a Comissão entendeu que, decorridos os primeiros seis meses de vigência da garantia, não tinha ficado demonstrado que a situação do BPP apresentasse um risco sistémico relevante que legitimasse a continuação da mobilização de recursos estatais.

Relativamente ao segundo aspeto acima indicado, a Comissão manteve, na investigação aprofundada, a convicção de que a remuneração da garantia estatal (0,2%), pese embora a natureza e o montante das contragarantias prestadas pelo BPP, era consideravelmente inferior ao que aquela instituição tipicamente postula em situações comparáveis, tendo tal nível de remuneração sido aceite apenas para a fase de emergência do auxílio, na condição de ser apresentado um plano de reestruturação daí a seis meses.

Em síntese, o Estado Português foi intimado a tomar as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário. Neste caso, a quantificação do montante de auxílio a reembolsar pelo BPP foi calculada tendo por base a diferença entre a taxa de juro de mercado teórica que o banco teria obtido se contratasse o empréstimo no mercado sem a intervenção do Estado e a taxa de juro obtida por via da garantia estatal,

---

<sup>563</sup> Entre 2008 e 2009, o BPP apresentou vários planos de recuperação ao Banco de Portugal, que previam, nomeadamente, uma operação de recapitalização com uma participação do Estado Português num montante de 150 a 200 milhões de euros, sob a forma de ações e prestações suplementares sem remuneração. Por este motivo, os planos em causa foram recusados pelo Governo e pelo Banco de Portugal.

deduzindo o preço pago por esta garantia. Tudo sopesado, a Comissão considerou que, em razão das dificuldades financeiras do BPP e atendendo às contragarantias oferecidas, era plausível que o banco tivesse pago por um empréstimo semelhante em condições de mercado a taxa de juro de referência (EURIBOR) acrescida de um prémio de risco de 4%, contrastando com a taxa de juro EURIBOR + 1% a que foi efetivamente concedido o empréstimo garantido.

O montante a recuperar consistiu, pois, no *delta* entre as duas taxas indicadas, deduzido do preço pago pela garantia (0,2%) e acrescido dos juros efetivamente vencidos sobre esse montante desde a data em que o auxílio foi atribuído e até à sua recuperação efetiva<sup>564</sup>.

De sublinhar que a Comissão ordenou ao Estado Português que recuperasse a ajuda concedida sob a forma de garantia para a *totalidade* do período em que ela esteve em vigor, ou seja, incluindo também o hiato temporal decorrido entre 5 de dezembro de 2008 e 5 de junho de 2009 que estava inicial e provisoriamente coberto pela Decisão do Auxílio de Emergência. Isto, porque, no entender da Comissão, o incumprimento do Estado no que respeitou à duração da garantia e às suas condições de remuneração, tal como transitoriamente aprovadas como medida de urgência, prejudicou a própria compatibilidade da concessão da ajuda com o mercado interno e a aplicabilidade dos critérios que estiveram subjacentes a essa aprovação condicional.

O Estado Português ficou ainda obrigado a perseguir judicialmente os seus créditos sobre os ativos cobertos pelas contragarantias prestadas pelo BPP a fim de recuperar a totalidade do montante do próprio empréstimo entretanto por si desembolsado<sup>565</sup>.

Em setembro de 2011, o BPP e a sua Massa Insolvente interpueram recurso de anulação da Decisão Negativa, cujo provimento foi negado pelo Acórdão do Tribunal Geral, entretanto confirmado pelo Despacho do Tribunal de Justiça<sup>566</sup>.

Paralelamente, na sequência de uma ação intentada pelo Estado Português no Tribunal do Comércio de Lisboa, destinada a inscrever e

---

564 Os juros são calculados numa base composta, em conformidade com o que resulta do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (UE) 2015/1589, com a última redação que resulta do Regulamento (UE) n.º 2015/2282 da Comissão, de 27 de novembro de 2015 (JO L 325, de 10.12.2015, p. 1).

565 A Comissão considerou que, caso o Estado Português não exercesse os seus direitos creditícios sobre as contragarantias, tal poderia dar origem a uma nova ajuda estatal a favor do BPP.

566 Cf. a nota (3) *supra*.



integrar no passivo de liquidação do BPP e da respetiva Massa Insolvente o crédito resultante da recuperação do auxílio, o Tribunal do Comércio de Lisboa submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º TFUE, relativo à validade da Decisão Negativa. Tal pedido veio a dar origem ao Acórdão do Tribunal de Justiça — proferido entre o Acórdão do Tribunal Geral e o Despacho do Tribunal de Justiça nas ações de anulação a que fizemos referência no parágrafo anterior — que passaremos agora a analisar mais de perto.

### **III. Os factos em disputa e as questões prejudiciais**

O Acórdão do Tribunal de Justiça aqui em análise foi adotado no seguimento de um reenvio operado pelo Tribunal do Comércio de Lisboa em 17 de outubro de 2013, no âmbito de um litígio que opunha o Estado Português ao BPP (em processo de liquidação) e à Massa Insolvente do BPP. Conforme já indicado, no contexto desse litígio o Estado pretendia ver inscrito e integrado no passivo da liquidação do banco e da sua massa de credores o montante a recuperar da garantia estatal associada ao empréstimo a favor do BPP que foi qualificada como auxílio ilegal e incompatível pela Decisão Negativa da Comissão. O crédito em apreço ascendia a 24.462.921.24 euros, acrescido de juros vencidos, e, como referido anteriormente, resulta da diferença entre a taxa de juro que a Comissão estima que o BPP teria pago em mercado, na ausência da garantia do Estado (EURIBOR + 4%), e a taxa de juro efetivamente praticada pelo sindicato bancário no empréstimo outorgado (EURIBOR + 1%), após a dedução do preço pago pela garantia (0,2%).

No contexto do litígio nacional que corria termos no Tribunal do Comércio de Lisboa, a Massa Insolvente opôs-se ao pedido de inscrição e integração do crédito do Estado Português, alegando que a Decisão Negativa, que ordenara a recuperação desse crédito, seria ilegal. Neste contexto, o Tribunal do Comércio de Lisboa suscitou dúvidas sobre a validade da Decisão Negativa e sobre a compatibilidade da obrigação de restituição do auxílio, à data inscrita no artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999<sup>567</sup>, com o disposto no n.º 2 do artigo 91.º do Código da

---

<sup>567</sup> Hoje constante do artigo 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589, norma que exige aos Estados-membros que recuperem os auxílios considerados incompatíveis com o mercado interno, incluindo juros a uma taxa adequada fixada pela Comissão, computados entre a data em que o auxílio foi colocado à disposição do beneficiário e o momento da sua recuperação.



Insolvência e da Recuperação de Empresas portugueses<sup>568</sup>, norma que, no essencial, determina que as obrigações não exigíveis à data da declaração de insolvência pelas quais não sejam devidos juros remuneratórios (ou sejam devidos juros remuneratórios inferiores à taxa de juro legal) vêem os seus montantes serem reduzidos.

Em consequência, o Tribunal do Comércio de Lisboa suspendeu a instância e submeteu as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

*1 — A [Decisão Negativa] padece do vício de falta de fundamentação por:*

*a) não indicar a razão pela qual a garantia prestada pelo Estado português afeta o comércio entre os Estados-Membros?*

*b) não esclarecer a razão pela qual o auxílio concedido sob a forma de garantia que foi num primeiro momento considerado abrangido pelo n.º 3, do art.º 107.º, foi agora declarado incompatível com o mercado [interno]?*

*2 — A [Decisão Negativa] padece do vício de contradição entre a fundamentação e a decisão no que ao momento a partir do qual a decisão é considerada ilegal: 5 de dezembro de 2008 ou 5 de junho de 2009?*

*3 — A [Decisão Negativa] contraria o disposto no art.º 107.º, n.º 1, do TFUE na medida em que o auxílio concedido não afetou o comércio entre os Estados-membros, designadamente atendendo à finalidade do empréstimo e ao efetivo uso feito com o mesmo e ao facto de o beneficiário desde 1 de dezembro de 2008 não exercer a sua atividade?*

*4 — A [Decisão Negativa] contraria o disposto no art.º 107.º, n.º 3, do TFUE na medida em que o auxílio se destinou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro e, nessa medida, é compatível com o mercado [interno]?*

A título subsidiário, o Tribunal do Comércio de Lisboa submeteu ainda a seguinte questão de interpretação:

*Os n.ºs 1 e 2 [do artigo 14.º] do Regulamento [n.º] 659/1999 obstam a que se aplique ao caso concreto a redução do montante a recuperar, quando a mesma norma é aplicável, de forma não discriminatória, a todos os credores do insolvente?*

---

<sup>568</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com a última redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro.

No âmbito do processo de reenvio aqui em apreço, apresentaram observações ao Tribunal de Justiça as partes no litígio nacional (Estado Português, BPP e Massa Insolvente) e a Comissão Europeia.

O reenvio prejudicial em questão foi julgado pelo Tribunal de Justiça sem apresentação de conclusões pelo Advogado-Geral, prerrogativa que está reservada para as situações em que o Tribunal de Justiça considera que não se suscitam questões de direito novas<sup>569</sup>.

Faz-se notar que, aquando do pedido de decisão prejudicial operado pelo Tribunal do Comércio de Lisboa (outubro de 2013), não havia ainda sido emitido o Acórdão do Tribunal Geral (de dezembro de 2014), nem, por maioria de razão, o Despacho do Tribunal de Justiça (de outubro de 2015) que se debruçaram sobre a ação de anulação da Decisão Negativa. Porém, na data de prolação do Acórdão do Tribunal de Justiça em sede prejudicial (março de 2015), tinha já sido adotado o Acórdão do Tribunal Geral que negou provimento a essa ação e havia já sido interposto recurso deste acórdão para o Tribunal de Justiça (estando a pronúncia deste último pendente à data). Também de salientar que o Acórdão do Tribunal de Justiça (em matéria prejudicial) e o Despacho do Tribunal de Justiça (em recurso de anulação) — entre os quais mediaram sensivelmente sete meses — foram proferidos pela mesma Segunda Secção do Tribunal de Justiça e por um coletivo de Juízes praticamente idêntico, contando ainda o processo com o mesmo Juiz-Relator e o mesmo Advogado-Geral.

Das cinco questões prejudiciais colocadas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, o Tribunal de Justiça apenas se pronunciou sobre o mérito das quatro questões atinentes à validade da Decisão Negativa, tendo julgado inadmissível a questão de interpretação do alcance do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999, quando confrontado com o teor do artigo 91.º, n.º 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, por entender que esta disposição nacional não seria aplicável ao litígio no processo principal.

Na realidade, o n.º 2 do artigo 91.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas reporta-se a obrigações ainda não exigíveis «à data da declaração de insolvência», sendo que o crédito em causa do Estado Português já era exigível antes de o processo de liquidação do BPP se ter iniciado, em 15 de abril de 2010, aquando da revogação da autorização para o exercício da atividade bancária operada pelo Banco

---

<sup>569</sup> Cf. o artigo 20.º, § 5, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, constante do Protocolo (n.º 3) anexo aos Tratados, com a última redação inserida pelo Regulamento (UE, Euratom) 2015/2422 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015 (JO L 341, de 24.12.2015, p. 14).

de Portugal. Com efeito, uma vez expirado o prazo de seis meses para a manutenção provisória da ajuda estatal aprovada pela Decisão do Auxílio de Emergência, não tendo sido apresentado um plano de reestruturação nesse período e tendo a manutenção da garantia sido prorrogada pelas autoridades portuguesas para lá desse período sem aprovação prévia da Comissão, o auxílio de emergência concedido ao BPP tornou-se ilegal a partir de 6 de junho de 2009, na aceção do n.º 3 do artigo 108.º TFUE.

Nestas condições, e secundando-se em jurisprudência consolidada<sup>570</sup>, o Tribunal de Justiça considerou que a quinta questão prejudicial não dizia respeito a uma interpretação do direito da União Europeia que respondesse a uma necessidade efetiva e objetiva para a decisão que o órgão jurisdicional de reenvio devia proferir e, nesta base, julgou a questão inadmissível.

Por uma questão de sistematização, analisaremos autonomamente a pronúncia do Tribunal de Justiça a respeito dos seguintes aspetos: (i) a potencialidade de afetação das trocas comerciais entre Estados-membros, na aceção do n.º 1 do artigo 107.º TFUE, atendendo à finalidade do empréstimo a que a garantia se destinava e à circunstância de, à data do auxílio, o BPP não estar a operar normalmente no mercado; e (ii) a possibilidade de a obrigação de restituição da ajuda cobrir também o período em que essa ajuda havia sido inicialmente declarada compatível com o mercado interno pela Comissão.

#### **IV. A potencialidade do auxílio para afetar o comércio intra-europeu**

A respeito do tema em epígrafe, o Tribunal de Justiça tomou posição sobre a primeira parte da primeira questão prejudicial e sobre a terceira questão, através das quais o Tribunal do Comércio de Lisboa pretendia saber, por um lado, se a Decisão Negativa estaria devidamente fundamentada, uma vez que não indicava a razão pela qual a garantia afetava as trocas comerciais entre Estados-membros e, por outro, se a exigência de afetação do comércio estaria preenchida, tendo em conta o propósito do apoio financeiro prestado e a limitada atividade do BPP na altura.

Relativamente às exigências de fundamentação, foi sem surpresa, a

---

<sup>570</sup> Cf., a título de exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, processo C-571/10, EU:C:2012:233, §§ 40-42 e jurisprudência aí citada; e o Despacho do Tribunal de Justiça (Nona Secção), de 16 de janeiro de 2014, *Dél-Zempléni Nektár Leader Nonprofit*, processo C-24/13, EU:C:2014:40, §§ 39-44.

nosso ver, que o Tribunal de Justiça considerou que a Decisão Negativa estava suficientemente fundamentada. É que, no domínio dos auxílios de Estado, há muito que os Tribunais da União sufragaram o entendimento de que a Comissão não está obrigada a demonstrar que uma medida estatal tem uma *incidência real* nas trocas comerciais entre os Estados-membros, nem tão-pouco que cria uma *distorção efetiva* da concorrência. Na égide do n.º 1 do artigo 107.º TFUE, o Tribunal de Justiça basta-se, pois, com a mera demonstração de que a medida é *suscetível* de produzir tais efeitos<sup>571</sup>.

Nesta exata medida, sabendo-se que, à escala europeia e nacional, o setor financeiro está liberalizado e é competitivo, contando com vários *players* de distintos Estados-membros, e que o próprio BPP atuava em mais do que uma jurisdição, não é de estranhar que, ao contemplar estes aspetos na Decisão Negativa, o Tribunal de Justiça tivesse entendido que a Comissão *fundamentou* convenientemente a *suscetibilidade* de a garantia estatal afetar o comércio intra-europeu.

Já nos parece, contudo, que o Tribunal podia ter sido mais claro e preciso na aferição da *verificação substantiva* deste requisito perante as circunstâncias específicas do caso concreto, ou seja, no juízo que fez quanto à questão de saber se a Comissão podia ter validamente concluído que a (suscetibilidade de) afetação do comércio se verificava na concreta situação da garantia dada ao BPP.

Neste particular, o órgão de reenvio alicerçou as suas dúvidas essencialmente em dois pontos. Em primeiro lugar, a circunstância de a garantia ter sido concedida para viabilizar um empréstimo destinado a reembolsar depositantes e credores do BPP. De certa forma, o Tribunal do Comércio de Lisboa pretendeu ilustrar, por esta via, que o empréstimo não seria canalizado para a atividade comercial do banco, nem para cobrir dívidas de outras entidades do grupo. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio também frisou que, pelo menos desde 24 de novembro de 2008 (*i.e.*, antes da concessão da garantia), o BPP estava limitado no exercício da sua atividade normal por imposição do Banco de Portugal<sup>572</sup>.

571 Cf., entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 15 de dezembro de 2005, *Unicredito Italiano*, processo C-148/04, EU:C:2005:774, § 54; o acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e o.*, processo C-222/04, EU:C:2006:8, § 140; o acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 8 de maio de 2013, *Libert e o.*, processos apensos C-197/11 e C-203/11, EU:C:2013:288, § 76; e o acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 14 de janeiro de 2015, *Eventech*, processo C-518/13, EU:C:2015:9, § 65.

572 Conforme notado anteriormente, foi em resultado de uma comunicação do BPP ao Banco de Portugal nessa data que este dispensou o primeiro de cumprir transitariamente as suas obrigações financeiras.

Não pensamos que o primeiro aspeto invocado pelo Tribunal do Comércio de Lisboa seja decisivo, por si só, para afastar a suscetibilidade de a garantia estatal impactar sobre as trocas comerciais entre Estados-membros, nos moldes amplos em que este critério tem vindo a ser interpretado pelos Tribunais da União. De facto, basta pensar que, como o próprio Estado sempre reconheceu perante a Comissão, foi a garantia que permitiu viabilizar o empréstimo subjacente, sendo improvável que o BPP obtivesse sequer condições para se financiar em mercado na ausência de tal garantia.

Diversamente, a circunstância de o BPP ter ficado muito condicionado no cumprimento das suas obrigações e, em geral no desenvolvimento da sua atividade bancária, em resultado de uma determinação do Banco de Portugal podia, em nossa opinião, ter sido mais explorada pelo Tribunal de Justiça.

Em verdade, a própria Comissão Europeia indicou na Decisão Negativa que, até à revogação da respetiva licença, «o BPP podia ter entrado, ou reentrado, no mercado num prazo curto» e que «[s]ó a partir de 15 de abril de 2010, com a revogação da licença bancária, o BPP perdeu qualquer possibilidade de reentrar no mercado e de afetar potencialmente a concorrência e o comércio entre os Estados-membros» <sup>(573)</sup>, o que sugere um reconhecimento, por parte da Comissão, de que, mesmo antes da revogação da licença, o BPP teria já deixado de operar no mercado à data da atribuição do auxílio.

Ora, sendo este um pressuposto legítimo que se poderá retirar da Decisão Negativa, entendemos que o Tribunal de Justiça devia ter elaborado mais sobre a potencialidade de a ajuda afetar o comércio entre Estados-membros nesta concreta situação. Até se admite que o Tribunal de Justiça pudesse vir, ao cabo desse exame, a concluir pelo preenchimento do critério em questão, mas teria sido certamente útil fornecer algumas pistas suplementares ao Tribunal *a quo* sobre como interpretar a exigência em causa perante a factualidade que aqui nos ocupa.

Embora a afetação do comércio entre Estados-membros seja — a par da potencialidade de incidência da medida sobre a concorrência — um requisito de constatação quase automática em casos de auxílios de Estado que envolvem beneficiários ativos em mercados liberalizados (como ocorre no setor financeiro), houve já situações particulares em que os Tribunais da União reconheceram que esse efeito (ou a suscetibilidade de

---

573 Cf. § 59.

verificação do mesmo) não pode ser inferido de forma mecânica, ainda que se trate de um mercado aberto à concorrência. A título de exemplo, importa notar que, num caso que envolvia um programa de financiamento do Governo italiano a empresas exportadoras que pretendiam entrar em Estados terceiros (fora da União Europeia), o Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo estando tais empresas ativas num mercado europeu liberalizado, o impacto de tais medidas sobre as trocas comerciais no espaço europeu não era imediato nem poderia ser instantaneamente presumido — dado que as subvenções visavam o financiamento das despesas de penetração comercial em Estados terceiros<sup>574</sup>.

Em síntese quanto a este ponto, parece-nos que o Tribunal de Justiça poderia ter aproveitado as circunstâncias específicas do caso BPP para testar a sua própria jurisprudência, que, em nosso entendimento, permite margem para sustentar, pelo menos desde o lendário caso *Altmark Trans*, que a *probabilidade* de uma medida de apoio público distorcer o comércio ou a concorrência entre Estados-membros não deve ser meramente *hipotética*<sup>575</sup>.

## **V. A possibilidade de restituição de um auxílio temporariamente aprovado pela Comissão**

A segunda parte da primeira questão, a segunda questão e a quarta questão submetidas à apreciação do Tribunal de Justiça destinavam-se a apurar se a Decisão Negativa poderia declarar incompatível com o mercado interno, ordenando a respetiva recuperação junto do beneficiário, um auxílio que havia sido inicialmente autorizado pela Comissão a título de medida de emergência.

Equacionadas nestes moldes, as questões prejudiciais ora em análise poderiam indiciar uma contradição no raciocínio empreendido pela Comissão neste capítulo. A verdade, porém, é que esta instituição limitou-se a seguir as suas próprias orientações em matéria de ajudas estatais aos bancos no contexto da crise financeira. Poderá naturalmente discutir-se, *de iure condendo*, se essa linha de *soft law* faz sentido — aspeto que veremos adiante — mas não seria expectável que o Tribunal de Justiça detetasse inconsistências formais na Decisão Negativa quando ela reflete

---

574 Cf. o acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 30 de abril de 2009, *Comissão c. Itália e Wam*, processo C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272, § 62.

575 Cf. o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, processo C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, § 79.

as directrizes a que o autor do ato se auto-vinculou ao definir orientações neste campo<sup>576</sup>.

Efetivamente, em particular a primeira comunicação da Comissão sobre o setor bancário — em vigor à data da Decisão do Auxílio de Emergência e da Decisão Negativa<sup>577</sup> — tornava claro que a concessão de uma garantia estatal a favor de uma instituição financeira no quadro da crise internacional era considerada uma medida de *urgência* e, consequentemente, *transitória*, que teria de ser acompanhada de medidas de *reestruturação* ou de *liquidação* do beneficiário<sup>578</sup>.

Foram efetivamente estes os critérios que nortearam a Decisão do Auxílio de Emergência, da qual se retira que a Comissão aprovou a garantia do Estado Português ao BPP a título de emergência e por um período de seis meses (até 5 de junho de 2009), na condição de, no mesmo prazo, as autoridades portuguesas apresentarem um plano de reestruturação. A mencionada decisão precisava ainda que qualquer prorrogação da garantia para além desse período de seis meses carecia de notificação prévia à Comissão e estaria sujeita a uma reapreciação da sua compatibilidade substantiva com o mercado interno.

Assim, ao contrário do que sustentava o BPP, a Massa Insolvente e o Tribunal do Comércio de Lisboa, não cremos que a Comissão tivesse baseado a sua conclusão quanto à incompatibilidade da garantia com o mercado interno na inobservância de *obrigações puramente processuais*, a saber, a circunstância de Portugal ter prorrogado a garantia por duas vezes sem notificação prévia e não ter apresentado um plano de reestruturação para o banco.

Isto, porque o regime aplicável aos auxílios sob a forma de garantias concedidos a empresas em dificuldade — sejam elas financeiras ou não financeiras<sup>579</sup> — apresenta uma grande especificidade face ao regime normal das ajudas estatais.

---

576 O Tribunal de Justiça teve já o ensejo de clarificar que «[a]o adotar tais regras de conduta e ao anunciar, através da sua publicação, que as aplicará no futuro aos casos a que essas regras dizem respeito, a instituição em causa autolimita-se no exercício do seu poder de apreciação e não pode renunciar a essas regras sob pena de poder ser sancionada, eventualmente, por violação dos princípios gerais do direito, tais como os da igualdade de tratamento ou da proteção da confiança legítima». Cf. o acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 28 de junho de 2005, *Dansk Rørindustri e o. c. Comissão*, processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, § 211.

577 Comunicação sobre a «*Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adotadas em relação às instituições financeiras no contexto da atual crise financeira global*», JO C 270, de 25.10.2008, p. 8.

578 Vejam-se, neste sentido, os §§ 12, 13, 24 e 28 a 31.

579 Quanto a estas últimas, vejam-se as «*Orientações da Comissão relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade*», JO C 249, de 31.07.2014, p. 1.



Com efeito, as garantias de emergência destinadas a empresas em dificuldade são, pela sua própria natureza, temporárias e aprovadas nesse pressuposto, podendo até ser *concretizadas ainda antes* da medida de apoio estar definitivamente autorizada pela Comissão. Por este motivo, tanto a autorização definitiva dessas ajudas como a possibilidade da sua manutenção pelos respetivos beneficiários ficam sujeitas, por um lado, à proibição de as autoridades nacionais prorrogarem unilateralmente o auxílio para além do período inicial permitido pela Comissão e, por outro, à obrigação de o Estado em causa comunicar à Comissão, em regra num prazo de seis meses a contar da autorização do auxílio de emergência, um plano de reestruturação ou de liquidação para o beneficiário<sup>580</sup>.

O plano de reestruturação é avaliado autónoma e subsequentemente pela Comissão e, no caso do setor financeiro, tem de assegurar (i) o restabelecimento da viabilidade do beneficiário a longo prazo, (ii) que o auxílio se limita ao mínimo necessário e que se verifica uma participação substancial do beneficiário e dos seus acionistas e credores nos custos de reestruturação e (iii) que não se verificam distorções indevidas da concorrência em resultado da outorga do auxílio. Caso estas exigências não se mostrem cumpridas, terá de se avançar para a liquidação ordenada da instituição.

Nesta medida, a limitação temporal da garantia disponibilizada pelas autoridades portuguesas ao BPP, a proibição de prorrogação da sua vigência sem notificação e autorização da Comissão e a obrigação de apresentação de um plano de reestruturação não constituíam meras *formalidades*, mas antes exigências *substantivas* necessárias para que a Comissão pudesse tomar a palavra final sobre a compatibilidade da medida com o mercado interno.

A não ser assim, e dado que a arquitetura jurídica dos auxílios de emergência atribuídos a bancos em dificuldade mediante a concessão de garantias permite que estas sejam provisoriamente postas em execução mesmo antes de uma tomada de posição definitiva sobre a

---

580 Com a publicação, em 2013, da segunda comunicação da Comissão sobre o setor bancário, passou a vigorar o princípio geral de que os auxílios aos bancos só são autorizados pela Comissão *depois* de aprovado o respetivo plano de reestruturação. Contudo, esta orientação está sobretudo pensada para as medidas de recapitalização ou de apoio aos ativos depreciados. Por conseguinte, e desde que o banco em questão não tenha um défice de capital, os auxílios em forma de garantia ou de apoio à liquidez podem geralmente continuar a ser concedidos numa base temporária, como auxílios de emergência, na condição de ser subsequentemente notificado e aprovado o competente plano de reestruturação ou liquidação. Cf. a «Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira», JO C 216, de 30.07.2013, p. 1, em especial §§ 23 *in fine* e 56 a 61.



sua conformidade, seria fácil aos Estados-membros, desrespeitando as condições identificadas nos parágrafos antecedentes, contornarem o efeito útil e direto da cláusula de *stand still* constante da parte final do n.º 3 do artigo 108.º TFUE, ou até a discussão de fundo quanto à necessidade desse tipo de auxílios para alcançar o objetivo de *sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro*, à luz da alínea b) do n.º 3 da mesma disposição.

Em suma, e em sintonia com a resposta dada pelo Tribunal de Justiça às questões prejudiciais ora em apreço, não nos parece que a Comissão tenha errado ao incluir o período em que a garantia foi temporária e condicionalmente autorizada na ordem de restituição da ajuda dada ao BPP, de modo a assim eliminar completamente a vantagem concedida e as consequências daí decorrentes.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**  
**de 9 de setembro de 2015**

**(C-160/14)**

- Tipo:** reenvio prejudicial das Varas Cíveis de Lisboa.
- Partes:** João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português.
- Objeto:** interpretação do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE e de determinados princípios gerais do direito da União.
- Dispositivo:** 1) O artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, deve ser interpretado no sentido de que o conceito de «transferência de estabelecimento» abrange uma situação em que uma empresa ativa no mercado de voos charter é dissolvida pelo seu acionista maioritário, ele próprio uma empresa de transporte aéreo, e em que, em seguida, esta última assume a posição da sociedade dissolvida, retomando os contratos de locação de aviões e os contratos de voos charter em curso, desenvolve atividades antes prosseguidas pela sociedade dissolvida, readmite alguns trabalhadores até então destacados nessa empresa, atribuindo-lhes funções idênticas às exercidas anteriormente, e recebe pequenos equipamentos da referida empresa.

2) O artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial de direito interno é obrigado a submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial de interpretação do conceito de «transferência de estabelecimento» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23, em circunstâncias, como as do processo principal, marcadas simultaneamente por decisões divergentes de instâncias jurisdicionais inferiores quanto à interpretação desse conceito e por dificuldades de interpretação recorrentes desse conceito nos diferentes Estados-membros.

3) O Direito da União e, em especial, os princípios formulados pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da União cometida por um órgão jurisdicional que decide em última instância devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que exige como condição prévia a revogação da decisão danosa proferida por esse órgão jurisdicional, quando essa revogação se encontra, na prática, excluída.



## xi. A obrigação de reenvio: *CILFIT* revisitado

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de setembro de 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português*, proc. C-160/14

Matej Accetto<sup>581</sup>

*Ferreira da Silva* é um caso que realça um aspeto particular na máquina da administração da justiça no direito da União Europeia: o papel desempenhado pelos tribunais nacionais, nomeadamente pelos órgãos jurisdicionais que decidem em última instância quando incumbidos de submeter um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, iniciando-se assim um diálogo particular entre estas duas estruturas judiciais.

Numa explanação breve acerca do funcionamento do sistema: os tribunais nacionais são reconhecidos como tribunais da União Europeia dotados de jurisdição geral<sup>582</sup>, e, com algumas exceções<sup>583</sup>, têm a competência para dirimir disputas que envolvam a aplicação do direito da União Europeia. Todavia, este poder encontra-se limitado, quer pelas características inerentes ao direito da União Europeia, quer pela posição do próprio Tribunal de Justiça. Esta limitação funciona de duas formas no plano do direito substantivo. Os tribunais nacionais não podem, enquanto tais, declarar inválidos atos de direito da União Europeia<sup>584</sup>, e não podem, em princípio<sup>585</sup>, pronunciar-se sobre a interpretação do direito da União. Consequentemente, quando confrontados com tais questões, devem recorrer ao mecanismo de reenvio prejudicial, “um processo não contencioso”<sup>586</sup> de cooperação judiciária entre os tribunais nacionais e o

---

581 Expresso a minha gratidão à Daniela Marques Cardoso pela ajuda indispensável na preparação da versão portuguesa deste texto.

582 René Barents, “The Preliminary Procedure and the Rule of Law in the European Union”, Rosa H. M. Jansen, Dagmar A. C. Koster e Reiner F. B. van Zutphen (eds.), *European Ambitions of the National Judiciary*, Kluwer Law International, 1997, pp. 66-67.

583 Notoriamente, processos diretos de infração de direito da UE contra Estados Membros (art. 274 TFEU) ou casos em que a União (uma das instituições da UE) é parte no litígio e os Tratados conferem jurisdição ao Tribunal de Justiça.

584 Caso 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, paras. 14–17.

585 Esta expressão, “em princípio”, constitui o núcleo principal desta contribuição e é substancialmente revisitada no julgamento *Ferreira da Silva*.

586 Caso 62/72, *Bollmann*, EU:C:1973:24, para. 4.

Tribunal de Justiça da União Europeia, de natureza ostensivamente não hierárquica, que tem como fim assegurar uma interpretação e aplicação coerente e uniforme do direito do União Europeia<sup>587</sup>. Todas os tribunais nacionais que não são de última instância - isto é, cuja decisão pode ser objeto de recurso de direito interno - podem recorrer ao reenvio prejudicial. Entretanto, tal como prevê o art. 267.º (3) TFUE, os tribunais nacionais que deliberem em última instância têm uma obrigação de reenvio.

Não obstante esta obrigação parecer, à primeira vista, absoluta, a mesma comporta três exceções que delimitam a relação entre os tribunais nacionais e europeu, nomeadamente no que concerne ao poder decisório e à autoridade dos primeiros<sup>588</sup>, tal como afirmado no julgamento *CILFIT*<sup>589</sup>. De acordo com o julgamento *CILFIT*, qualquer questão que suscite dúvidas sobre a interpretação de disposições de direito da União deve ser remetida para o Tribunal de Justiça a não ser que (i) seja considerada irrelevante para a resolução do caso em questão, (ii) tenha sido previamente decidida pelo Tribunal (a doutrina do *acte éclairé* ou “julgamento anterior”) ou (iii) comporte uma questão cuja resolução se impõe com tal evidência que não origina uma dúvida razoável (a doutrina do *acte clair*)<sup>590</sup>. Esta terceira exceção é a mais controversa e mereceu, particular destaque – e, possivelmente, motivou o Tribunal a reconsiderar a sua jurisprudência consolidada – no processo *Ferreira da Silva*, caso no qual o Tribunal de Justiça, pela primeira vez, decidiu que um supremo tribunal nacional, incumbido de decidir a título definitivo sobre a questão em causa, não cumpriu a obrigação de reenvio prejudicial nos termos do art. 267 (3) TFUE.

## I. Os factos e as questões prejudiciais

Neste caso são discutidas três questões relacionadas direta e indiretamente com a interpretação do conceito de “transferência de estabelecimento” dentro do enquadramento da designada diretiva sobre

---

587 Já no Caso 16/65, *Schwarze*, EU:C:1965:117. Para uma análise mais exaustiva do papel dos tribunais nacionais no direito da União Europeia, bem como do procedimento de reenvio prejudicial ver Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, Coimbra Editora, 2013, em particular pp. 104–217.

588 Pereira Coutinho de algum modo criticamente designa esse esforço como “cartografar as fronteiras das competências interpretativas” – *ibid.*, p. 217.

589 Caso 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335.

590 *Ibid.*, paras 10, 13-14 e 16.

os direitos adquiridos<sup>591</sup>. Estava em causa a dissolução da empresa Air Atlantis SA (AIA), que exercia atividade no sector do transporte aéreo prestando os designados *voos charter* ou voos de fretamento. Dessa dissolução resultou um despedimento coletivo. Consequentemente, a principal acionista da empresa, a Transportes Aéreos Portuguesa (TAP), passou a realizar parte dos voos já contratados e a oferecer esses mesmos *voos charter* em rotas antes exploradas pela AIA, usando igualmente o equipamento desta empresa (quatro aviões) e outros bens e recrutando também antigos funcionários. Nesse sentido, os principais demandantes intentaram uma ação contra o despedimento de que tinham sido alvo, requerendo a sua integração na TAP e o pagamento das respetivas remunerações, direitos que declaravam gozar ao abrigo da diretiva uma vez que consideravam estar perante uma “transferência de empresa” no sentido previsto na diretiva.

Inicialmente, em primeira instância, o Tribunal de Trabalho de Lisboa considerou ter ocorrido uma transferência de estabelecimento, pelo menos em parte, tendo julgado parcialmente procedente a ação de impugnação de despedimento coletivo e ordenado a reintegração e pagamento da devida compensação aos demandantes. Em recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa alterou a decisão de primeira instância, antes considerando que a ação de impugnação já tinha caducado e que, inversamente, não havia ocorrido qualquer transferência de estabelecimento. Em última instância, o Supremo Tribunal de Justiça concordou com os fundamentos e decisão do Tribunal da Relação, sublinhando não se ter verificado qualquer transferência de estabelecimento, uma vez que a identidade da empresa, a sua licença de estabelecimento e a própria clientela se mantiveram. Quando alguns dos demandantes requereram o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Supremo Tribunal de Justiça, citando o acórdão *CILFIT*, afirmou ter interpretado corretamente o conceito de “transferência de estabelecimento” e que tal interpretação era tão evidente que dispensava a necessidade de submeter o processo ao Tribunal de Luxemburgo através do mecanismo do reenvio prejudicial.

Os demandantes intentaram então uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado Português. Esta ação teve como principais

---

591 Diretiva 2001/23/CE do Conselho, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, OJ 2001 L 82, p. 16, que codifica e revoga a Diretiva 77/187/CEE do Conselho, OJ 1977 L 61, p. 26, conforme alterada pela Diretiva 98/50/CE do Conselho, OJ 1998 L 201, p. 88.

fundamentos a interpretação errada do conceito de “transferência de estabelecimento” por parte do Supremo, e consequente violação do dever de remeter a questão para o Tribunal de Justiça no âmbito de um reenvio prejudicial, causando assim danos patrimoniais na esfera dos demandantes e fazendo o Estado incorrer em responsabilidade extracontratual.

Nessa sequência, as anteriormente designadas Varas Cíveis de Lisboa suspenderam o processo e submeteram três questões ao Tribunal de Justiça: (1) em que medida os factos em causa e a situação que lhes deu origem integram e se enquadram numa verdadeira “transferência de estabelecimento” (2) até que ponto o Supremo Tribunal de Justiça, à luz dos factos, era obrigado a remeter a questão de interpretação deste conceito para o Tribunal de Justiça através de um reenvio prejudicial e (3) se o direito da União (incluindo o caso *Köbler*)<sup>592</sup>, no que concerne às normas e princípios sobre responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares decorrentes da violação deste direito, por parte de um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, deve ser interpretado no sentido de obstar à aplicação de uma norma nacional que exige que a revogação da decisão danosa seja condicionante à apresentação prévia de um pedido de indemnização.

## **II. Conclusões do advogado-geral**

O advogado-geral Bot centrou grande parte das suas conclusões<sup>593</sup> na primeira questão, afirmando que o Tribunal de Justiça tem interpretado o conceito de “transferência” com alguma flexibilidade na aceção da diretiva em causa e dos seus objetivos. Neste sentido, o objetivo primário que sustenta a diretiva é a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, colocados desde já numa situação mais vulnerável aquando da ocorrência de uma transferência<sup>594</sup>, sendo certo que essa transferência deve preencher os critérios essenciais para se concluir da existência da mesma, ou seja, que a entidade em questão preserve a sua identidade<sup>595</sup>.

Para tal, o advogado-geral nota ser determinante perceber se ocorreu de facto uma transferência de elementos de ativos (corpóreos ou incorpóreos) significativos e se a exploração da entidade em causa passa

---

<sup>592</sup> Caso C-224/01, *Köbler*, [2003] ECR I-10239.

<sup>593</sup> Conclusões do AG Bot no caso C-160/14, *Ferreira da Silva*, EU:C:2015:390, paras. 25– 79.

<sup>594</sup> *ibid.*, para. 27, citando o caso C-458/05, *Jouini*, EU:C:2007:512, para. 24 e jurisprudência aqui mencionada.

<sup>595</sup> *Ibid.*, paras 31-32, citando o caso C-458/12, *Amatori*, EU:C:2014:124, para. 30 e jurisprudência aqui mencionada.



a ser efetivamente prosseguida ou se o empregador passa a prosseguir as mesmas atividades ou atividades análogas, o que se verifica no caso<sup>596</sup>.

Após uma análise cuidada de possíveis objeções a esta posição (as quais não precisam de ser aqui expostas e discutidas com detalhe), o advogado-geral assumiu que uma “transferência de estabelecimento” dentro do enquadramento e sentido da diretiva tinha, de facto, ocorrido<sup>597</sup>, e que o Supremo Tribunal de Justiça tinha tomado uma posição contrária ao interpretar de forma excessivamente restrita a condição de “preservação da identidade”. Acrescentou ainda que este Tribunal errou na apreciação que fez do julgamento do Tribunal de Justiça no caso *Klarenberg*<sup>598</sup>, proferido treze dias antes da decisão do Supremo Tribunal de Justiça (e que concordou com a opinião do advogado-geral Mengozzi proferida com três meses de antecedência).

Tais conclusões permitiram também uma apreciação crítica da segunda questão por parte do advogado-geral. Apesar de os tribunais nacionais se reservarem no direito de decidir se existe ou não necessidade de fazer um reenvio prejudicial<sup>599</sup>, sendo certo que na sequência de jurisprudência assente sobre a matéria do Tribunal de Justiça também os órgãos jurisdicionais que decidem em última instância gozam da mesma discricionariedade ao decidir da relevância de uma questão em direito da União suscitada nalgum caso<sup>600</sup>, *CILFIT* vem colocar sobre estes últimos “um dever acrescido de fundamentação, quando se abstêm de submeter a questão ao Tribunal de Justiça”<sup>601</sup>. Assim, ao passo que os órgãos jurisdicionais nacionais que não decidem em última instância têm somente a responsabilidade de concluir se estão ou não confrontados com uma dúvida razoável suscitada aquando da aplicação correta do direito da União Europeia<sup>602</sup>, os órgãos jurisdicionais que decidem em última instância e cujas decisões não são objeto de recurso judicial interno devem ser especialmente prudentes na apreciação da mesma questão<sup>603</sup>. Na opinião do advogado-geral Bot, o Supremo Tribunal de Justiça não

---

<sup>596</sup> *Ibid.*, para. 36.

<sup>597</sup> *Ibid.*, para. 59.

<sup>598</sup> Caso C-466/07, *Klarenberg*, EU:C:2009:85.

<sup>599</sup> *Ibid.*, para. 82, citando, *inter alia*, Caso C-380/01, *Schneider*, EU:C:2004:73, para. 21.

<sup>600</sup> *Ibid.*, para. 87, citando o Caso C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi and Autorità garante della concorrenza e del mercato*, EU:C:2013:489, para. 26.

<sup>601</sup> *Ibid.*, para. 90.

<sup>602</sup> *Ibid.*, para. 92.

<sup>603</sup> *Ibid.*, para. 94.

agiu de forma prudente, desrespeitando inclusive a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a transferência de estabelecimento. Acresce o facto de o Supremo Tribunal de Justiça ter adotado uma interpretação alternativa do conceito de direito da União, o que o levou a cometer uma violação suficientemente caracterizada desse mesmo direito<sup>604</sup>. Finalmente, o advogado-geral sublinhou que, mesmo que a existência de posições divergentes proferidas por órgãos jurisdicionais nacionais não fosse suficiente para desencadear a obrigação de reenvio prejudicial, foi um elemento contextual para reforçar esta conclusão<sup>605</sup>.

Atentando na terceira questão, baseando-se na jurisprudência subsequente ao caso *Köbler* e as condições depois formuladas, das quais se destaca o princípio da efetividade, o advogado-geral entendeu que a questão crucial era perceber se os demandantes em causa gozavam ou não de meios (efetivos) que permitissem a reparação dos danos causados pela atuação do Supremo Tribunal de Justiça. Discordando dos argumentos apresentados pelo Estado português e considerando que tal possibilidade, a existir, seria somente hipotética, o advogado-geral afirmou que esta terceira questão também merecia uma resposta positiva.

### III. O acórdão do Tribunal de Justiça

O Tribunal concordou com o advogado-geral nas três questões que lhe foram submetidas. No que concerne à primeira questão, reiterou que o objetivo da diretiva relativa à manutenção de direitos adquiridos era a proteção do vínculo laboral dos trabalhadores com a entidade patronal no âmbito de uma transferência, e que o critério decisivo para determinar a ocorrência de uma transferência era perceber se a entidade preservava ou não a sua identidade<sup>606</sup>. Neste sentido, o Tribunal concluiu que tal condição só pode ser considerada preenchida se todos os factos pertinentes forem tidos em consideração<sup>607</sup>, e, no caso em causa, o elemento essencial era o facto de os elementos de ativos corpóreos terem sido efetivamente transferidos<sup>608</sup>. Recuperando um número considerável de elementos que relevavam para resolver a equação da transferência de elementos tal como

---

604 *Ibid.*, paras 97 e 99, citando C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, EU:C:2006:391, para. 43, e C-429/09, *Fuß*, EU:C:2010:717.

605 *Ibid.*, para. 103.

606 Caso C-160/14, *Ferreira da Silva*, EU:C:2015:565, para. 25.

607 *Ibid.*, paras 26-27.

608 *Ibid.*, para. 29, citando o Caso C-172/99, *Liikenne*, EU:C:2001:59, para. 39.

indicados pelo advogado-geral na sua opinião, o Tribunal salientou que o que era determinante era não “a manutenção da organização específica que o empresário impõe aos diversos fatores de produção transferidos, mas sim do nexu funcional de interdependência e complementaridade entre esses fatores”<sup>609</sup>. Assim, respondeu afirmativamente à primeira questão.

No que respeita à segunda questão, o Tribunal reafirmou a fórmula *CILFIT* esclarecendo o facto de os tribunais nacionais serem os responsáveis por determinar se estão ou não perante uma interpretação tão óbvia e correta do direito da União que o reenvio prejudicial se torna desnecessário.<sup>610</sup> Acresce o facto de ter desconsiderado – pelo menos em comparação com o advogado-geral Bot – a relevância dos tribunais nacionais de primeira instância adotarem decisões contraditórias, as quais nunca prejudicariam o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais que decidem em última instância considerarem que certa interpretação de direito da União não oferece qualquer dúvida razoável<sup>611</sup>. Todavia, o Tribunal fez notar que tal deve ser avaliado à luz das características especiais que reveste o direito da União, particularmente eventuais dificuldades de interpretação e o risco de divergência e contradição no plano judicial dentro da própria União<sup>612</sup>. Porque considerou que a questão atinente à transferência de estabelecimento suscitou dúvidas e inquietação por parte de muitos tribunais nacionais face ao que deve ser a correta aplicação do direito, o Tribunal realçou o risco de uma divergência judicial resultar duma eventual interpretação errada do direito da União<sup>613</sup> e, consequentemente, respondeu afirmativamente à segunda questão.

Quanto à terceira questão, o Tribunal baseou-se na necessidade de assegurar uma proteção judicial efetiva dos direitos individuais<sup>614</sup> e, nessa medida, rejeitou os argumentos do Governo português baseados na relevância dos princípios da segurança jurídica e *res judicata*. De facto, confirmou que estes mesmos princípios nunca poderiam pôr em causa a responsabilidade do Estado por perdas e danos causados aos particulares decorrentes da violação de direito da União<sup>615</sup>. Por conseguinte, também respondeu positivamente à terceira questão.

---

609 *ibid.*, paras 31-34, citando *Klarenberg*, op. cit. 17, paras 46-48.

610 *Ibid.*, paras 38 e 40.

611 *Ibid.*, paras 41-42.

612 *Ibid.*, para. 39, citando o Caso C-495/03, *Intermodal Transports*, EU:C:2005:552, para. 33.

613 *Ibid.*, para. 43.

614 *Ibid.*, paras 47 e 50.

615 *Ibid.*, paras 54-58.

## IV. Comentário

O problema da proteção dos direitos dos trabalhadores na ocorrência da transferência de estabelecimento assume um cariz importante e controverso no direito da União Europeia, tendo já desencadeado um número significativo de reenvios prejudiciais ao Tribunal de Justiça relativos a várias relações contratuais. Esta situação tem assumido contornos instáveis na medida em que o Tribunal parece balançar entre interpretações mais amplas e mais restritivas, interpretações essas atinentes aos conceitos e condições que confirmam a existência de uma transferência: a decisão no caso *Süzen*<sup>616</sup>, na qual o Supremo Tribunal de Justiça se baseou para determinar se para efeitos do direito da União o que estava em causa era a mera continuação da atividade, não constituindo por isso uma transferência de estabelecimento<sup>617</sup>, poderia ser vista como uma limitação das condições seguindo-se a crítica de decisões anteriores como o caso *Schmidt*<sup>618</sup>, apesar de ter sido seguida por outros como *Abler*<sup>619</sup>, que novamente plasmam uma visão e interpretação mais amplas e inclusivas<sup>620</sup>. Consequentemente, não obstante se poder considerar algo excessiva a forma como o advogado-geral Bot repreendeu o Supremo Tribunal de Justiça por não mencionar ou apreciar adequadamente o julgamento do caso *Klarenberg* pelo Tribunal de Justiça, o qual foi decidido menos de duas semanas antes de o Supremo Tribunal de Justiça ter proferido a sua decisão<sup>621</sup>, é possível argumentar que este mesmo tribunal devia, contudo, estar ciente das divergências e inquietações jurisprudenciais nesta área jurídica e, no mínimo, concluir que existia uma dúvida razoável sobre a correta interpretação do direito da União.

Em todo o caso, e como anteriormente mencionado, é a resposta do Tribunal de Justiça à segunda questão que parece acolher maior atenção no que concerne às implicações mais amplas deste julgamento. Trata-se de

---

616 Caso C-13/95, *Süzen*, EU:C:1997:141, para. 15.

617 Ver as conclusões do advogado-geral no *Ferreira da Silva*, op. cit. 12, paras 17 e 52.

618 Caso C-392/92, *Schmidt*, EU:C:1994:134.

619 Case 340/01, *Abler*, EU:C:2003:629.

620 Neste sentido ver Jo Shaw, Jo Hunt and Chloë Wallace, *Economic and Social Law of the European Union*, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 404–406.

621 O elemento ligeiramente mais forte é o facto do advogado-geral Mengozzi apresentar as suas conclusões ao caso três meses antes, o que deveria – assumindo ter sido feita uma análise diligente da jurisprudência mais pertinente do Tribunal de Justiça – no mínimo suscitar algum alarme no que concerne a exatidão da abordagem do Supremo Tribunal de Justiça, e provavelmente encorajá-lo a aguardar pelo julgamento do Tribunal de Justiça.

uma reconsideração do que se consagra como a obrigação de reenvio tal como plasmada no art. 267(3) TFUE? Tal não seria algo sem precedentes ou particularmente surpreendente – não obstante ter permanecido praticamente inalterado desde do Tratado de Roma – que quer o art. 267 TFUE quer o papel desempenhado pelos tribunais nacionais são muitas vezes reconsiderados, ambos dentro e fora da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Vários exemplos ilustram tal afirmação<sup>622</sup>: a opinião do advogado-geral Mengozzi nos casos *Gestoras* e *Segi* sobre a capacidade e poder dos tribunais nacionais apreciarem os atos do (naquela altura) terceiro pilar<sup>623</sup>; ou as tentativas de afrouxamento dos limites dos tribunais nacionais para avaliar a validade dos atos da União estabelecidos pelo acórdão *Foto-Frost*, pelo menos quando a resposta seria “claramente óbvia” em linha com a exceção *CILFIT*<sup>624</sup>; ou, ainda, as tentativas para autorizar os tribunais nacionais a fiscalizar o direito secundário da União a fim de aferir da sua conformidade com os direitos humanos protegidos pelo direito da União<sup>625</sup>; ou a reconsideração dos standards desenvolvidos em *Rheinmühlen I*<sup>626</sup> no que concerne às limitações à autonomia nacional procedimental<sup>627</sup>; ou ainda a revisitação de conceitos como “órgão jurisdicional” do Art. 267<sup>628</sup>.

Assim sendo, qual é a relevância de *Ferreira da Silva* numa possível reconsideração da obrigação de reenvio prejudicial? De modo a responder a esta questão, revisito brevemente o caso *CILFIT* e teço posteriormente as minhas considerações relativas ao acórdão *Ferreira da Silva*.

### 1. A(s) dupla(s) leitura(s) de CILFIT

Tal como mencionado, *CILFIT* delimita três exceções à obrigação de reenvio prejudicial: irrelevância, julgamento anterior (*acte éclairé*)

622 Eu lido mais com uma possível remodelação dos respetivos papéis do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais nacionais em Matej Accetto, “The Past and Possible Futures of European Union Judicature”, em *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* 1 (2011), 3–22, pp. 11–20.

623 Conclusões no Caso C-354/04 P, *Gestoras*, e Caso C-355/04 P, *Segi*, EU:C:2006:667.

624 Conclusões do advogado-geral Colomer no Caso C-461/03, *Gaston Schul*, EU:C:2005:415, paras 1–6 and 82–90.

625 Ver e.g. Dorota Leczykiewicz, “‘Effective Judicial Protection’ of Human Rights After Lisbon: Should National Courts Be Empowered to Review EU Secondary Law?”, *European Law Review*, 35 (3), 2010, pp. 341–348.

626 Caso 166/73, *Rheinmühlen I*, EU:C:1974:3.

627 E.g. conclusões do advogado-geral Villalón no Caso C-173/09, *Elchinov*, EU:C:2010:336, paras 23–38.

628 Ver conclusões do advogado-geral Wathelet no Caso C-689/13, *PFE*, EU:C:2015:693.

e a clareza (*acte clair*). Ao apontar estas exceções, parece suavizar o vocabulário rígido do art. 267 (3) TFUE e expressar um voto de confiança na capacidade dos tribunais nacionais em resolver, imediatamente, problemas de direito da União<sup>629</sup>.

No que respeita a exceção da irrelevância, o texto do art. 267 (3) TFUE não inclui explicitamente a advertência contida no art.267 (2) TFUE (nomeadamente que a decisão prejudicial deve ser considerada necessária para permitir o julgamento do caso) e poderia ser lido como uma obrigação incondicional de submeter o reenvio prejudicial<sup>630</sup>. No entanto, foi rapidamente aceite pelos tribunais nacionais<sup>631</sup> e pelo Tribunal de Justiça<sup>632</sup> que os órgãos jurisdicionais de última instância, tal como os outros órgãos jurisdicionais, também gozam da discricionariedade de apreciar se a questão em causa é ou não relevante para a resolução da disputa. Tal foi igualmente apreciado pelo advogado-geral Capotorti em *CILFIT*<sup>633</sup>, quando o mesmo argumentava contra a adoção da doutrina do *acte clair*<sup>634</sup>.

A exceção de “julgamento anterior” é uma exceção já apreciada no caso *da Costa*<sup>635</sup>, decidido dezanove anos antes. Em *da Costa*, o advogado-geral Lagrange sugeriu uma doutrina do *acte clair*,<sup>636</sup> mas o Tribunal discordou focando-se antes (primariamente) na “identidade material” com uma questão tratada em julgamento anterior, que leva a que a “obrigação sem exceção” de fazer um reenvio prejudicial ficasse desprovida de sentido e substância<sup>637</sup>. Ao limitar tal exceção a casos que apenas requerem a aplicação do direito ao invés da sua interpretação, o Tribunal assegurou uma

---

629 Este foi igualmente o raciocínio da Comissão Europeia, tal como demonstrado nas observações sobre o caso *CILFIT* [1982] ECR 3415, pp. 3424–3426.

630 Cf. Hjalte Rasmussen, “The European Court’s Acte Clair Strategy in *CILFIT* – Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?”, *European Law Review* 40 (2015) 4, p. 478 (publicado inicialmente em *E.L. Rev.* 9 (1984) 242).

631 E.g. a Câmara dos Lordes na sua segunda referencia a *Garland, v. British Rail*, [1981] 2 C.M.L.R. 542 – ver I. R. Storey, “References to the European Court Under Article 177”, *Trent Law Journal* 8 (1984), 91–103, p. 92.

632 E.g. Caso 53/79, *Damiani*, EU:C:1980:44, para. 5.

633 EU:C:1982:267, para. 8.

634 *Ibid.*, paras 9-10.

635 Processos apensos 28–30/62, *Da Costa*, EU:C:1963:6.

636 EU:C:1963:2. Cf. David Edward, “*CILFIT* and *Foto-Frost* in their Historical and Procedural Context”, M. Poiras Maduro e L. Azoulai (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 175.

637 Cf. *da Costa*, op. cit. 54, Rec., p. 237.

interpretação uniforme, mas estava mais preocupado com a preservação da autoridade ao invés da clareza – Rasmussen levanta um argumento convincente de que o Tribunal aproveitou taticamente o acórdão *da Costa* não para fortalecer os poderes dos tribunais nacionais mas para reforçar a sua autoridade *erga omnes* sobre julgamentos anteriores<sup>638</sup>.

Quanto ao caso *CILFIT*, este julgamento pode ser visto como colocando mais ênfase na aplicação e (não) cumprimento em comparação com a interpretação de preceitos. Certamente, ele foi parcialmente uma reação do Tribunal à prática dos tribunais nacionais após *da Costa* que, independentemente do carácter mais restritivo da decisão, acolheu muitas vezes o que foi tido como uma expressão da doutrina do *acte clair*, permitindo-os evitar reenvios prejudiciais<sup>639</sup>. Neste sentido, *CILFIT* pode ser contemplado como o cavalo de Troia, assegurando as rédeas mesmo quando parece perdê-las<sup>640</sup>, uma simbólica expressão da relação de horizontalidade entre os tribunais nacionais e o tribunal europeu, mas com uma *agenda* hierárquica<sup>641</sup>. Sim, o Tribunal pode ter introduzido a doutrina do *acte clair*<sup>642</sup>, mas onerou-a (e, possivelmente, a doutrina *acte éclairé* também<sup>643</sup>) com condições impossíveis de satisfazer: o tribunal nacional deve ter em consideração as “características do direito da [União Europeia]”, incluindo a “comparação das [diferentes] versões linguísticas”, a apreciação do sentido “próprio” da terminologia da União Europeia e a interpretação da cada disposição “à luz do conjunto das disposições daquele direito”<sup>644</sup>. Não é difícil afirmar que esta é uma tarefa impossível, assemelhando o destino dos tribunais nacionais ao do Sísifo, punido por desafiar a autoridade (mitológica ou judicial) dos céus, tal como o AG Colomer referiu em *Gaston Schul*<sup>645</sup>.

Ainda assim, existe uma outra “reviravolta”. Se os tribunais nacionais

638 Rasmussen, op. cit. 49, pp. 477–482.

639 Vários exemplos são referidos, particularmente no que respeita o Conselho de Estado Francês, pelo AG Capotorti in *CILFIT*, op. cit. 52, para. 4, e de uma forma mais geral por Rasmussen, op. cit. 49, pp. 483–484.

640 Novamente, este ponto foi notado por Rasmussen, op. cit. 49, pp. 487–498.

641 Cf. Daniel Sarmiento, “CILFIT and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe”, em M. Poiares Maduro e L. Azoulay (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, 192–200, p. 195.

642 Edward, op. cit. 55, p. 179, afirma que no caso *CILFIT* o tribunal não estabeleceu a doutrina *acte clair*, mas apenas advertências de senso comum.

643 For such a reading of *CILFIT*, see Rasmussen, op. cit., p. 489

644 *CILFIT*, op. cit. 8, paras 17–20.

645 Op. cit. 43, paras 2–4.



ficaram agradados ao compreender que *da Costa* os investia da discricionariedade inerente à doutrina do *acte éclairé*, o que pode impedi-los de fazer o mesmo face à doutrina do *acte clair* uma vez que receberam um convite mais forte em *CILFIT*? Apesar de tudo, pelo menos algumas das condições expressas em *CILFIT*, condições que são absurdas para os tribunais nacionais, também são, tomadas literalmente, absurdas para o próprio Tribunal de Justiça (ou as suas seções de cinco juizes).<sup>646</sup> Então, o que verdadeiramente pode obstaculizar os tribunais nacionais de utilizar o acórdão *CILFIT* e usar a doutrina do *acte clair* tal como quiserem? Quem vai rolar o rochedo de volta para baixo na ravina? Foi isso o que o Tribunal de Justiça tentou fazer com *Ferreira da Silva*?

## 2. O significado do julgamento Ferreira da Silva

A mencionada dualidade (ou mesmo triplicidade) do caso *CILFIT* tem sido objeto de reflexão no comentário académico, bem como na prática judicial subsequente. Por um lado, o julgamento tem sido criticado devido às severas condições impostas aos tribunais nacionais. Em *Wiener*, o AG Jacobs solicitou uma “perspetiva evolutiva” do art. 267 (3) TFUE o que implicaria não exigir que todos os órgãos jurisdicionais nacionais que decidem em última instância referissem preliminarmente todas as questões consideradas de menor importância ao Tribunal de Justiça<sup>647</sup>, mesmo não clamando por alterações às condições previstas no caso *CILFIT* com exceção da necessidade de examinar as diferentes versões linguísticas dos preceitos de direito da União<sup>648</sup>. A sua posição encontrase, de certa forma, refletida nos comentários académicos de Craig<sup>649</sup>. Em *Gaston Schul*, o AG Colomer foi ainda mais longe, designando o teste *CILFIT* de “disparatado”<sup>650</sup>:

“Em suma, o teste proposto era inviável no momento da sua formulação, e disparatado na realidade no ano de 2005, pois não responde à preocupação histórica com que foi adotado, ou seja a de eliminar os

646 Cf. Anne Lise Kjær, “Nonsense: The *CILFIT* Criteria Revisited”, H. Koch et al. (eds), *Europe: The New Legal Realism*, Djøf, 2010, pp. 304-305 e 313-314.

647 Conclusões do advogado-geral Jacobs no Caso C-338/95, *Wiener*, EU:C:1997:352, paras 54–65.

648 *Ibid.*, para. 65.

649 Paul Craig, “The Classics of EU Law Revisited: *CILFIT* and *Foto-Frost*”, M. Poiares Maduro e L. Azoulay (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 188-189.

650 Op. cit. 43, para. 52.



excessos da teoria do ato claro em que tinham incorrido alguns tribunais de última instância dos Estados-membros.”

Por outro lado, na prática os tribunais nacionais continuam a manifestar a sua relutância em fazer reenvios prejudiciais, optando muitas vezes por interpretar eles mesmos as disposições de direito da União<sup>651</sup>. Esta prática judicial nacional permanente tem demonstrado que o método *CILFIT* poderá ter estabelecido duras condições, mas é ineficaz no que concerne à aplicação dessas mesmas condições, tanto mais que o Tribunal tem repetidamente confirmado que é da exclusiva responsabilidade dos tribunais nacionais determinar se a correta aplicação de direito da União é tão óbvia que dispensa o reenvio<sup>652</sup>.

Curiosamente, mas talvez significativamente, este último ponto foi apreciado pelo Tribunal num outro julgamento que teve lugar no mesmo dia e dentro da mesma câmara que o julgamento de *Ferreira da Silva*<sup>653</sup>. No segundo dos casos *X e van Dijk*<sup>654</sup>, uma das questões discutidas era a de saber se a possibilidade de um tribunal nacional de primeira instância fazer um reenvio prejudicial de uma questão de direito da União ao Tribunal de justiça impedia o órgão jurisdicional que decide em última instância de endereçar a mesma questão ao tribunal considerando que a exceção do *acte clair* que decorre de *CILFIT* estaria preenchida. O Tribunal reiterou que tais órgãos têm o poder (e exclusiva responsabilidade) de, independentemente, efetuar essa mesma análise da questão em causa, e declarou que uma posição diferente dos tribunais inferiores não pode, por si só, impedi-lo<sup>655</sup>.

Assim sendo, de que forma esta reafirmação da deferência anterior do Tribunal de Justiça se concilia com a sua atitude mais severa no caso *Ferreira da Silva*? Comparando os dois casos, uma possível explicação para tal distinção decorre do facto de a situação no caso *X e van Dijk* apenas dizer respeito à divergência entre o tribunal de última instância e o tribunal inferior na cadeia hierárquica face ao assunto em questão, ao passo que o caso *Ferreira da Silva* refere-se a uma divergência partilhada

---

651 Ver Sarmiento, op. cit. 60, p. 196.

652 Caso C-340/99, *TNT Traco*, EU:C:2001:281, para. 35; Case C-495/03, *Intermodal Transports*, EU:C:2005:552, para. 37.

653 Em *Ferreira da Silva*, o juiz Lenaerts foi o juiz de serviço em vez de do juiz Cruz Vilaça. Em ambos os casos o juiz Silva de Lapuerta foi o juiz relator.

654 Processos apensos C-72/14 and C-197/14, *X and van Dijk*, EU:C:2015:564.

655 *Ibid.*, paras 57-62.

por muitos tribunais nacionais em diferentes Estados-membros, exigindo por essa razão uma fidelidade maior à obrigação dos tribunais nacionais de garantir uma aplicação coerente e uniforme de direito da União.

Todavia, é possível fazer uma leitura dos julgamentos como se estes estivessem intencionalmente ligados, esboçando assim uma tentativa do Tribunal de Justiça de caminhar sob a corda-bamba da dualidade de *CILFIT* apesar de orientado pelas mesmas apreensões que pontuam os julgamentos de *da Costa* e *CILFIT* – o objetivo de garantir a sua autoridade jurisprudencial. Na senda desta leitura, vislumbra-se uma mensagem conjunta: o compromisso contínuo de encontrar uma ponderação jurisdicional razoável entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais aquando aplicação do direito da União, ao qual *Ferreira da Silva* acresce o refrão recorrente: a determinação do Tribunal de Justiça em assegurar o cumprimento efetivo das suas decisões.

**Despacho do Tribunal de Justiça (Décima Secção)  
de 16 de julho de 2015**

**(C-507/14)**

- Tipo:** reenvio prejudicial do Supremo Tribunal de Justiça.
- Partes:** P. c. M.
- Objeto:** interpretação do artigo 16.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.
- Dispositivo:** o artigo 16.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, deve ser interpretado no sentido de que se considera que uma ação foi submetida à apreciação de um tribunal na data de apresentação, nesse tribunal, do ato introdutório da instância ou de um ato equivalente, ainda que, entretanto, a instância tenha sido suspensa por iniciativa do requerente que a propôs, sem que o referido processo tivesse sido notificado ao requerido ou que este tivesse tido conhecimento da sua existência ou nele tivesse intervindo de alguma forma, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbiam para que fosse feita a citação ou a notificação do ato ao requerido.



**xii. Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (10.<sup>a</sup> Secção)  
de 16 de julho de 2015 - Processo n.º C-507/14**

Joana Covelo de Abreu

**1. Do enquadramento fático do litígio**

P. e M. eram casados e tinham dois filhos menores.

No dia 7 de julho de 2011, M. apresentou, num tribunal espanhol, contra P., um pedido de regulação provisória das responsabilidades parentais em relação aos filhos em comum, antes de mover o competente processo de divórcio. No dia 8 de julho, o tribunal considerou-se territorialmente competente e designou logo o dia para a realização de audiência, tendo estabelecido que a citação do Requerido dependia da apresentação, pelo Requerente, de determinados documentos.

A 18 de julho de 2011, M. requer a suspensão do referido processo de modo a promover um acordo extrajudicial entre as partes, o que foi deferido por prazo não superior a 60 dias.

As partes tentaram chegar a acordo, sem sucesso, durante o mês de agosto.

Atento o insucesso da tentativa de acordo, no dia 31 de agosto de 2011, P. move, perante um tribunal português, ação de regulação das responsabilidades parentais alegando, designadamente, que as crianças eram mantidas ilegalmente fora da casa de morada de família, situada em Lisboa.

No dia 1 de setembro de 2011 – primeiro dia útil após as férias judiciais em Espanha – M. requereu a reabertura do processo, o que foi deferido no dia 5 desse mês. Nesse despacho, o tribunal fixou a residência habitual dos menores em Madrid e adotou uma série de medidas prévias em sede de responsabilidades parentais, nomeadamente estabelecendo a impossibilidade de as crianças abandonarem o território espanhol até ao encerramento definitivo do processo.

P. é informado telefonicamente, no dia 6 de setembro de 2011, da realização de uma audiência no dia 21 de setembro. A notificação foi ainda feita por correio registado. No dia 15 de setembro, os advogados de P. e de M. compareceram no processo, em Madrid, para instrução do mesmo. No dia 21 de setembro, P. e M. comparecem pessoalmente na audiência, a qual, realizada na presença do Ministério Público, foi dedicada à fixação de medidas provisórias prévias à ação de divórcio.

A 23 de setembro é emanado despacho que fixa medidas provisórias prévias ao divórcio, nomeadamente relativas à separação provisória dos cônjuges, à atribuição do direito de guarda e ao exercício das responsabilidades parentais em relação aos dois filhos menores. O despacho ainda mencionava a competência daquele tribunal à luz do artigo 8.º, n.º 1<sup>656</sup> do Regulamento n.º 2201/2003.

No dia 24 de outubro de 2011, M. moveu ação de divórcio contra P., perante os tribunais espanhóis. Neste processo, P. defende-se por exceção, invocando a incompetência dos tribunais, a qual é julgada improcedente (no dia 11 de janeiro de 2012). No dia 26 de outubro de 2012, esse tribunal decreta a dissolução do casamento de P. e de M., por divórcio, atribuindo o direito de guarda dos filhos a M. e decretando o exercício conjunto das responsabilidades parentais. A sentença ainda determinava o regime de residência e o direito de visita dos pais, bem como a pensão de alimentos devida.

Ambos recorreram desta sentença para a 2.ª Instância. Por acórdão do dia 25 de junho de 2013, esse tribunal, pronunciando-se sobre a exceção de litispendência invocada por P., julga-a improcedente por a sua invocação ser extemporânea e as ações movidas em Espanha serem anteriores às ações movidas em Portugal. Apesar de P. invocar a necessidade de reenvio prejudicial, este tribunal espanhol entendeu-o desnecessário.

P. recorre novamente, estando o recurso pendente por suspensão da instância – com base no reenvio prejudicial realizado por um tribunal português.

Ora, por sua vez e em simultâneo, no dia 27 de outubro de 2011, P. move, perante os tribunais portugueses, ação de divórcio (portanto, três dias depois de M. ter movido similar ação junto dos tribunais espanhóis). O tribunal português acionado considera que as ações pendentes em Espanha (ação de regulação das responsabilidades parentais e ação de divórcio) tinham sido instauradas antes dos processos que corriam termos em Portugal. Decide, assim, suspender a instância em ambos os processos até que os tribunais espanhóis dirimissem definitivamente a questão atinente à competência internacional.

Sobre a regulação das responsabilidades parentais, o tribunal português entendeu que M., no processo congénere que correu termos em Espanha, ao ter requerido a suspensão da instância para congregar o acordo das partes (ainda que prévia à citação de P.), não havia atuado

---

656 O artigo 8.º, n.º 1 do Regulamento n.º 2201/2003 determina que “Os tribunais de um Estado-membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a criança que resida habitualmente nesse Estado-membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal”.

com negligência, tendo realizado uma conduta perfeitamente normal ao decurso natural deste tipo de processos, rejeitando assim a pretensão de P. de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial.

P. interpõe recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual também não reenvia para o Tribunal de Justiça por entender que a suspensão ocorrida no processo em Espanha se configura como uma conduta normal neste género de processos.

P. recorreu, então, para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este tribunal apresentado uma questão prejudicial:

- Na essência, o tribunal português pretendia saber se, tendo sido movida ação relativa a responsabilidades parentais noutro Estado-membro (Espanha) e, posteriormente, outra ação com identidade de partes, de pedido e de causa de pedir, neste Estado-membro (Portugal) – mas antes de o Requerido no primeiro processo ter sido citado para essa ação e nela tenha tido qualquer intervenção – o processo movido em Espanha poderia ser considerado proposto em primeiro lugar, à luz do disposto nos artigos 16.º, n.º 1, a) e 19.º, n.º 2 do Regulamento n.º 2201/2003.

P. sugeriu ao Tribunal de Justiça a aplicação da tramitação prejudicial urgente e que fosse preservado o anonimato das partes no processo. O Tribunal de Justiça recusou a aplicação da tramitação prejudicial urgente mas deferiu o pedido de manutenção do anonimato.

## **2. Do reenvio prejudicial e da decisão por despacho fundamentado**

O reenvio prejudicial é um mecanismo jurisdicional ao dispor dos tribunais nacionais, enquanto tribunais funcionalmente europeus, de modo a demandarem, junto do órgão jurisdicional competente para o efeito (= o Tribunal de Justiça), a interpretação / a averiguação de validade do direito da União Europeia com relevância para a circunstância *sub judice* (conforme resulta do disposto no artigo 19.º do TUE e 267.º do TFUE). “O reenvio prejudicial é o mecanismo fundamental do direito da União Europeia, que tem por finalidade fornecer aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes deste direito em toda a União”<sup>657</sup>, sem pressupor uma relação

---

<sup>657</sup> Cfr. Recomendações, do Tribunal de Justiça da União Europeia, à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, (2012/C 338/01), de 6 de novembro de 2012, p. 1.

hierárquica entre eles<sup>658</sup>.

O reenvio prejudicial pressupõe uma colaboração jurisdicional entre as várias instâncias nacionais e o Tribunal de Justiça, configurando-se como uma espécie de “diálogo formal”, como o designou Christiaan Timmermans<sup>659</sup>. O artigo 267.º do TFUE estabelece, assim, “um instrumento de cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais”<sup>660</sup>, cuja teleologia passa por acautelar a harmoniosa aplicação e a interpretação uniforme do direito da União nos Estados-membros<sup>661</sup>.

No caso em apreço, o Supremo Tribunal de Justiça português auxiliou-se do mecanismo do reenvio prejudicial para obter, do Tribunal de Justiça, a interpretação de disposições de direito derivado da União, nomeadamente do artigo 16.º, n.º 1, a) por referência ao artigo 19.º, n.º 2 do Regulamento n.º 2201/2003. Por força do disposto no artigo 267.º, 3.º parágrafo do TFUE, quando da decisão do tribunal nacional que conhece o litígio não caiba recurso jurisdicional (à luz do direito interno), o reenvio prejudicial configura-se como obrigatório<sup>662</sup>.

O processo de reenvio prejudicial “pode ser mais ou menos expedito consoante as dificuldades que o caso suscite e o número e a natureza das intervenções e observações apresentadas”<sup>663</sup>.

No caso em apreço, o Tribunal de Justiça determinou que o processo seria julgado com prioridade, nos termos do artigo 53.º, n.º 3 do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça, indeferindo, contudo, a pretensão de P. que o mesmo tramitasse como urgente. Afinal, determina o artigo 53.º, n.º 3 do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça que “[a]tendendo a circunstâncias especiais, o presidente pode decidir que se julgue prioritariamente determinado processo”. Aderiu, no entanto, ao pedido apresentado pela mesma parte de que se decretasse

---

658 Cfr. Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa e Derrick Wyatt, *European Union Law*, 6ª Edição, Hart Publishing, 2011, pp. 209 a 210 e 216.

659 Cfr. Christiaan Timmermans, *Multilevel judicial co-operation*, in Pascal Cardonnel, Allan Rosas, e Nils Wahl (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, 2012, p. 16.

660 Cfr. Maria Eugénia Martins de Nazaré Rodrigues, “Anotação ao artigo 267.º do TFUE”, in Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (Coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Almedina, 2012, p. 963.

661 Cfr., a respeito, Acórdão TJ *Gourmet Classic*, de 12 de junho de 2008, processo n.º C-458/06.

662 Cfr., para maiores densificações, Recomendações, do Tribunal de Justiça da União Europeia, à atenção dos órgãos jurisdicionais..., pp. 2 e seguintes.

663 Cfr. João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, 2.ª Edição revista e aumentada, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 472.



o anonimato daqueles que nele intervêm como partes principais, o que fez de acordo com o disposto no artigo 95.º, mais concretamente o seu n.º 2, do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça<sup>664</sup>. Na realidade, o Supremo Tribunal de Justiça já podia ter decretado esse regime de anonimato, caso em que o Tribunal de Justiça, por força do n.º 1 do artigo 95.º do seu Regulamento do Processo, o teria respeitado. Não sendo assim, o Regulamento do Processo reconhece ao Tribunal de Justiça (oficiosamente), às partes ou ao órgão jurisdicional de reenvio a suscetibilidade de requerer a imposição de anonimato. Para o efeito, quando tal pedido seja realizado pelas partes do litígio, o requerimento deverá encontrar-se devidamente fundamentado (*vide* artigo 95.º, n.º 2 do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça).

Por sua vez, por força do disposto no artigo 99.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça, “[q]uando uma questão submetida a título prejudicial [1] for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, [2] quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou [3] quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o Advogado-Geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado”. Na circunstância em apreço, o Tribunal de Justiça considerou que a resposta à questão prejudicial não suscitava qualquer dúvida razoável, justificando assim a decisão por despacho fundamentado, mediante proposta do Juiz-Relator e depois de ouvido o Advogado-Geral.

Ademais, o Tribunal de Justiça optou por emanar despacho fundamentado; ora, a suscetibilidade que o artigo 99.º do Regulamento do Processo encerra é apenas isso: uma faculdade, uma opção conferida ao Tribunal de Justiça, tendo este já esclarecido que nada o impede de decidir por acórdão, ainda que a situação se subsuma aos termos daquele artigo<sup>665</sup>.

Ora, as decisões do Tribunal de Justiça podem ser de dois tipos: por acórdão ou por despacho. Estas tipologias distinguem-se entre si nos

---

664 Pode ler-se, no artigo 95.º, n.º 2 do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça: “A pedido do órgão jurisdicional de reenvio, com base em requerimento devidamente fundamentado de uma parte no litígio no processo principal ou oficiosamente, o Tribunal pode, além disso, se considerar necessário, impor o anonimato de uma ou de várias pessoas ou entidades a que o litígio diga respeito”.

665 Cfr., a propósito, Acórdão TJ *Feliz Swoboda*, de 14 de novembro de 2002, processo n.º C-411/00, considerando 32.

seguintes termos:

- os despachos podem ser proferidos tanto por um juiz singular (que pode ser o Presidente do Tribunal ou o Juiz-Relator) como em formação coletiva de julgamento e, normalmente, “não implicam uma apreciação do mérito da causa”<sup>666</sup>.
- os acórdãos são proferidos sempre em formação de julgamento, mediante tribunal coletivo, implicando uma apreciação de mérito<sup>667</sup>.  
No que aos despachos diz respeito, há que proceder à sua distinção<sup>668</sup>:
- quanto ao conteúdo:
  - despachos simples;
  - despachos fundamentados;
- quanto à forma:
  - despachos interlocutórios;
  - despachos finais.

## **2.1. Os despachos emanados pelo Tribunal de Justiça quanto ao conteúdo e à forma**

No que diz respeito ao conteúdo, o despacho que é emanado pelo Tribunal de Justiça terá de observar determinadas condições, distinguindo-se entre despachos simples e despachos fundamentados. Pelo sentido literal do considerando 28 do despacho em análise e do artigo 99.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça, o despacho emanado é fundamentado.

A distinção entre despacho simples e despacho fundamentado decorre do artigo 89.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça, na medida em que um despacho fundamentado deverá observar todas as menções decorrentes do artigo 89.º, n.ºs 1 e 2, enquanto o despacho simples apenas terá de observar as menções decorrentes do seu n.º 1.

Precisando: um despacho simples deverá mencionar sempre 1) a indicação de que é proferido pelo Tribunal; 2) a indicação da formação de julgamento, 3) a data da sua adoção, 4) a indicação da

---

666 Cfr. João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia...*, p. 330.

667 Cfr., para maiores desenvolvimentos, João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia...*, pp. 331 e 335 e seguintes.

668 Adotada a metódica de João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia...*, pp. 331 e seguintes.

base jurídica em que o mesmo assenta, 5) o nome do Presidente e, sendo caso disso, dos Juízes que participaram nas deliberações, com a indicação do Juiz-Relator, 6) o nome do Advogado-Geral, 7) o nome do secretário, 8) a indicação das partes ou das partes no litígio no processo principal, 9) o nome dos seus representantes, 10) a indicação de que o Advogado-Geral foi ouvido e 10) o dispositivo, incluindo, sendo caso disso, a decisão relativa às despesas” (artigo 89.º, n.º 1 do Regulamento do Processo). O despacho fundamentado, para além destas informações, deverá ainda apresentar 1) os pedidos das partes, 2) a exposição sumária dos factos e 3) os fundamentos (artigo 89.º, n.º 2 do Regulamento do Processo).

Por sua vez, os despachos podem assumir a forma de despachos interlocutórios ou despachos finais.

Ora, em regra, os despachos são meramente interlocutórios, não pondo fim ao processo. Estes, normalmente, não são fundamentados<sup>669</sup> nem são suscetíveis de execução<sup>670</sup>. Poderemos ainda concluir que poderão ter carácter meramente provisório, não colocando em causa a decisão a proferir no processo principal<sup>671</sup>.

Por sua vez, um despacho final deverá apresentar-se adequadamente fundamentado, configurando-se executório. O exemplo paradigmático de um despacho final fundamentado é o do caso em apreço, ou seja, nas circunstâncias em que o Tribunal de Justiça decide pronunciar-se por despacho fundamentado, mediante pedido prejudicial, atenta proposta do Juiz-Relator e depois de ouvido o Advogado-Geral, quando, por exemplo, a questão não suscite qualquer dúvida razoável (atentas as circunstâncias enunciadas no disposto no artigo 99.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça<sup>672</sup>).

---

669 Mas há exceções à regra, como decorre, por exemplo, da leitura dos artigos 66.º, n.º 3 e 116.º, n.º 4 do Regulamento do Processo.

670 Exceciona-se, por exemplo, a situação do artigo 145.º, n.º 3 do Regulamento do Processo ou quando se demande o preenchimento de determinadas condições, conforme decorre do artigo 162.º, n.º 2, em que a execução fica dependente da constituição de caução, pelo Requerente.

671 Cfr., quanto a esta conclusão, a disposição do artigo 162.º, n.º 4 do Regulamento do Processo: “O despacho tem carácter meramente provisório e em nada prejudica a decisão que o Tribunal venha a proferir no processo principal”.

672 Para maior densidade empírica, cfr. João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia...*, p. 335.

### 3. Do Regulamento n.º 2201/2003 – interpretação do artigo 16.º, n.º 1, a)

O Regulamento n.º 2201/2003<sup>673</sup> foi adotado no sentido de promover um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, onde a livre circulação de pessoas fosse garantida<sup>674</sup>. O ponto de partida foi, precisamente, o princípio do reconhecimento mútuo, como aliás resulta expresso nos considerandos 21 e 23.

Aplica-se a matérias civis relativas ao divórcio, à separação e à anulação do casamento e, bem assim, à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental em contexto transfronteiriço (artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento). O n.º 2 do artigo 1.º ainda concretiza o que diz respeito à noção “responsabilidades parentais”, determinando, num elenco não taxativo, que abarca: a) o direito de guarda e o direito de visita; b) a tutela, a curatutela e outras instituições análogas; c) a designação e as funções de qualquer pessoa ou organismo encarregado da pessoa ou dos bens da criança e da sua representação e assistência; d) a colocação da criança ao cuidado de uma família de acolhimento ou de uma instituição; e) as medidas de proteção da criança relacionadas com a administração, conservação ou disposição dos seus bens.

Excluem-se, contudo, do seu âmbito de aplicação, as matérias referidas no n.º 3 do artigo 1.º.

No caso em apreço, as partes viram-se envolvidas em processos atinentes à decretação do divórcio e à regulação das responsabilidades parentais dos filhos menores. Contudo, a ação em que surge o reenvio prejudicial prende-se com a regulação das responsabilidades parentais.

Ainda assim, no que diz respeito ao processo de divórcio, convém esclarecer que este Regulamento apenas se aplica a processos de “divórcio internacional”, ou seja, “aqueles envolvendo um elemento estrangeiro e, para este fim, se a situação envolve um cidadão estrangeiro de outro Estado-membro ou de um país terceiro é irrelevante, desde que os requisitos de conexão necessários se preencham”<sup>675</sup>.

673 Cfr. Regulamento n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

674 Cfr. Considerando 1 do Regulamento n.º 2201/2003.

675 Cfr. Begoña Vidal Fernández, “International court jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in matters relating to marriage and parental responsibility in the European Union: Regulation 2201/2003 – scope of application of Regulation 2201/2003”, in Andres de Oliva Santos, (Director), Maria Pia Calderon Cuadrado, Fernando Gascon Inchausti, Carmen Senes Motilla e Jaime Vegas Torres, (Coord.), *European Civil Procedure*, European Commission, Aranzadi, Sweet & Maxwell, 2011, p. 188 (tradução livre).

No caso em apreço, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a interpretação do artigo 16.º, n.º 1 a), a fim de ser possível aferir a existência de litispendência europeia (nos termos do artigo 19.º, n.º 2), no contexto de um processo relativo a responsabilidades parentais.

O artigo 16.º, n.º 1 estatui qual o momento atendível para determinar quando um processo foi instaurado. Nesta perspetiva, reza a alínea a) que se considera instaurado um processo “[n]a data de apresentação ao tribunal do ato introdutório da instância, ou ato equivalente, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou a notificação ao requerido”.

Ora, o artigo 19.º, n.º 2 determina que “[q]uando são instauradas em tribunais de Estados-membros diferentes ações relativas à responsabilidade parental em relação a uma criança, que tenham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, o tribunal em que o processo foi instaurado em segundo lugar suspende oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal em que o processo foi instaurado em primeiro lugar”.

A solução consignada no artigo 19.º partiu da necessidade de dissociar as ações relativas ao casamento e as ações relativas às responsabilidades parentais – as primeiras recebem consagração no n.º 1 e as segundas no n.º 2 deste artigo. Na realidade, quando se trate de averiguar a litispendência de duas ou mais ações de divórcio (por exemplo), é exigida coincidência entre as partes e o pedido. No entanto, quando as ações digam respeito a responsabilidades parentais, o n.º 2 exige que exista uma identidade das partes, do pedido e da causa de pedir – tudo com vista a evitar, atenta a teleologia da norma, que decisões incompatíveis possam ser emanadas por diferentes tribunais<sup>676</sup>. Neste sentido, a litispendência, para efeitos de processos relativos a responsabilidades parentais, existirá apenas quando haja também coincidência, para além das partes, entre o pedido e a causa de pedir deduzidos nos processos que correm termos em diferentes tribunais de diversos Estados-membros<sup>677</sup>.

No despacho em análise, diz-nos o Tribunal de Justiça que “[...] a redação do artigo 16.º do Regulamento n.º 2201/2003 é comparável à

---

676 Cfr., a propósito, Acórdão TJ *Purrucker* II, de 9 de novembro de 2010, processo n.º C-296/10, considerando n.º 67.

677 Cfr., a propósito, Begoña Vidal Fernández, “System of attributing jurisdiction”, Andres de Oliva Santos, (Director), Maria Pia Calderon Cuadrado, Fernando Gascon Inchausti, Carmen Senes Motilla e Jaime Vegas Torres, (Coord.), *European Civil Procedure*, European Commission, Aranzadi, Sweet & Maxwell, 2011, p. 203.

do artigo 30.º do Regulamento n.º 44/2001, adotado [...] para dar uma definição autónoma da data em que se considera que uma ação foi submetida à apreciação do órgão jurisdicional”<sup>678</sup>. Prossegue o Tribunal de Justiça referindo que “a solução, juridicamente segura, que consiste em não considerar um processo como pendente enquanto não estiverem ultrapassadas as duas fases processuais que são a citação ou a notificação e a distribuição do processo no tribunal competente, tinha, no entanto, um efeito negativo, nomeadamente o da determinação tardia da situação de litispendência”<sup>679</sup>. Atentas as dificuldades enunciadas – e de modo a promover a igualdade de armas entre as partes e a evitar abusos processuais – foi adotado um “conceito uniforme da data de instauração de um processo, que é determinada [...] pela realização de um único ato, designadamente a apresentação do ato introdutório da instância ou da notificação, mas que, apesar disso, tem em conta a subsequente realização efetiva do segundo ato”, o que justificou a redação inerente quer ao antigo artigo 30.º do Regulamento n.º 44/2001<sup>680</sup>, quer ao artigo 16.º, n.º 1, a) do Regulamento n.º 2201/2003. Esta opção legislativa prendia-se com o facto de se pretender que “o Autor [estivesse] protegido desde que a ação é proposta sem sofrer as consequências negativas de um atraso nos serviços de citação (quando deles não é responsável), sobretudo quando o Réu tem domicílio num Estado-membro diferente daquele em que ação irá correr”<sup>681</sup>.

Tendo em conta este silogismo, a preocupação imanente a esta redação prendia-se com a necessidade de salvaguardar o autor da ação, de forma a não promover uma total denegação da justiça<sup>682</sup>.

No entanto, conforme o argumento histórico nos indica, também se optou por incluir esta redação para evitar abusos processuais das partes.

Ora, nesta circunstância, é-nos dito que o tribunal espanhol subordinou a citação de P. à apresentação de determinados documentos por M.<sup>683</sup>,

---

678 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015, processo n.º C-507/14, considerando 30.

679 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 31.

680 Cfr. Regulamento n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, agora revogado pelo atual Regulamento n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012.

681 Cfr. Joana Covelo de Abreu, *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, p. 130.

682 Sobre o conceito “denegação da justiça” aplicado à posição processual do Autor, cfr. Acórdão TJ C. de Visser, de 15 de março de 2012, processo n.º C-292/10.

683 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 9.

tendo esta parte requerido a suspensão da instância para tentar viabilizar um acordo extrajudicial<sup>684</sup>.

Ora, o artigo 16.º, n.º 1, a) do Regulamento n.º 2201/2003 determina que o processo se considerará instaurado na data de apresentação ao tribunal do ato introdutório da instância, ou ato equivalente, desde que:

- o Requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ou a notificação do Requerido.

Ora, esta condição, como fomos adiantando, foi introduzida de modo a evitar comportamentos processuais abusivos, que poderiam entravar seriamente os direitos de defesa dos Requeridos nos processos. E é precisamente com base nesta circunstância que P. invocou, na suas observações, que uma suspensão da instância, sem que previamente haja sido citado, determina a sua “desproteção total”, levando-o a participar em “negociações não transparentes”<sup>685</sup> podendo, seguidamente, ser chamado à instância onde, quando muito, poderia deduzir pedido reconvenicional, ficando impedido de escolher qual o foro competente.

Ora, o Tribunal de Justiça parece considerar que o artigo 16.º, n.º 1, a) apenas encerra em si uma condição para a determinação da propositura da ação – a apresentação do ato introdutório na instância pois “só essa apresentação constitui a instauração da ação”<sup>686</sup>. Por sua vez, recorda as informações prestadas quer pelo tribunal de reenvio, quer por P. (nas suas observações escritas), lembrando que esta parte, citada para a ação relativa à determinação de medidas provisórias em sede de responsabilidades parentais, não invocou “o facto de os documentos necessários a essa notificação não terem sido apresentados nos prazos previstos”<sup>687</sup>. Devolve, contudo, a aferição desta realidade para o órgão jurisdicional nacional.

Seguidamente, o Tribunal de Justiça entende que a ocorrência de uma suspensão, a pedido de uma das partes, não pode, por si só, ter a suscetibilidade de determinar que a ação foi movida em momento posterior à apresentação de ato introdutório, salvo se “resultar de uma negligência imputável ao Requerente, por este não ter tomado as medidas que lhe incumbiam para que fosse feita a citação ou a notificação do

---

684 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 10.

685 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 36.

686 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 37.

687 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 38.



ato ao requerido”<sup>688</sup>. Aderindo ainda às observações apresentadas pela Comissão e pelo Governo Espanhol, refere que o espírito do Regulamento n.º 2201/2003 valoriza os acordos amigáveis, recordando que aqueles entendem que “um pedido de suspensão para tentar chegar a um acordo amigável não constitui negligência por parte de M.”<sup>689</sup>.

O Tribunal de Justiça ainda reproduz as posições aventadas pelos tribunais da Relação de Lisboa e de 1.ª Instância, os quais aderem às posições *supra* mencionadas, decidindo que a existência de uma suspensão da instância não configurava uma negligência de M. para “tomar as medidas que lhe incumbiam para que a sua petição fosse notificada ao requerido”<sup>690</sup>.

O Tribunal de Justiça acaba, assim, por desconsiderar o argumento aduzido por P. da inexistência de citação para a instância antes da suspensão<sup>691</sup>.

#### 4. Conclusões

O Tribunal de Justiça interpreta, assim, o artigo 16.º, n.º 1, a) do Regulamento n.º 2201/2003 no sentido de que “se considera que uma ação foi submetida à apreciação de um tribunal na data da apresentação, nesse tribunal, do ato introdutório da instância ou de um ato equivalente, ainda que, entretanto, a instância tenha sido [suspensa] por iniciativa do Requerente que a propôs, sem que o referido processo tivesse sido notificado ao Requerido ou que este tivesse tido conhecimento da sua existência ou nele tivesse intervindo de alguma forma, desde que o Requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbiam para que fosse feita a citação ou a notificação do ato ao Requerido”<sup>692</sup>.

No caso, o Tribunal de Justiça, dando cumprimento à sua função de intérprete do direito da União – e dando observância à presunção de pertinência do reenvio prejudicial que lhe foi colocado (não o deixando sem resposta) – indica ao Supremo Tribunal de Justiça qual o sentido inerente à disposição de direito da União Europeia interpretada. No

---

688 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 39.

689 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 39.

690 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 40.

691 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 41.

692 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 43.



entanto, fá-lo sem obliterar que não lhe cabe “qualificar os factos em causa no processo principal, uma vez que essa qualificação é da exclusiva competência do juiz nacional” pois se deve limitar “a fornecer àquele uma interpretação do direito da União útil para a decisão que lhe cabe tomar no processo que lhe foi submetido”<sup>693</sup>.

Neste sentido, apesar de o Tribunal de Justiça considerar que a interpretação do disposto no artigo 16.º, n.º 1, a) do Regulamento não levanta nenhuma dúvida razoável entendendo que, em regra, a ação se considerará proposta no momento em que o ato introdutório foi apresentado, a realidade é que caberá ao tribunal nacional, atenta a prova produzida perante si, entender se a suspensão da instância, perante o tribunal espanhol – que, à partida, não configura negligência do Requerente que perseguia, com a resolução amigável do litígio, um dos objetivos do Regulamento – poderá representar que o Requerente não tomou as medidas que lhe incumbiam para que a citação se realizasse. Para tanto, e aqui alinhamo-nos com o Tribunal de Justiça, não relevará tanto o pedido de suspensão da instância mas apenas o facto de o Requerente não ter apresentado os documentos necessários à citação do Requerido antes de ter requerido a suspensão da instância.

Nesta circunstância, como bem afirma o Tribunal de Justiça, o problema prende-se com o facto de P. não ter contestado – do que resulta das informações prestadas perante este tribunal organicamente europeu e das observações apresentadas por P. – “a regularidade da notificação do pedido de medidas provisórias prévias à ação de divórcio, que ocorreu depois do pedido de reabertura do processo [...] pelo facto de os documentos necessários a essa notificação não terem sido apresentados nos prazos previstos”.

Da parte final do considerando 38 do despacho em análise poderemos, contudo, inferir que se uma parte, num processo como o dos autos, conseguir demonstrar, perante o tribunal nacional, que a regularidade da notificação foi posta em causa por falta de junção dos documentos necessários, por parte do Requerente, nos prazos fixados para o efeito, o juiz nacional poderá, observando a interpretação apresentada pelo Tribunal de Justiça, considerar que o Requerente não agiu com a diligência que o artigo 16.º, n.º 1, a) lhe demanda e, nessa perspetiva, entender que a ação só foi movida depois de tais documentos terem sido juntos, sem possibilidade de retroagir à data da apresentação do documento introdutório.

---

693 Cfr. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015..., considerando 42.

Afinal, só assim é que a tutela dos direitos dos particulares – quer do Requerente, quer do Requerido – se podem considerar cabalmente assegurados, promovendo-se efetivamente a igualdade de armas das partes, sobretudo quando estas se encontram a pleitear num contexto transfronteiriço. Acresce que, teleologicamente, tal se retira do sentido literal do disposto no artigo 16.º, n.º 1, na medida em que também a sua alínea b) tem uma preocupação em evitar que a posição do Requerido e, bem assim, os seus direitos de defesa sejam colocados em causa, tendo o legislador da União novamente reiterado, nesta disposição, que “o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o ato seja apresentado a tribunal”, mesmo quando a citação deveria ter ocorrido antes da sua apresentação em tribunal.

**Despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)  
de 14 de julho de 2015**

**(C-151/15)**

**Tipo:** reenvio prejudicial do Tribunal da Relação de Coimbra.

**Partes:** Sociedade Portuguesa de Autores CRL contra Ministério Público, Carlos Manuel Prata Pereira Sá Meneses, Sandra Carla Ferreira Cardoso e Douros Bar Lda.

**Objeto:** interpretação do art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

**Dispositivo:** o conceito de «comunicação ao público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que abrange a transmissão, através de um aparelho de rádio ligado a colunas e/ou amplificadores, pelas pessoas que exploram um café-restaurant, de obras musicais e de obras musicais literárias difundidas por uma estação emissora de rádio aos clientes que se encontram presentes neste estabelecimento.



### **xiii. Interpretação do conceito de comunicação ao público de obras protegidas por direitos autorais**

(Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 14 de julho de 2015, “Sociedade Portuguesa de Autores CRL contra Ministério Público, Carlos Manuel Prata Pereira Sá Meneses, Sandra Carla Ferreira Cardoso e Douros Bar Lda.”, proc. C-151/15)

Maria Mineiro

## **I. Os factos e as questões prejudiciais**

O despacho proferido no caso Sociedade Portuguesa de Autores CRL contra Ministério Público, Carlos Manuel Prata Pereira Sá Meneses, Sandra Carla Ferreira Cardoso e Douros Bar Lda. tem por objeto a interpretação do art. 3.º n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

No presente caso, a Sociedade Portuguesa de Autores, CRL (adiante designada SPA) intentou uma ação penal contra as pessoas que exploravam um café-restaurant, que detinham nas suas instalações um aparelho de rádio ligado a oito colunas de som que transmitiam aos clientes presentes no referido estabelecimento, obras musicais e obras músico-literárias radiodifundidas. A SPA entendeu que essas pessoas cometeram o crime de usurpação, p. e p. pelos arts. 195.º e 197.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, na medida em que não dispunham da autorização dos autores para a transmissão, através de um aparelho de rádio ligado a colunas, de obras musicais, aos clientes que se encontravam no estabelecimento comercial (nos termos do art. 3.º n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE). Isto porque, segundo a SPA, a comunicação da obra em local público consiste numa utilização diferente da radiodifusão, implicando a obtenção de uma autorização distinta da inicialmente concedida pelo autor ou seu representante, para efeitos de radiodifusão.

O Tribunal da 1ª instância absolveu os arguidos e a SPA recorreu da decisão para o Tribunal da Relação de Coimbra, que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“(i) O conceito de comunicação de obra ao público previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE deve interpretar-se

como abrangendo a transmissão de obras radiodifundidas, em estabelecimentos comerciais como bares, cafés, restaurantes, ou outros com características semelhantes, através de aparelhos televisores recetores e cuja difusão é ampliada por colunas e/ou amplificadores, configurando, nessa medida, uma nova utilização de obras protegidas pelo direito de autor?

- (2) A utilização de colunas e/ou amplificadores, ou seja, de meios técnicos distintos do aparelho televisivo recetor para ampliar a receção de som influencia a resposta à questão anterior?”

Nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça considerou que a resposta às questões prejudiciais podia ser deduzida da jurisprudência, e nesse sentido, decidiu pronunciar-se através de despacho fundamentado.

## **II. O despacho do Tribunal de Justiça**

A Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de determinados aspetos dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, tem como principal objetivo estabelecer um elevado nível de proteção dos autores e titulares de direitos conexos, permitindo que autores, artistas, intérpretes ou executantes e produtores, recebam uma remuneração adequada pela utilização das suas obras ou prestações, nomeadamente pela sua comunicação ao público.

Ora, nos termos do art. 3.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, sob a epígrafe “Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material” e de acordo com o seu n.º 1 “os Estados-membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação pública das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.”

Conforme resulta do considerando 23, a diretiva “deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público”, os quais “deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.”

Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça determina que o conceito de comunicação ao público, previsto no art. 3.º da Diretiva n.º 2001/29/CE, deve ser entendido em sentido lato, tal como sublinhado no considerando 23. Para suportar este entendimento, chama à colação a jurisprudência anterior, destacando os acórdãos “ITV Broadcasting, Football Association Premier League” e “OSA”. Conforme referem estes dois últimos acórdãos, o conceito de comunicação deve ser entendido “no sentido de que visa todo e qualquer ato de transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados”. De resto, o Tribunal de Justiça no acórdão “Football Association Premier League”, já declarou que “o proprietário de um *pub* procede a uma comunicação ao transmitir deliberadamente obras radiodifundidas, através de um ecrã de televisão e de altifalantes, aos clientes que se encontram nesse estabelecimento”, concluindo que a situação no processo principal é comparável com a supra descrita<sup>694</sup>.

O Tribunal vem relembrar que, apesar do acórdão “ITV Broadcasting” referir que “não constitui uma comunicação na aceção do art. 3.º n.º 1 da Diretiva n.º 2001/29/CE um mero meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem na zona de cobertura”, há no presente caso uma utilização de colunas e/ou amplificadores com o objetivo de aumentar a difusão do som, o que, de acordo com o acórdão “SGAE” não constitui um simples meio técnico para garantir ou melhorar a transmissão de origem, na medida em que estamos perante um ato sem o qual os clientes do estabelecimento não podem usufruir das obras difundidas<sup>695</sup>.

Em segundo lugar, para que as obras protegidas possam estar abrangidas pelo conceito de comunicação ao público do art. 3.º n.º 1 da Diretiva, têm de ser efetivamente comunicadas a um público. A esse respeito o Tribunal invoca os acórdãos “ITV Broadcasting” e “OSA”, nos quais é referido que o conceito de público “visa um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante”. Ainda nesse sentido, o acórdão “SGAE” refere que nos serviços prestados aos clientes de um hotel, tem de ser tomada em consideração a circunstância de estes se sucederem rapidamente, tratando-se de um número de pessoas bastante

---

694 “ITV Broadcasting”, acórdão de 7 de março de 2013, processo C-607/11, n.º 20; “OSA”, acórdão de 27 de fevereiro, processo C-351/12, n.ºs 23 e 25; “Football Association Premier League”, acórdão de 4 de outubro de 2011, processos apensos C-403 e C-429/08, n.º 193 e 196.

695 “SGAE”, acórdão de 7 de dezembro de 2006, processo C-306/05, n.º 42.

importante, levando a que devam ser considerados como público, na aceção da Diretiva<sup>696</sup>.

Nesse sentido, vem o Tribunal de Justiça defender que, à semelhança dos clientes de um hotel, os clientes de um café/restaurante sucedem-se rapidamente e representam geralmente um número de pessoas bastante importante, devendo nesta perspetiva ser considerados como público. Acresce que, tal como referido pelos acórdãos “Football Association Premier League” e “OSA”, para que o conceito de comunicação ao público esteja preenchido, é necessário que haja um público novo, ou seja, um público que não tenha sido considerado pelos autores das obras protegidas aquando da autorização de utilização pela comunicação pública original. Decorre ainda do acórdão “Football Association Premier League” que os autores, ao autorizarem a radiodifusão das suas obras “em princípio, só tomam em consideração os detentores de aparelhos de televisão que, individualmente, ou na sua esfera privada ou familiar, recebem o sinal e vêem as emissões. Ora, a partir do momento em que a transmissão de uma obra radiodifundida se faz num local acessível ao público e se destina a um “público suplementar”, ao qual o detentor do aparelho permite a escuta ou visualização da obra, tal intervenção deve ser considerada como um ato pelo qual a obra em questão é comunicada a um público novo”. Assim sendo, no caso do referido acórdão, os clientes de um *pub*, constituem um público suplementar que não foi tido em consideração pelos autores aquando da autorização da radiodifusão das suas obras.

De acordo com o considerando 23 da Diretiva, para que exista uma comunicação ao público, a obra tem de ser transmitida a um público não presente no local de onde provêm as comunicações. Ora, esse elemento de contacto físico está ausente no caso de transmissão num local como um *pub*, através de um ecrã de televisão e de altifalantes, visto não existir coincidência entre o público presente no local da transmissão e o local de onde é realizada a comunicação<sup>697</sup>.

A base deste entendimento, conforme já aquele Tribunal havia declarado em situações anteriores, está no pressuposto primitivo de autorização quando este não contempla um acréscimo suplementar (público suplementar) pela utilização económica das obras, no momento da autorização.

---

696 “ITV Broadcasting”, cit., n.º 32; “OSA”, cit., n.º 27; “SGAE”, cit., n.º 38.

697 “ITV Broadcasting”, cit., n.º 197; “OSA”, cit., n.º 31; “Football Association Premier League”, cit., n.ºs 198, 199 e 203.



Em terceiro lugar, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o carácter lucrativo de uma comunicação ao público não é irrelevante. Ora, tendo em conta que o acórdão “Football Association Premier League” admite o carácter lucrativo de uma transmissão de obras radiodifundidas por um proprietário de um *pub*, vem no presente caso o Tribunal de Justiça referir estarmos perante uma comunicação ao público com carácter lucrativo, na medida em que o proprietário de um café-restaurante procede à transmissão de obras radiodifundidas, através de um aparelho de rádio, sendo essa transmissão “susceptível de atrair clientes interessados pelas obras transmitidas. Por conseguinte, a transmissão reflete-se na frequência do estabelecimento e, no final, nos seus resultados económicos”<sup>698</sup>.

Tendo em conta o supra exposto, vem o Tribunal de Justiça responder às questões prejudiciais no seguinte sentido:

“O conceito de comunicação ao público, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2011 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que abrange a transmissão, através de um aparelho de rádio ligado a colunas e/ou amplificadores, pelas pessoas que exploram um café-restaurante, de obras musicais e de obras musico-literárias difundidas por uma estação emissora de rádio aos clientes que se encontram presentes nesse estabelecimento.”

### III. Comentário

Entendeu o Tribunal de Justiça pronunciar-se através de um despacho fundamentado, na medida em que a resposta às questões prejudiciais já decorria da jurisprudência. Com efeito, o despacho em apreço afigura-se relevante por identificar, com meridiana clareza, o alcance do conceito de comunicação ao público. Recorde-se que o conceito de comunicação ao público de obras protegidas não está definido de forma precisa e exaustiva na Diretiva n.º 2001/29/CE, tendo ficado para a doutrina e jurisprudência a sua interpretação em concreto.

Resulta assim claro dos considerandos 9 e 10 que a Diretiva tem como principal objectivo um elevado nível de proteção dos direitos autorais, sendo tais direitos fundamentais para a criação intelectual,

---

698 “Football Association Premier League”, cit., n.º 205.

contribuindo para a manutenção e para o desenvolvimento da atividade criativa, no interesse dos autores, dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral. Donde, devem os autores, como de resto os intérpretes ou executantes e os produtores receber uma remuneração adequada pelo aproveitamento económico do seu trabalho, para assim prosseguirem o seu trabalho criativo e artístico, e no caso dos últimos, financiarem esse mesmo trabalho. Em conformidade com este objetivo, vem o considerando 23 referir que o conceito de comunicação deve ser interpretado de forma ampla.

Ademais, decorre do art. 3.º, n.º 3, da Diretiva que os direitos exclusivos conferidos ao autor “não se esgotam por qualquer ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público”, i.e. cada comunicação ao público da obra deve ser autorizada pelo autor/titular de direitos da obra em causa. Aliás, é a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça que vem referir que o conceito de comunicação deve ser entendido em sentido amplo, visando toda e qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados.

Finalmente, e presentes todos estes elementos, cumpre salientar que as normas de direito da União Europeia devem ser interpretadas à luz do direito internacional. Ora, tendo em conta que a Diretiva n.º 2001/29/CE tem por objetivo dar cumprimento a um tratado internacional de Direito de Autor, deve ser interpretada tendo em conta as disposições da Convenção de Berna, relativa à proteção das obras literárias e artísticas, instrumento internacional multilateral fundamental na área do direito de autor<sup>699</sup>.

Nesse sentido, vem a referida Convenção enunciar nos pontos 2.º e 3.º do n.º 1 do art. 11.º-bis que o autor da obra goza do direito exclusivo de autorizar “qualquer comunicação pública, quer por fio quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem” bem como “a comunicação pública por altifalante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens da obra radiodifundida”.

---

<sup>699</sup> A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, foi assinada em 9 de setembro de 1886, em Berna, pelos seguintes países: França, Alemanha, Bélgica, Espanha, Grã-Bretanha, Itália, Suíça, Haiti, Libéria e Tunísia. Foi ratificada em Portugal através do Decreto n.º 73/78, de 26 de julho. Atualmente conta com um total de 171 Estados-membros.

O Acordo TRIPS, sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio bem como o Tratado OMPI sobre Direito de Autor impõem justamente o cumprimento dos artigos 1 a 21 da Convenção de Berna (exceto as disposições relativas aos direitos morais) às suas partes contratantes.

Atendendo às considerações precedentes, uma comunicação ao público como a do processo principal, constitui uma nova exploração da obra protegida e necessita obrigatoriamente da autorização dos respectivos titulares de direitos para poder ser realizada.



### **III.**

## **CONVENÇÕES INTERNACIONAIS**



## **1. Convenções bilaterais**





## I. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS<sup>700</sup>

### 1. Convenções Bilaterais

NOTA:

Esta secção pretende elencar os elementos de vinculação relevantes de convenções internacionais relativamente ao ano de 2013.

São incluídos igualmente os elementos relevantes de anos anteriores para melhor enquadramento da vinculação do estado Português a cada uma das convenções internacionais referidas. Em qualquer dos casos são indicadas apenas as convenções internacionais relativamente às quais exista algum elemento de vinculação respeitante ao ano de 2013.

#### 1.1 Vinculação a Convenções Internacionais

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Albânia</b>					
Protocolo entre a República Portuguesa e o Conselho de Ministros da República da Albânia relativo à aplicação do Acordo de Readmissão entre a Comunidade Europeia e a República da Albânia	29/09/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 11/2015, de 10 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 133/15, Série I, de 10 de julho	11/09/2015		
<b>Descrição:</b> Tendo em vista o objetivo geral da União Europeia de lutar contra a imigração irregular e pretendendo-se dar cumprimento ao estipulado nas restantes alíneas do n.º 1 do artigo 19.º do Acordo no sentido de estabelecer os parâmetros a que deverá obedecer um pedido de readmissão e agilizar os procedimentos de readmissão de pessoas em situação irregular, foi assinado em Lisboa, a 29 de setembro de 2014, o Protocolo de Aplicação entre a República Portuguesa e o Conselho de Ministros da República da Albânia relativo à Aplicação do Acordo de Readmissão entre a Comunidade Europeia e a República da Albânia, de 14 de abril de 2005.					

<sup>700</sup> Ordenação nas bilaterais por ordem alfabética do outro Estado Contratante. Ordenação geral por data do ato.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

### Alemanha

Acordo de alteração do Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federal da Alemanha sobre as relações no setor cinematográfico	<i>Assinado em Lisboa, a 29/04/1988, celebrado por troca de notas ocorrida em Lisboa, a 27/05/2015</i>				
---	--	--	--	--	--

### Descrição:

O Acordo visa facilitar e desenvolver as relações bilaterais existentes entre Portugal e a Alemanha, de cooperação no domínio cinematográfico.

Neste contexto, é prevista a redução da participação dos coprodutores minoritários, o que possibilitará às empresas portuguesas que atuam neste setor constituírem-se como parceiros válidos em investimentos bilaterais, contribuindo para a respetiva internacionalização, a venda de filmes e produtos audiovisuais portugueses no mercado alemão, garantindo o princípio da diversidade cultural, promovendo o conhecimento da cultura portuguesa na Alemanha e a cooperação entre os dois países.

Acordo entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, relativo à Imputação de Reservas de Segurança de Petróleo Bruto e de Produtos Petrolíferos Portuguesas mantidas na República Federal da Alemanha	8/02/2006	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 6/2014, de 18 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 34/14, Série I, de 18 de fevereiro	18/02/2014		
---	-----------	--	------------	--	--

### Descrição:

Este Acordo tem como objetivo estabelecer as condições e formas de cooperação entre as Partes no domínio das reservas de segurança de petróleo bruto e de produtos petrolíferos, possibilitando que as entidades portuguesas com obrigações de reservas possam ser autorizadas a deter uma parte das reservas de petróleo localizadas no território da República Federal da Alemanha.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo que modifica o Acordo de 8 de fevereiro de 2006 entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha relativo à Imputação de Reservas de Segurança de Petróleo Bruto e de Produtos Petrolíferos Portuguesas mantidas na República Federal da Alemanha	25/09/2009	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 7/2014, de 18 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 34/14, Série I, de 18 de fevereiro	18/02/2014		
<b>Descrição:</b> Na sequência da comunicação obrigatória do referido Acordo à Comissão Europeia, conforme previsto no n.º 2 do artigo 6.º da referida Diretiva n.º 98/93 CE, do Conselho, de 14 de dezembro de 1998, esta instituição pronunciou-se no sentido de ser necessário eliminar, no artigo 2.º do Acordo entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, relativo à imputação de reservas de segurança de petróleo bruto e de produtos petrolíferos portugueses mantidas na República Federal da Alemanha, assinado em Berlim, em 8 de fevereiro de 2006, a expressão «coproprietários», uma vez que a Diretiva não permite a compropriedade de reservas. Neste enquadramento, foi assinado, em 25 de setembro de 2009, em Lisboa, o Acordo que modifica o Acordo de 8 de fevereiro de 2006 entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha relativo à imputação de reservas de segurança de petróleo bruto e de produtos petrolíferos portugueses mantidas na República Federal da Alemanha.					

<b>Andorra</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre os Rendimentos	27/09/2015				
<b>Descrição:</b> Esta Convenção tem por objetivo eliminar a dupla tributação internacional nas diferentes categorias de rendimentos auferidos por residentes em Portugal e em Andorra, bem como prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento. Esta Convenção apresenta, ainda, um contributo importante para o desenvolvimento das relações económicas entre Portugal e Andorra, tanto no âmbito das trocas comerciais e da prestação de serviços, como nos fluxos de investimento, bem como um instrumento para a cooperação administrativa no domínio fiscal.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Arábia Saudita</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e o Reino da Arábia Saudita para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	8/04/2015				
<b>Descrição:</b> A Convenção destina-se a eliminar a dupla tributação internacional e a prevenir a evasão fiscal e visa criar um enquadramento fiscal estável e favorável ao desenvolvimento das relações económicas entre os dois Estados, tanto no âmbito das trocas comerciais e da prestação de serviços, como no fluxo de investimento, permitindo reduzir entraves à circulação de pessoas, de capitais e de tecnologias.					

<b>Argentina</b>					
Convenção sobre Segurança Social entre a República Portuguesa e a República Argentina	09/11/2007	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 10/2009, de 3 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 66/09, Série I, de 3 de abril	1/11/2014	Aviso n.º 94/2014, DR n.º 191, Série I, de 3 de outubro	
<b>Descrição:</b> Esta Convenção substitui a Convenção de Segurança Social, assinada em Lisboa em 20 de maio de 1966. Como consequência da necessidade de coordenação das medidas de segurança social a fim de garantir a igualdade de tratamento no acesso e na concessão de prestações que decorram diretamente da aplicação da legislação de cada uma das Partes ou da aplicação da presente Convenção.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação Turística entre a República Portuguesa e a República Argentina	16/11/2001	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 21/2012, de 20 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 160/12, Série I, de 20 de agosto	14/10/2014	Aviso n.º 111/2014, DR n.º 225, Série I, de 20 de novembro	
<b>Descrição:</b> No acordo, ambas as Partes atestam que dedicarão especial atenção ao desenvolvimento das relações turísticas existentes entre Portugal e a Argentina como meio de fortalecer as suas respetivas economias e facilitar a cooperação institucional e empresarial numa área de inegável interesse para os dois países.					

<b>Barém</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e o Reino do Barém para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento	26/05/2015				
<b>Descrição:</b> Esta Convenção destina-se a eliminar a dupla tributação internacional e a prevenir a evasão fiscal e visa criar um enquadramento fiscal estável e favorável ao desenvolvimento das relações económicas entre os dois Estados, tanto no âmbito das trocas comerciais e da prestação de serviços, como no fluxo de investimento, permitindo reduzir entraves à circulação de pessoas, de capitais e de tecnologias.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Barbados</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e Barbados para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	22/10/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 91/2014, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 101/14, de 12 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 219/14, Série I, de 12 de novembro			
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes. E aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					
<b>Bósnia-Herzegovina</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e a Bósnia-Herzegovina sobre a Promoção e a Proteção Recíprocas de Investimentos e respetivo Protocolo	12 e 13/03/2002	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 11/2003, de 25 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 71/03, Série I-A, de 25 de março	5/03/2009	Aviso n.º 109/2014, DR n.º 220, Série I, de 13 de novembro	
<b>Descrição:</b> Reconhecendo que a promoção e a proteção recíprocas de investimentos, nos termos deste Acordo, contribuirá para estimular a iniciativa privada e para o aumento da prosperidade económica das Partes Contratantes.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Bulgária</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República da Bulgária no Domínio do Combate à Criminalidade	28/01/2011	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 40/2014, de 4 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 31/14, de 14 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 92/14, Série I, de 14 de maio	20/08/2014	Aviso n.º 67/2014, DR n.º 118, Série I, de 23 de junho	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo estabelece o regime jurídico aplicável à cooperação entre as Partes no domínio do combate à criminalidade, em conformidade com o direito vigente aplicável. As Partes cooperam, em conformidade com o direito internacional, com a respetiva legislação interna e com o presente Acordo, no âmbito da prevenção, deteção, repressão e investigação da criminalidade, especialmente nas suas formas organizadas, através da cooperação direta entre as autoridades competentes de cada uma das Partes.					

<b>Cabo Verde</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde no Domínio da Defesa	2/12/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 96/2015, de 16 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 71/15, de 21 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 140/15, Série I, de 21 de julho	13/09/2015	Aviso n.º 76/2015, DR n.º 189, Série I, de 28 de setembro	
<b>Descrição:</b> A cooperação no domínio da Defesa compreenderá a cooperação técnico-militar, a segurança marítima, a integração de militares das Forças Armadas de Cabo Verde em contingentes portugueses empenhados em missões de apoio à paz e assistência humanitária e o desenvolvimento de parcerias na economia de Defesa relacionados com a Defesa.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>China</b>					
Protocolo de Revisão do Acordo Quadro de Cooperação entre a República Portuguesa e a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China	17/05/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 85/2015, de 5 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 54/15, de 10 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 133/15, Série I, de 10 de julho	06/11/2015	Aviso n.º 77/2015, DR n.º 209/15, Série I, de 26 de outubro	
<b>Descrição:</b> Constatando que o Acordo Quadro de Cooperação entre a República Portuguesa e a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China constitui um instrumento potenciador do aprofundamento da cooperação e tendo em consideração a vontade de ambas as Partes de intensificar a coordenação com vista à execução daquele Acordo, ficou estipulado que as duas Partes reunir-se-ão anualmente para avaliar, aprofundar ou desenvolver a execução do presente Acordo Quadro, bem como para analisar a possibilidade de novos domínios de cooperação.					

<b>Colômbia</b>					
Acordo de Cooperação no Domínio do Turismo entre a República Portuguesa e a República da Colômbia	8/01/2007	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 53/2008, de 25 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 229/08, Série I, de 25 de novembro	30/06/2014	Aviso n.º 68/2014, DR n.º 126/14, Série I, de 3 de julho	
<b>Descrição:</b> No acordo, ambas as Partes comprometem-se a envidar esforços no sentido de promover programas de cooperação turística com o objetivo de fortalecer as relações turísticas, bem como o conhecimento mútuo da cultura e do modo de vida dos dois países.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção entre a República Portuguesa e a República da Colômbia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	30/08/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 46/2012, de 24 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 77/12, de 30 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 74/12, Série I, de 13 de abril	30/01/2015	Aviso n.º 2/2015, DR n.º 16/15, Série I, de 23 de janeiro	
<b>Descrição:</b> A Convenção tem por objetivo evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, tendo em vista promover e reforçar as relações económicas entre os dois países.					

Costa do Marfim					
Convenção entre a República Portuguesa e a República da Costa do Marfim para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	17/03/2015				

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

**Descrição:**

Esta Convenção destina-se, fundamentalmente, a eliminar a dupla tributação internacional nas diferentes categorias de rendimentos auferidos por residentes em qualquer dos dois Estados e a prevenir a evasão fiscal.

Esta Convenção representa, ainda, um contributo importante para o desenvolvimento das relações económicas entre a República Portuguesa e a Costa do Marfim, tanto no âmbito das trocas comerciais e da prestação de serviços, como no dos fluxos de investimento.

**Croácia**

Acordo entre a República Portuguesa e a República da Croácia de Cooperação no Domínio do Turismo	21/11/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 6/2015, de 2 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 65/15, Série I, de 2 de abril			
--	------------	--	--	--	--

**Descrição:**

O Acordo tem como objetivo o desenvolvimento da cooperação no domínio do turismo nas áreas da cooperação institucional, formação profissional e cooperação no âmbito das organizações internacionais, numa base recíproca de igualdade e benefícios mútuos.

Convenção entre a República Portuguesa e a República da Croácia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	4/10/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 3/2015, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 6/15, de 12 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 7/15, Série I, de 12 de janeiro	28/02/2015		
---	-----------	---	------------	--	--

**Descrição:**

A presente Convenção aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Emirados Árabes Unidos</b>					
Acordo sobre Serviços Aéreos entre a República Portuguesa e os Emirados Árabes Unidos	27/07/2015				
<b>Descrição:</b> O Acordo sobre Serviços Aéreos entre a República Portuguesa e os Emirados Árabes Unidos destina-se a enquadrar a organização do serviço aéreo entre ambos os países e a promover a cooperação bilateral na respetiva área.					

Acordo entre a República Portuguesa e os Emirados Árabes Unidos sobre Cooperação Económica	17/11/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 21/2013, de 15 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 134/13, Série I, de 15 de julho	17/04/2014	Aviso n.º 56/2014, DR n.º 104/14, Série I, de 30 de maio	
<b>Descrição:</b> Este Acordo representa um instrumento importante para a cooperação económica bilateral, designadamente através do desenvolvimento da cooperação institucional e empresarial entre os dois países nas áreas ligadas à indústria, infraestruturas, tecnologias de informação e comunicação, transportes, ambiente, comércio e investimento, turismo, energia e pequenas e médias empresas.					

<b>Espanha</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha relativo à Cooperação no domínio da Defesa	22/06/2015				
<b>Descrição:</b> Este Acordo tem por objetivo atualizar o normativo jurídico que regula a cooperação na área da Defesa com o Reino de Espanha, providenciando um enquadramento legal que traduza o reforço do relacionamento no âmbito da Defesa quer no quadro bilateral entre os respetivos Ministérios da Defesa e os Ramos das Forças Armadas, quer no quadro multilateral no âmbito das organizações internacionais de que ambos os Estados fazem parte.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo sobre as Condições de Exercício da Atividade das Frotas Portuguesa e Espanhola nas Águas de Ambos os Países	24/03/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 21/2014, de 8 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 152/14, Série I, de 8 de agosto	12/12/2014	Aviso n.º 3/2015, DR n.º 30/15, Série I, de 12 de fevereiro	

**Descrição:**

O referido Acordo fixa as condições para o exercício da atividade da pesca das frotas portuguesa e espanhola nas águas submetidas à soberania ou jurisdição portuguesa e espanhola do Oceano Atlântico em torno da Península Ibérica e compreende as atividades fronteiriças em torno das desembocaduras dos rios Minho e Guadiana. O presente Acordo tem caráter global e compreende as atividades fronteiriças em torno das desembocaduras dos rios Minho e Guadiana e as águas submetidas à soberania ou jurisdição portuguesa e espanhola do Oceano Atlântico em torno da Península Ibérica.

Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha para a Criação do Bloco Funcional de Espaço Aéreo do Sudoeste (SW FAB)	17/05/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 25/2014, de 24 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 17/14, de 18 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 54/14, Série I, de 18 de março	18/04/2016	Aviso n.º 49/2014, DR n.º 67/14, Série I, de 4 de abril	
---	------------	---	------------	---	--

**Descrição:**

As Partes acordam por este meio criar um bloco funcional de espaço aéreo do sudoeste (SW FAB). Este Acordo deverá ter em conta, em particular, a necessidade de uma coordenação permanente entre as Partes e o potencial desenvolvimento contínuo do SW FAB, após a sua criação. Este Acordo não cria uma organização internacional com personalidade jurídica internacional e define os direitos e as obrigações das Partes relativos à criação do SW FAB. Este Acordo define as condições gerais e de funcionamento segundo as quais as Partes têm de assegurar a gestão do tráfego aéreo e a prestação de serviços de navegação aérea no espaço aéreo do SW FAB.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

### Estados Unidos da América

Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América sobre Atividades Remuneradas dos Dependentes dos Membros das Missões Diplomáticas e Postos Consulares designados para funções oficiais	<i>Por troca de notas, assinadas em Lisboa em 20/11/2013 e 17/01/2014</i>	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 2/2014, de 17 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 12/14, Série I, de 17 de janeiro	20/02/2014	Aviso n.º 28/2014, DR n.º 35/14, Série I, de 19 de fevereiro	
---	---	--	------------	--	--

#### Descrição:

Portugal tem promovido um conjunto de Acordos com países com os quais mantém um relacionamento próximo, possibilitando aos cônjuges e dependentes de funcionários acreditados noutros países prosseguir, se desejado, a sua carreira profissional. Este Acordo enquadra e facilita o exercício de atividades remuneradas, com base no princípio da reciprocidade, por parte de dependentes do pessoal diplomático e consular português e norte-americano, versando igualmente sobre as suas imunidades de jurisdição civil e administrativa.

Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América relativo à Continuação da Comissão para o Intercâmbio Educacional entre os Estados Unidos da América e Portugal	11/02/2015	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 12/2015, de 13 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 134/15, Série I, de 13 de julho	13/07/2015	Aviso n.º 51/2015, DR n.º 146/15, Série I, de 29 de julho	
--	------------	--	------------	---	--

#### Descrição:

O Acordo atualiza o enquadramento jurídico para a prossecução da atividade da Comissão para o Intercâmbio Educacional entre os Estados Unidos da América e Portugal (Comissão Fulbright), criada em Portugal, na sequência da assinatura, em Lisboa, em 19 de março de 1960, de um Acordo relativo ao Financiamento de determinados Programas de Educação em Regime de Intercâmbio. Desde 1960, a Comissão Fulbright, através do seu Programa de Bolsas, tem promovido a cooperação entre os dois países nas áreas da educação e ciência. A sua missão inclui a oferta de oportunidades de intercâmbio de professores, investigadores e estudantes, a disponibilização de orientação e informação de qualidade sobre os sistemas de ensino dos dois países e, ainda, a organização de iniciativas potenciadoras da partilha de conhecimento.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para reforçar o cumprimento fiscal e implementar o <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> (FATCA)	06/08/2015				
<b>Descrição:</b> O Acordo visa reforçar o cumprimento fiscal internacional através da assistência mútua em matéria fiscal com base num sistema para a troca automática de informações, estabelecido pelas disposições legislativas norte-americanas geralmente conhecidas por <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> (FATCA).					

Acordo celebrado entre a República Portuguesa e o Imamat Ismaili para o Estabelecimento da Sede do Imamat Ismaili em Portugal	3/06/2015	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 135/2015, de 19 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 124/15, de 27 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 210/15, Série I, de 27 de outubro	27/11/2015	Aviso n.º 84/2015, DR n.º 242/15, Série I, de 11 de dezembro	
<b>Descrição:</b> A República Portuguesa reconhece a personalidade jurídica e a capacidade do Imamat Ismaili para atuar nas relações internacionais e saúda a decisão do Imam de estabelecer a Sede do Imamat Ismaili em Portugal. O presente Acordo garante os privilégios, as imunidades e as facilidades concedidos pela República Portuguesa ao Imamat Ismaili, ao Imam, aos Altos Funcionários e aos Membros do Pessoal, assim como à Sede e bens, com vista a garantir o desempenho das suas funções oficiais em Portugal e a facilitar o mesmo, internacionalmente.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Etiópia</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e a República Democrática Federal da Etiópia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	25/05/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 96/2014, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 104/2014, de 13 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 220/14, Série I, de 13 de novembro			
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					

<b>Geórgia</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e a Geórgia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e sobre o Património	12/12/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 23/2015, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 24/15, de 5 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 45/15, Série I, de 5 de março			
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes. A presente Convenção aplica-se aos impostos sobre o rendimento e sobre o património exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança. São considerados impostos sobre o rendimento ou sobre o património todos os impostos incidentes sobre o rendimento total, sobre o património total, ou sobre elementos do rendimento ou do património, incluídos os impostos sobre os ganhos derivados da alienação de bens mobiliários ou imobiliários, os impostos sobre o montante global dos vencimentos ou salários pagos pelas empresas, bem como os impostos sobre as mais-valias.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Guiné Equatorial</b>					
Acordo sobre Transporte Aéreo entre a República Portuguesa e a República da Guiné Equatorial	15/5/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 61/2015, de 27 de março <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 34/15, de 12 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 113/15, Série I, de 12 de junho			
<b>Descrição:</b> A República Portuguesa e a República da Guiné Equatorial, sendo Partes da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, aberta à assinatura em Chicago a 7 dias de dezembro de 1944, reconhecendo a importância do transporte aéreo como meio de criação e fomento da amizade, compreensão e cooperação entre os povos dos dois países; reconhecendo a importância do transporte aéreo como meio de criação e fomento da amizade, compreensão e cooperação entre os povos dos dois países; Desejando organizar, de uma forma segura e ordenada, serviços aéreos internacionais e promover, o mais amplamente possível, a cooperação internacional no âmbito de tais serviços e desejando concluir um Acordo, para fomentar o desenvolvimento de serviços aéreos regulares entre e para além dos seus territórios.					

<b>Indonésia</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República da Indonésia nas áreas da Educação, Ciência e Tecnologia, Cultura, Turismo, Juventude, Desporto e Comunicação Social	22/05/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 16/2014, de 8 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 88/2014, Série I, de 8 de maio	29/03/2015	Aviso n.º 33/2015, DR n.º 84/15, Série I, de 30 de abril	
<b>Descrição:</b> Acordo isenta de visto os titulares de passaportes diplomáticos, especiais e de serviço em estadas de curta duração.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Irão</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República Islâmica do Irão nas áreas da Língua, Educação, Cultura, Desporto, Juventude, Turismo e Comunicação Social	26/01/2015				
<b>Descrição:</b> A assinatura do Acordo insere-se no objetivo do reforço das relações bilaterais entre Portugal o Irão, designadamente, enquadrando a cooperação cultural já existente, e visando a intensificação dos contactos nos domínios ora abordados e a promoção de um conhecimento recíproco aprofundado através das relações culturais.					

<b>Jordânia</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e o Reino Hachemita da Jordânia sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos	17/03/2009	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 14/2012, de 15 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 121/2012, Série I, de 25 de junho	6/01/2015	Aviso n.º 31/2015, DR n.º 63/15, Série I, de 31 de março	
<b>Descrição:</b> Trata -se de um Acordo que se insere no objetivo geral de alargar a rede de Acordos bilaterais de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos e corresponde ao interesse em reforçar as relações bilaterais entre os dois Estados. O Acordo contém medidas vinculativas destinadas a criar condições favoráveis para a realização de investimentos por parte de investidores de um dos Estados signatários no território do outro, assegurando, em regime de reciprocidade, o tratamento mais favorável aos investidores e a garantia de proteção e segurança aos investimentos já realizados.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Koweit</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e o Estado do Koweit para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	23/02/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 44/2011, de 14 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 27/11, de 25 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 55/11, Série I, de 18 de março	5/10/2013	Aviso n.º 11/2014, DR n.º 10/14, Série I, de 15 de janeiro	
<b>Descrição:</b> Desejando promover as suas relações económicas recíprocas através da conclusão entre ambos os Estados Contratantes de uma Convenção para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento, estes acordaram no seguinte: A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes. A presente Convenção aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos por cada um dos Estados Contratantes, suas subdivisões políticas ou administrativas e suas autarquias locais, independentemente do sistema usado para a sua cobrança.					

<b>Líbia</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a Grande Jamahiriya Árabe Líbia Popular Socialista nas áreas da Educação, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, Língua, Cultura, Juventude, Desporto e Comunicação Social	9/12/2007	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 29/2009, de 30 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 211/2009, Série I, de 30 de outubro	15/01/2010	Aviso n.º 52/2014, DR n.º 90/14, Série I, de 12 de maio	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo tem por objecto a cooperação entre as Partes nos domínios da educação, ciência, tecnologia e ensino superior, língua, cultura, juventude, desporto e comunicação social, com vista a uma maior comunicação e ao desenvolvimento das relações e do conhecimento mútuo entre as Partes.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

### Marrocos

Tratado de Amizade, Boa Vizinhança e Cooperação entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos	30/5/1994	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 20/1997, de 8 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 19/97, de 2 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 101/97, Série I-A, de 2 de maio	31/03/2011	Aviso n.º 72/2014, DR n.º 155/14, Série I, de 13 de agosto	
--	-----------	--	------------	--	--

#### Descrição:

Com este Tratado pretende-se um entendimento recíproco e a cooperação entre os dois países sendo a garantia indispensável da paz, da estabilidade e da segurança daquela região e o modo melhor de servir os objetivos de progresso e de desenvolvimento de ambos os povos.

Acordo de Cooperação no domínio do Turismo entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos	20/04/2015				
---	------------	--	--	--	--

#### Descrição:

Este Acordo de cooperação destina-se a favorecer e reforçar os fluxos turísticos entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos. Para esse efeito, as Partes comprometem-se a promover a cooperação entre os seus organismos nacionais do turismo, bem como entre as suas agências e associações profissionais do turismo.

Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e o Reino de Marrocos em Matéria de Segurança Interna	20/04/2015				
---	------------	--	--	--	--

#### Descrição:

O presente Acordo tem como objetivo reforçar a cooperação técnica e o intercâmbio técnico em matéria de segurança interna entre os dois Estados, em conformidade com a respetiva legislação nacional em vigor e com outras convenções internacionais aplicáveis.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>México</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e os Estados Unidos Mexicanos no domínio da Redução da Procura e da Luta contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas	16/10/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 55/2015, de 27 de março <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 33/15, de 1 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 105/15, Série I, de 1 de junho			
<b>Descrição:</b> O Acordo visa aprofundar o relacionamento entre Portugal e o México e, por essa via, reforçar e desenvolver a cooperação bilateral no domínio da redução da procura e da luta contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, no respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais e pelas Convenções internacionais relevantes nesta matéria, face à grave ameaça para a ordem e segurança públicas, as economias, o bem-estar e a saúde das populações dos dois Estados que representam a produção e o tráfico ilícito destas substâncias, bem como o branqueamento de capitais resultante destas atividades.					

Acordo sobre Transporte Aéreo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos Mexicanos	16/10/2013	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 24/2014, de 12 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 154/2014, Série I, de 12 de agosto			
<b>Descrição:</b> O Acordo constitui um importante impulso ao desenvolvimento de serviços aéreos regulares entre e para além dos territórios dos dois países. Tem ainda por objetivos estimular o fluxo de pessoas e bens através da melhoria dos serviços ligados ao transporte de passageiros, cargas e correio e promover a cooperação internacional neste domínio, bem como o comércio, turismo e investimento entre os dois países. Para o efeito, regula-se um vasto leque de matérias, de entre as quais se destacam a concessão de direitos de tráfego, a designação e autorização de exploração de empresas, a representação comercial, a segurança aérea e da aviação civil e a troca de estatísticas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Moçambique</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República de Moçambique no Domínio da Defesa	4/07/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 63/2015, de 2 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 36/15, de 12 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 113/15, Série I, de 12 de junho			
<b>Descrição:</b> O presente Acordo regula a cooperação no domínio da Defesa entre as Partes, na medida das suas possibilidades, em regime de reciprocidade e quando para tanto solicitadas. A cooperação no domínio da Defesa compreenderá a cooperação técnico-militar e a integração de militares das FADM em contingentes portugueses empenhados em missões de apoio à paz ou humanitárias.					

Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República de Moçambique no Domínio da Autoridade e Segurança Aquática	6/07/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 80/2015, de 2 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 53/15, de 8 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 131/15, Série I, de 8 de julho			
<b>Descrição:</b> O presente Acordo de Cooperação regula a cooperação entre as Partes no domínio da autoridade, segurança aquática e assistência a banhistas, na medida das suas possibilidades, em regime de reciprocidade e quando para tanto solicitadas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo sobre Serviços de Transporte Aéreo entre a República Portuguesa e a República de Moçambique	30/04/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 105/2012, de 8 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 132/12, de 7 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 105/12, Série I, de 7 de agosto	26/09/2014	Aviso n.º 96/2014, DR n.º 201/14, Série I, de 17 de outubro	
<b>Descrição:</b> A República Portuguesa e a República de Moçambique, sendo ambas Partes da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, aberta à assinatura em Chicago em 7 de dezembro de 1944 e reconhecendo a importância do transporte aéreo como um meio de criação e fortalecimento das relações de amizade, entendimento e cooperação entre os povos dos dois países e desejando contribuir para o progresso da aviação civil regional e internacional, estabelecem um acordo para fomentar o desenvolvimento de serviços aéreos regulares entre e para além dos seus territórios.					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República de Moçambique no Domínio das Pescas	26/03/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 1/2015, de 5 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 2/2015, Série I, de 5 de janeiro			
<b>Descrição:</b> O referido Acordo visa promover a cooperação científica, técnica, cultural e económica no domínio das pescas entre as Partes, através da criação de ações de cooperação entre ambos os países. O Acordo reconhece assim a importância do setor pesqueiro no desenvolvimento económico e social de Portugal e Moçambique e na segurança alimentar e nutricional dos dois países.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

### Omã

Acordo entre a República Portuguesa e o Sultanato de Omã sobre Isenção Mútua de Vistos para Titulares de Passaportes Diplomáticos, Especiais ou de Serviço	15/12/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 22/2014, de 8 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 152/14, Série I, de 8 de agosto	24/10/2014	Aviso n.º 95/2014, DR n.º 198/14, Série I, de 14 de outubro	
--	------------	--	------------	---	--

#### Descrição:

O Acordo pretende reforçar as relações bilaterais entre a República Portuguesa e o Sultanato de Omã em matéria política, económica e cultural, ao permitir que titulares de passaportes diplomáticos, especiais ou de serviço de cada um dos Estados se desloquem livremente, sem necessidade de visto, por um período de 90 dias por semestre, para território do outro Estado.

Acordo entre a República Portuguesa e o Sultanato de Omã para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	28/04/2015				
--	------------	--	--	--	--

#### Descrição:

Esta Convenção destina-se a eliminar a dupla tributação internacional e a prevenir a evasão fiscal e visa criar um enquadramento fiscal estável e favorável ao desenvolvimento das relações económicas entre os dois Estados, tanto no âmbito das trocas comerciais e da prestação de serviços, como no fluxo de investimento, permitindo reduzir entraves à circulação de pessoas, de capitais e de tecnologias.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Peru</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e a República do Peru para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	19/11/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 88/2013, de 3 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 71/13, de 27 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 122/13, Série I, de 27 de junho	12/04/2014	Aviso n.º 48/2014  DR n.º 66/14, Série I, de 3 de abril	
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes. Aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante e, no caso de Portugal, também aos exigidos em benefício das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					

<b>Portugal</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e a Corporação Andina de Fomento sobre Privilégios e Imunidades	30/11/2009	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 136/2013, de 24 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 106/13, de 13 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 177/13, Série I, de 13 de setembro	17/12/2013	Aviso n.º 53/2014, DR n.º 92/14, Série I, de 14 de maio	
<b>Descrição:</b> A «Corporação» poderá realizar no território da República Portuguesa, com «Portugal» e as suas diversas instituições, com pessoas físicas e jurídicas previstas na legislação, todas as operações que se correspondam com os seus objetivos.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Quadro entre a República Portuguesa e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura	31/07/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 39/2014, de 28 de março <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 30/14, de 14 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 92/14, Série I, de 14 de maio	29/10/2014	Aviso n.º 104/2014, DR n.º 217/14, Série I, de 10 de novembro	
<b>Descrição:</b> O Acordo Quadro entre a República Portuguesa e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura tem como objetivo impulsionar a colaboração mútua em iniciativas de cooperação, em países nos quais Portugal e a FAO têm presença consolidada, nomeadamente nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa e em Timor-Leste, para a execução de programas, projetos e atividades no âmbito da alimentação, do desenvolvimento rural e da agricultura, incluindo florestas e pescas.					

Recesso, por parte da República Portuguesa, aos estatutos da Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC)		<b>Aprovação:</b> RAR n.º 55/2014, de 30 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 48/14, de 26 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 121/14, Série I, de 26 de junho			
<b>Descrição:</b> É ratificado o recesso, por parte da República Portuguesa, aos estatutos da Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC), constituídos pelo Protocolo assinado em Berna em 25 de setembro de 1950, pelo Regulamento Financeiro aprovado em Paris em 27 de setembro de 1951, pelo Protocolo Adicional concluído no Luxemburgo em 25 de setembro de 1952, pelo Acordo por troca de cartas de 31 de outubro de 1955 entre a CIEC e o Conselho da Europa, pelo Regulamento adotado em Montreux em 5 de setembro de 1963 e pelo Acordo por troca de cartas de 28 de outubro de 1969, entre a CIEC e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/2014, em 30 de maio de 2014.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Suplementar ao Protocolo sobre o Estatuto dos Quartéis-Generais Militares Internacionais criados em consequência do Tratado do Atlântico Norte entre a República Portuguesa, por um lado, e o Quartel-General do Comando Supremo das Forças Aliadas na Europa e o Quartel-General do Comandante Supremo Aliado para a Transformação, por outro	3/12/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 79/2014, de 25 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 66/14, de 4 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 170/14, Série I, de 4 de setembro	28/10/2014	Aviso n.º 110/2014,  DR n.º 221/14, Série I, de 14 de novembro	
<p><b>Descrição:</b> As Partes deverão facilitar a execução da Convenção, do Protocolo, da PfP SOFA e deste Acordo Suplementar e esforçar-se no sentido de alcançar uma cooperação mais eficiente a fim de aplicar efetivamente os referidos acordos.</p> <p>Este Acordo Suplementar tem por objeto facilitar o funcionamento de quartéis-generais aliados e preservar a sua integridade e independência e a dos respetivos membros. Os benefícios concedidos aos indivíduos são atribuídos pela República Portuguesa, não para o benefício pessoal desses indivíduos, mas no interesse da OTAN e para apoiar um Quartel-General Aliado. O Quartel-General do Comando Supremo e os quartéis-generais aliados continuam a ser responsáveis pelos benefícios. Este Acordo Suplementar visa garantir o cumprimento das decisões proferidas pelo Conselho do Atlântico Norte, bem como dos regulamentos e das políticas da OTAN. Nestes termos, considera-se que as atividades oficiais compreendem quer as atividades exercidas no cumprimento da missão e na execução das tarefas desse Quartel-General Aliado, quer as que são exercidas ao abrigo das disposições relativas aos fundos não afetados do Quartel-General Aliado.</p>					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre a República Portuguesa e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) relativo ao Estabelecimento de um Centro Internacional de categoria 2 para Formação Avançada de Cientistas dos Países de Língua Portuguesa no âmbito das Ciências Fundamentais, sob os auspícios da UNESCO	9/11/2013	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 16/2015, de 2 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 171/15, Série I, de 2 de setembro			
<b>Descrição:</b> Este Acordo tem por finalidade definir os termos e condições da colaboração entre o País anfitrião e a UNESCO, bem como os direitos e obrigações que dela resultam para as Partes. Reconhecendo a necessidade e a oportunidade de cooperação científica na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa - CPLP, bem como entre esta comunidade e países terceiros; Considerando a Resolução 21 da 36.ª sessão da Conferência Geral, pela qual a UNESCO se propõe estimular a cooperação internacional relativamente ao desenvolvimento de capacidades científicas de alto nível, promovendo em simultâneo a responsabilidade social, a mobilidade dos cientistas e o combate à «fuga de cérebros» no plano científico, bem como estimular a formação de jovens cientistas doutorandos e pós-doutorandos em ciências fundamentais de universidades e laboratórios de investigação implantados nos países da CPLP.					

Acordo sobre a Concessão de Visto para Estudantes Nacionais dos Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa	2/11/2007	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 10/2014, de 25 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 59/14, Série I, de 25 de março	1/09/2015	Aviso n.º 35/2015, DR n.º 84/15, Série I, de 30 de abril	
<b>Descrição:</b> As Partes decidem adotar normas comuns para a concessão de Visto para estudantes nacionais dos Estados-membros da CPLP. Considerando que (i) os estudantes constituem um segmento importante da CPLP, merecedor de enquadramento jurídico próprio, e que a interação e mobilidade estudantil contribuem de forma relevante para a integração dos povos e para o dinamismo e consolidação da CPLP e que (ii) existe um interesse comum em adotar regulamentação específica no âmbito da circulação de pessoas no espaço da CPLP, quer quanto aos cidadãos que assumem a condição de estudante, quer quanto aos requisitos para a atribuição de tal condição.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre a República Portuguesa e a Universidade das Nações Unidas relativo à Criação, Funcionamento e Localização da Unidade Operacional de Governação Eletrónica Orientada para Políticas da Universidade das Nações Unidas em Guimarães, Portugal	23/05/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 128/2015, de 3 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 99/2015, de 2 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 171/15, Série I, de 2 de setembro	30/09/2015	Aviso n.º 81/2015, DR n.º 227, Série I, de 19 de novembro	
<b>Descrição:</b> Com este Acordo pretende-se alcançar, no âmbito da Política Externa, essencialmente o objetivo de apoiar o sistema das Nações Unidas e os Estados-membros das Nações Unidas na transformação dos mecanismos de governação e na capacitação eficaz de governação através de aplicações estratégicas de tecnologias de informação e comunicação para contribuir para o desenvolvimento social inclusivo, para o desenvolvimento económico inclusivo, para a sustentabilidade ambiental, para a paz e segurança.					

Acordo entre a República Portuguesa e a Universidade das Nações Unidas relativo à Unidade Operacional de Governação Eletrónica Orientada para Políticas da Universidade das Nações Unidas em Guimarães, Portugal	23/05/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 110/2015, de 3 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 91/2015, de 7 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 153/15, Série I, de 7 de agosto	30/09/2015	Aviso n.º 82/2015, DR n.º 227, Série I, de 19 de novembro	
<b>Descrição:</b> Com este Acordo pretende-se regular as questões levantadas pela criação da Unidade Operacional de Governação Eletrónica Orientada para Políticas da Universidade das Nações Unidas, entre outras as que se referem ao estatuto jurídico, a isenções de impostos ou taxas, a privilégios e imunidades de funcionários, pessoal da Unidade Operacional e peritos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

### **Qatar**

Acordo de Cooperação Económica, Comercial e Técnica entre a República Portuguesa e o Estado do Qatar	7/03/2011	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 1/2012, de 12 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 9/12, Série I, de 12 de janeiro	16/02/2012	Aviso n.º 45/2014, DR n.º 57/14, Série I, de 21 de março	
--	-----------	---	------------	--	--

#### **Descrição:**

O Acordo estabelece o enquadramento para a cooperação nos domínios económico, comercial e técnicos afins, incluindo indústria, energia e eficiência energética, turismo, agroindústria, agricultura, comunicações, transporte e construção. Prevê a constituição de uma Comissão Mista para a Cooperação Económica, Comercial e Técnica, constituída por representantes governamentais de ambas as Partes, responsáveis pela cooperação e relações económicas bilaterais.

Acordo sobre Transporte Aéreo entre a República Portuguesa e o Governo do Estado do Qatar	28/05/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 9/2014, de 21 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 57/12, Série I, de 21 de março	13/05/2014	Aviso n.º 30/2015, DR n.º 63/15, Série I, de 31 de março	
---	------------	--	------------	--	--

#### **Descrição:**

O Acordo em apreço constitui o enquadramento legal necessário à prossecução dos serviços aéreos internacionais entre Portugal e o Qatar.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre a República Portuguesa e o Estado do Qatar para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	12/12/2011	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 51/2012, de 24 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 82/2012, de 17 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 76/12, Série I, de 17 de abril	4/04/2014	Aviso n.º 51/2014,  DR n.º 84/14, Série I, de 2 de maio	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, independentemente do sistema usado para a sua cobrança.					

República Checa					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República Checa nos domínios da Língua, Cultura, Educação, Ciência, Juventude e Desporto	1/07/2015				
<b>Descrição:</b> A entrada em vigor deste Acordo irá contribuir para a criação de um enquadramento jurídico das relações bilaterais entre Portugal e a República Checa, promovendo a consolidação dos laços de amizade e cooperação existentes entre os dois povos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Federação Russa</b>					
Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da Federação Russa sobre Regras Simplificadas de Entrada, Permanência e Saída para os Membros das Tripulações de Aeronaves das Transportadoras Aéreas da Federação Russa e da República Portuguesa	15/07/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 8/2015, de 23 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 79/15, Série I, de 23 de abril	24/05/2015	Aviso n.º 37/2015, DR n.º 107/15, Série I, de 3 de junho	
<b>Descrição:</b> O referido Acordo pretende reforçar as relações bilaterais entre a República Portuguesa e a Federação Russa no âmbito económico, cultural e turístico, ao permitir que as tripulações de aeronaves das transportadoras aéreas da Federação da Rússia e da República Portuguesa não necessitem de visto nas condições estabelecidas.					

<b>San Marino</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e a República de San Marino no domínio do Turismo	8/01/2013	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 27/2013, de 8 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 152/13, Série I, de 8 de agosto	21/12/2013	Aviso n.º 12/2014, DR n.º 16/14, Série I, de 23 de janeiro	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo estabelece a base jurídica para o desenvolvimento da cooperação entre as Partes no domínio do turismo, baseada no princípio da igualdade e de benefícios mútuos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção entre a República Portuguesa e a República de São Marino para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	18/11/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 95/2014, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 103/2014, de 13 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 220/14, Série I, de 13 de novembro			
<b>Descrição:</b> A Convenção aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou das suas autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					

São Tomé e Príncipe					
Convenção entre a República Portuguesa e a República Democrática de São Tomé e Príncipe para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	13/07/2015				
<b>Descrição:</b> A Convenção, por um lado, incentiva o desenvolvimento das relações económicas entre os dois Estados e visa prevenir e combater a fraude e a evasão fiscais internacionais e, por outro lado, limita os direitos de tributação.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República Democrática de São Tomé e Príncipe no Domínio da Fiscalização Conjunta de Espaços Marítimos sob Soberania ou Jurisdição da República Democrática de São Tomé e Príncipe	17/06/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 97/2014, de 23 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 106/2014, de 19 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 224/14, Série I, de 19 de novembro			
<b>Descrição:</b> Este acordo estabelece as bases das ações de patrulhamento conjunto dos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, e tem por objetivo contribuir para a segurança e o combate às referidas ameaças nesses espaços.					

Senegal					
Convenção entre a República Portuguesa e a República do Senegal para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	13/06/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 92/2014, de 3 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 102/14, de 12 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 219/14, Série I, de 12 de novembro			
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes. E aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Sérvia</b>					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República da Sérvia nos domínios da Educação, Ciência, Tecnologia, Cultura, Desporto e Juventude	18/3/2015				
<b>Descrição:</b> A entrada em vigor deste Acordo irá contribuir para a criação de um enquadramento jurídico das relações bilaterais entre Portugal e a Sérvia, promovendo a consolidação dos laços de amizade existentes entre os dois povos.					

Protocolo de Aplicação entre a República Portuguesa e a República da Sérvia sobre a Aplicação do Acordo entre a Comunidade Europeia e a República da Sérvia Relativo à Readmissão de Pessoas que residem sem Autorização, assinado em Bruxelas, a 18 de setembro de 2007	18/03/2015	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 17/2015, de 3 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 172/15, Série I, de 3 de setembro	8/10/2015	Aviso n.º 78/2015, DR n.º 213/15, Série I, de 30 de outubro	
<b>Descrição:</b> Tendo em vista o objetivo geral da União Europeia de lutar contra a imigração irregular e pretendendo-se dar cumprimento ao estipulado nas restantes alíneas do artigo 19.º do Acordo, no sentido de estabelecer os parâmetros a que deverá obedecer um pedido de readmissão e agilizar os procedimentos de readmissão de pessoas em situação irregular foi assinado em Belgrado, a 18 de março de 2015, o Protocolo de Aplicação entre a República Portuguesa e a República da Sérvia sobre a Aplicação do Acordo entre a Comunidade Europeia e a República da Sérvia Relativo à Readmissão de Pessoas que residem sem Autorização, de Bruxelas, a 18 de setembro de 2007.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo sobre as Atividades Remuneradas de Membros da Família do Pessoal Diplomático e Consular entre a República Portuguesa e a República da Sérvia	5/02/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 18/2014, de 16 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 94/14, Série I, de 16 de maio			
<b>Descrição:</b> O Acordo vem permitir, com base num regime de reciprocidade, o livre exercício de atividades remuneradas aos membros da família de diplomatas e outros funcionários da Embaixada e Postos Consulares de uma das Partes colocados em missão oficial no território da outra Parte.					

<b>Singapura</b>					
Protocolo que altera a Convenção entre a República Portuguesa e a República de Singapura para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	28/05/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 96/2013, de 15 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 78/13, de 11 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 132/13, Série I, de 11 de julho	26/12/2013	Aviso n.º 9/2014, DR n.º 10/14, Série I, de 15 de janeiro	
<b>Descrição:</b> As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam previsivelmente relevantes para a aplicação das disposições da presente Convenção ou para a administração ou a aplicação das leis internas relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou autarquias locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à presente Convenção.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República de Singapura nos Domínios da Educação, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, Cultura, Artes, Juventude, Desporto e Comunicação Social	28/05/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 22/2013, de 17 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 136/13, Série I, de 17 de julho	29/05/2014	Aviso n.º 69/2014, DR n.º 128/14, Série I, de 7 de julho	
<b>Descrição:</b> O Acordo em apreço tem por objetivo promover a cooperação entre os dois países nos domínios da educação, ciência, tecnologia, ensino superior, cultura, artes, juventude, desporto e comunicação social. Para o efeito, estabelece um princípio de cooperação entre as respetivas instituições e organismos competentes nas matérias incluídas no seu objeto, tendo em vista a promoção do conhecimento das diversas áreas de cultura dos dois países, o intercâmbio de documentação e de pessoas e a participação em eventos culturais promovidos por ambas as Partes.					

<b>Tunísia</b>					
Convenção entre a República Portuguesa e a República da Tunísia de Cooperação no Domínio da Defesa	18/01/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 78/2015, de 6 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 51/2015, de 8 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 131/15, Série I, de 8 de julho			
<b>Descrição:</b> Nos termos da presente Convenção, as Partes comprometem-se a agir concertadamente a fim de promover e desenvolver a cooperação bilateral no domínio da defesa entre os dois Estados, em conformidade com as legislações nacionais e com os seus compromissos internacionais.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Turquia</b>					
Acordo Quadro entre a República Portuguesa e o Governo da República da Turquia sobre Cooperação Militar	6/05/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 56/2014, de 4 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 49/2014, de 26 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 121/14, Série I, de 26 de junho			
<b>Descrição:</b> Este Acordo tem por objeto estabelecer um quadro para as relações entre as Partes, no âmbito das respetivas responsabilidades das autoridades competentes e assegurar a cooperação em matéria de defesa e em matéria militar entre as Partes. Este Acordo abrange o intercâmbio de pessoal, material, equipamento, informação e experiência nos domínios definidos, bem como em outros domínios a definir em acordos complementares e acordos de aplicação, em memorandos de entendimento, protocolos e outros instrumentos técnicos a elaborar com base neste Acordo.					

Acordo entre a República Portuguesa e o Governo da República da Turquia sobre Cooperação no Domínio da Indústria de Defesa	7/11/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 78/2014, de 8 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 65/2014, de 28 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 165/14, Série I, de 28 de agosto	25/12/2014	Aviso n.º 16/2015, DR n.º 40/15, Série I, de 26 de fevereiro	
<b>Descrição:</b> Este Acordo tem por objeto estabelecer a cooperação entre as Partes no âmbito da indústria de defesa, melhorando as capacidades da indústria de defesa das Partes através de uma cooperação mais eficaz nas áreas de desenvolvimento, produção, aquisição e manutenção de bens e serviços de defesa, e apoio técnico e logístico relevante.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República da Turquia relativo à Proteção Mútua de Informação Classificada	3/03/2015	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 18/2015, de 3 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 172/15, Série I, de 3 de setembro			
<b>Descrição:</b> O Acordo tem por objeto estabelecer os procedimentos e os princípios para garantir e regular a segurança da informação e materiais classificados trocados ou originados em atividades de cooperação entre as Partes.					

Acordo de Cooperação Marítima entre a República Portuguesa e o Governo da República da Turquia	23/10/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 79/2015, de 24 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 52/2015, de 8 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 131/15, Série I, de 8 de julho			
<b>Descrição:</b> Este Acordo tem por objetivo estabelecer o enquadramento para o desenvolvimento da cooperação entre as Partes no domínio marítimo, através da promoção da coordenação em matéria de comércio marítimo, e no reforço da segurança da navegação.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a República Portuguesa e o Governo da República da Turquia	28/01/2014	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 19/2014, de 2 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 105/14, Série I, de 2 de junho	20/08/2014	Aviso n.º 1/2015, DR n.º 15/15, Série I, de 22 de janeiro	
<b>Descrição:</b> O Acordo destina-se a estabelecer uma cooperação entre as Partes nos domínios da tecnologia e da ciência para fins pacíficos, nas áreas das ciências naturais, engenharia, ciências sociais e outras áreas de interesse que podem ser incluídas por consentimento mútuo. A cooperação prevista pode ser desenvolvida através de projetos conjuntos na área da investigação científica, do intercâmbio de cientistas e da troca de informações relativas aos projetos de investigação desenvolvidos conjuntamente pelas Partes.					

Uzbequistão					
Acordo entre a República Portuguesa e a República do Uzbequistão sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos	11/09/2001	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 2/2010, de 8 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 46/10, Série I, de 8 de março	19/04/2010	Aviso n.º 34/2015, DR n.º 84/15, Série I, de 30 de abril	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo tem por objeto intensificar a cooperação económica entre os dois Estados, tendo em vista o encorajamento e a criação de condições favoráveis para a realização de investimentos pelos investidores de qualquer das Partes Contratantes no território da outra Parte Contratante na base da igualdade e do benefício mútuos, reconhecendo que a promoção e a proteção recíproca de investimentos nos termos deste Acordo contribuirá para estimular a iniciativa privada.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
<b>Vietname</b>					
Acordo entre a República Portuguesa e a República Socialista do Vietname para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento	3/06/2015				
<b>Descrição:</b> O presente Acordo aplica-se aos impostos sobre o rendimento exigidos em benefício de um Estado Contratante, ou das suas subdivisões políticas ou administrativas ou das suas autarquias locais, seja qual for o sistema usado para a sua cobrança.					



## **2. Convenções Multilaterais**



## 2.2. Vinculação a Convenções Internacionais

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo de Cooperação da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa no Domínio da Defesa	15/09/2006	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 90/2013, de 3 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 73/2013, de 1 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 124/13, Série I, de 1 de julho	6/11/2013	Aviso n.º 13/2014, DR n.º 23/14, Série I, de 3 de fevereiro	
<b>Descrição:</b> O objetivo global do presente Protocolo é promover e facilitar a cooperação entre os Estados membros no domínio da Defesa, através da sistematização e clarificação das ações a empreender. Os objetivos específicos, são criar uma plataforma comum de partilha de conhecimentos em matéria de Defesa Militar; Promover uma política comum de cooperação nas esferas da Defesa e Militar; Contribuir para o desenvolvimento das capacidades internas com vista ao fortalecimento das Forças Armadas dos países da CPLP.					

Acordo de Cooperação Consular entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa	24/07/2008	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 28/2014, de 7 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 27/2014, de 2 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 65/14, Série I, de 2 de abril	1/05/2014	Aviso n.º 55/2014, DR n.º 103/14, Série I, de 29 de maio	
<b>Descrição:</b> O presente Acordo estabelece as condições em que qualquer das Partes assegurará, na medida das suas possibilidades e nos limites do disposto no presente Acordo, a assistência e proteção consular aos cidadãos nacionais, bem como a defesa dos interesses das demais Partes, nos locais onde estas últimas não disponham de posto consular ou equivalente acessível.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção relativa à Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1988, conforme revista pelo Protocolo de Revisão da Convenção relativa à Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal	27/05/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 80/2014, de 8 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 68/2014, de 16 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 178/14, Série I, de 16 de setembro	1/03/2015	Aviso n.º 4/2015, DR n.º 33/15, Série I, de 17 de fevereiro	Artigo 2.º – Reservas:a) Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 30.º da Convenção, a República Portuguesa declara que se reserva o direito de não prestar qualquer forma de assistência em relação às contribuições obrigatórias para a segurança social, enunciadas na sub-alínea ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da Convenção; b) Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da Convenção, a República Portuguesa declara que se reserva o direito de não prestar assistência em matéria de execução de créditos tributários ou de coimas em relação às contribuições obrigatórias para a segurança social, enunciadas na sub-alínea ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da Convenção; c) Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 30.º da Convenção, a República Portuguesa declara que se reserva o direito de não prestar assistência em matéria de notificação de documentos em relação às contribuições obrigatórias para a segurança social, enunciadas na sub-alínea ii) da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da Convenção.

**Descrição:**

A Convenção relativa à Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1988 e revista pelo Protocolo de Revisão adotado em Paris, em 27 de maio de 2010, visa possibilitar às Partes várias modalidades de cooperação administrativa sob a forma de troca de informações (a pedido, automática e espontânea), controlos fiscais simultâneos, verificações fiscais no estrangeiro, assistência à cobrança e notificação de documentos, tendo em vista a luta contra os fenómenos internacionais de evasão e a fraude fiscais e, em geral, os comportamentos de incumprimento dos deveres fiscais.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo para a Eliminação do Comércio Ilícito de Produtos do Tabaco	12/11/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 66/2015, de 15 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 42/2015, de 22 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 119/15, Série I, de 22 de junho			
<b>Descrição:</b> O Protocolo para a Eliminação do Comércio Ilícito dos Produtos do Tabaco visa reforçar a cooperação internacional numa área de particular importância em termos de promoção da saúde pública, dando um contributo significativo para os esforços desenvolvidos à escala global no sentido de eliminar todas as formas de comércio ilícito de produtos do tabaco, esforços esses que constituem uma componente crucial e inalienável da luta antitabaco.					

Emenda ao artigo 38.º dos Estatutos da Organização Mundial do Turismo	Adotada em 2007, na 17ª Assembleia Geral da OMT	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 24/2015, de 6 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 25/2015, de 5 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 45/15, Série I, de 5 de março			
<b>Descrição:</b> A Emenda alterou o artigo 38.º dos Estatutos da Organização Mundial do Turismo e decide adotar o idioma chinês como um idioma oficial da Organização Mundial do Turismo; Estabelece que, consequentemente, o artigo 38.º dos Estatutos deverá ter a seguinte leitura: «Os idiomas oficiais da Organização serão os árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol».					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Emenda ao Artigo 38.º dos Estatutos da Organização Mundial do Turismo e a Emenda ao Parágrafo 12 das Regras de Financiamento Anexas aos Estatutos da Organização Mundial do Turismo	<i>Adotadas em 1979, na 3ª Assembleia Geral da OMT</i>	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 29/2015, de 20 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 26/2015, de 26 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 60/15, Série I, de 26 de março			

**Descrição:**

A Emenda alterou o Artigo 38.º dos Estatutos da Organização Mundial do Turismo, reconhecendo o árabe como língua oficial, e o Parágrafo 12 das Regras de Financiamento, anexadas aos Estatutos.

Emenda à Convenção sobre a Avaliação dos Impactes Ambientais Num Contexto Transfronteiras	27/02/2001	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 59/99, de 17 de dezembro <b>Publicação:</b> DR n.º 292/99, Série I-A, de 17 de dezembro	20/08/2015	Aviso n.º 50/2015, DR n.º 128/15, Série I, de 3 de julho	
---	------------	--	------------	---	--

**Descrição:**

Conscientes da necessidade de tomar explicitamente em consideração os fatores ambientais no início do processo de tomada de decisão aplicando a avaliação dos impactes ambientais, a todos os níveis administrativos adequados, como um instrumento necessário para melhorar a qualidade das informações fornecidas aos responsáveis e permitir-lhes deste modo tomar decisões racionais do ponto de vista do ambiente procurando limitar, na medida do possível, o impacto prejudicial importante das atividades, nomeadamente num contexto transfronteiras.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção n.º 184 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Segurança e Saúde na Agricultura	21/06/2001	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 109/2012, de 8 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 135/2012, de 8 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 153/12, Série I, de 8 de agosto	8/11/2013	Aviso n.º 6/2014, DR n.º 6/14, Série I, de 9 de janeiro	
<b>Descrição:</b> Para os fins da presente Convenção, o termo «agricultura» abrange as atividades agrícolas e florestais desenvolvidas nas explorações agrícolas, incluindo a produção vegetal, as atividades florestais, a criação de animais e de insetos, a transformação primária dos produtos agrícolas e animais pelo explorador, ou em seu nome, bem como a utilização e a manutenção de máquinas, equipamentos, aparelhos, ferramentas e instalações agrícolas, incluindo qualquer procedimento, armazenamento, operação ou transporte efetuado numa exploração agrícola, que estejam diretamente relacionados com a produção agrícola.					

Convenção n.º 189, relativa ao Trabalho Digno para as Trabalhadoras e Trabalhadores do Serviço Doméstico	<i>Adotada pela Conferência Geral da OIT, na sua 100.ª sessão, em 16 de junho de 2011</i>	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 42/2015, de 9 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 31/2015, de 27 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 81/15, Série I, de 27 de abril	17/07/2016		
<b>Descrição:</b> A Convenção n.º 189 visa garantir aos trabalhadores e trabalhadoras do serviço doméstico uma proteção mínima equivalente à das restantes categorias de trabalhadores, quer em matéria de direitos fundamentais no trabalho, quer no domínio da proteção contra práticas fraudulentas ou abusivas ou, ainda, no caso dos trabalhadores alojados no agregado familiar, de respeito pela vida privada. Contém, designadamente, disposições relativas às condições de vida e de trabalho, à segurança e saúde no trabalho, à idade mínima, retribuições e segurança social.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção Internacional para a Eliminação dos Atos de Terrorismo Nuclear	13/04/2005	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 77/2014, de 25 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 64/2014, de 28 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 165/14, Série I, de 28 de agosto	25/10/2014	Aviso n.º 97/2014, DR n.º 205/14, Série I, de 23 de outubro	
<b>Descrição:</b> Esta Convenção tem como objeto a promoção e o reforço das medidas destinadas a prevenir e a combater a escalada dos atos de terrorismo sob todas as suas formas e manifestações. Para tal, a Convenção implica a criminalização de determinadas condutas de natureza terrorista e procura promover e reforçar a cooperação internacional entre os Estados Membros das Nações Unidas, com vista à elaboração e à adoção de medidas eficazes e de práticas destinadas a prevenir este tipo de atos.					

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados	20/12/2006	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 2/2014, de 13 de dezembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 1/2014, de 16 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 11/14, Série I, de 16 de janeiro	26/02/2014	Aviso n.º 36/2014, DR n.º 40, Série I, de 26 de fevereiro	Declaração nos termos do n.º 1 do artigo 31.º e do artigo 32.º da Convenção, sobre o reconhecimento das competências do Comité para os Desaparecimentos Forçados
<b>Descrição:</b> Esta Convenção define o conceito de desaparecimento forçado e, pela primeira vez na ordem jurídica internacional, reconhece que o mesmo constitui um delito autónomo, consagrando o dever de o incriminar. Portugal formulou duas declarações à Convenção: uma nos termos do nº 1 do artigo 31º, reconhecendo a competência do Comité para os Desaparecimentos Forçados para receber e apreciar comunicações de ou em nome de pessoas sob a sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação por parte de Portugal, das disposições da presente Convenção e a outra, nos termos do artigo 32º, declarando reconhecer a competência do Comité para os Desaparecimentos Forçados para receber e apreciar comunicações através das quais um Estado Parte invoca que outro Estado Parte não está a cumprir as suas obrigações decorrentes da presente Convenção.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Emenda ao artigo 8.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	1/03/1993	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 4/2001, de 27 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 5/2001, 27 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 23/01, Série I-A, de 27 de janeiro		Aviso n.º 38/2015, DR n.º 114, Série I, de 15 de junho	
<b>Descrição:</b> A emenda ao artigo 8.º complementa a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial com disposições sobre o financiamento do Comité para a Eliminação da Discriminação Racial (estabelecido pela Convenção). Estas disposições dizem respeito nomeadamente ao fornecimento, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, do pessoal e da logística necessária para o efetivo desempenho das funções do Comité e ao recebimento de emolumentos retirados dos recursos das Nações Unidas, nos termos e condições decididos pela Assembleia-Geral.					

Emenda ao Acordo sobre a Conservação dos Morcegos na Europa	4/12/1991 <i>e adotada em Bristol de 24 a 26/7/2000</i>	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 5/2014 de 29 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 20/14, Série I, de 29 de janeiro	8/06/2014	Aviso n.º 71/2014, DR n.º 144, Série I, de 29 de julho	
<b>Descrição:</b> A Emenda ao Acordo sobre a Conservação dos Morcegos na Europa, assinado em Londres, em 4 de dezembro de 1991, adotada em Bristol de 24 a 26 de julho de 2000, visa alargar o âmbito do Acordo de forma a proteger todas as populações das espécies de <i>Chiroptera</i> na Europa e nos Estados não-europeus próximos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Emenda de Doha ao Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas	8/12/2012	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 19/2015 de 21 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 206/15, Série I, de 21 de outubro			
<b>Descrição:</b> A Emenda de Doha ao Protocolo de Quioto estabelece o segundo período de compromissos quantificados de limitação ou redução das emissões dos gases com efeito de estufa, de 1 de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2020.					

Acordo entre a União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a Islândia, por outro, relativo à participação da Islândia no cumprimento conjunto dos compromissos da União Europeia, dos seus Estados-membros e da Islândia no segundo período de compromisso do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas	1/04/2015	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 20/2015 de 21 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 206/15, Série I, de 21 de outubro			
<b>Descrição:</b> Durante as negociações da Emenda de Doha, a União Europeia, os seus Estados-membros e a Islândia expressaram a vontade de ratificar conjuntamente o segundo período de compromisso do Protocolo de Quioto. Este compromisso assumido em conjunto limita as emissões de gases de efeito de estufa nos anos de 2013 a 2020 a 80% das emissões no ano base (que para Portugal é 1990). No conjunto total das Partes ao Protocolo de Quioto, haverá uma redução de 18% das emissões em agregado, comparado com os níveis de 1990.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo ao Tratado para a Antártida sobre a Proteção do Meio Ambiente	4/10/1991	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 53/2014, de 2 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 45/2014 de 19 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 116/14, Série I, de 19 de junho	10/10/2014	Aviso n.º 103/2014, DR n.º 217, Série I, de 10 de novembro	
<b>Descrição:</b> O Protocolo ao Tratado para a Antártida sobre a Proteção do Meio Ambiente, adotado em Madrid em 4 de outubro de 1991, complementa o Tratado para a Antártida, tendo por principal objetivo proteger o ambiente antártico e os ecossistemas que lhe estão associados do impacto negativo de atividades de investigação científica e de turismo. O Protocolo visa promover os valores da preservação ambiental do espaço antártico, abordando temáticas como a fauna e flora antárticas, a gestão de resíduos, a poluição marinha, a ação em caso de emergência, a responsabilidade civil pelos danos provocados no meio ambiente antártico, contemplando questões como o impacto ambiental das atividades a desenvolver, a inspeção de zonas protegidas ou a informação considerada suficiente para uma avaliação prévia fundamentada ou uma decisão esclarecida. O desígnio último deste regime jurídico consiste em criar as condições para que a Antártida se conserve como património da humanidade, hoje e no futuro.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos por Poluição causada por Combustível de Bancas	23/03/2001	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 62/2015, de 2 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 35/2015 de 12 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 113/15, Série I, de 12 de junho	21/10/2015		
<b>Descrição:</b> A Convenção aplica-se exclusivamente aos danos por poluição causados no território (incluindo o mar territorial) de um Estado Parte e na sua zona económica exclusiva, definida de acordo com o direito internacional, bem como às medidas de salvaguarda para prevenir ou minimizar esses danos. Entende-se por danos por poluição qualquer perda ou dano exterior ao navio causado por contaminação resultante da fuga ou descarga de bancas do navio, qualquer que seja o local onde essa fuga ou descarga possa ocorrer. O armador é responsável por pagar as indemnizações pelos danos resultantes da poluição, incluindo os custos de medidas de salvaguarda, mantendo os direitos do armador ou da pessoa ou pessoas que aceitarem o seguro (ou prestarem outra garantia financeira) de limitarem a sua responsabilidade ao abrigo de qualquer regime nacional ou internacional aplicável.					

Convenção Relativa à Proteção Internacional de Adultos	13/01/2000	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 52/2014, de 2 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 44/2014, de 19 de junho <b>Publicação:</b> DR n.º 116/14, Série I, de 19 de junho			
<b>Descrição:</b> A presente Convenção aplica-se, em situações de carácter internacional, à proteção de adultos que, devido a uma deficiência ou insuficiência das suas capacidades pessoais, não estão em condições de defender os seus interesses.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação	28/02/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 134/2013, de 24 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 100/2013, de 9 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 173/13, Série I, de 9 de setembro	14/04/2014	Aviso n.º 35/2014, DR n.º 40, Série I, de 26 de fevereiro	
<p><b>Descrição:</b></p> <p>A criação deste terceiro Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança visa colmatar uma lacuna existente no sistema internacional de proteção dos direitos da criança, passando a permitir a apresentação de queixas individuais por menores de dezoito anos ou pelos seus representantes legais ao Comité das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança quando estejam em causa alegadas violações, pelo Estado, dos direitos consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança e nos seus outros dois Protocolos Facultativos.</p> <p>Este Protocolo tem natureza processual, não criando direitos substantivos nem deveres materiais adicionais aos que já decorrem, para os Estados, da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e dos seus outros dois Protocolos Facultativos e que incluem, desde logo, o dever de respeitar e garantir os direitos aí consagrados.</p>					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo relativo à Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos	17/06/1925	<p><b>Aprovação:</b> Decreto n.º 8/2014 de 21 de março</p> <p><b>Publicação:</b> DR n.º 57/14, Série I, de 21 de março</p>			Aprova a retirada da reserva restante ao Protocolo de Genebra relativo à Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos, assinado em Genebra a 17 de junho de 1925, e aprovado, para ratificação, pelo Decreto n.º 17246, de 20 de agosto de 1929.
<p><b>Descrição:</b> Tendo-se verificado que não subsistem os pressupostos que justificaram a reserva vigente formulada ao Protocolo de Genebra de 1925 pela República Portuguesa, o Governo decide aprovar a retirada da reserva restante.</p> <p>Através do Decreto n.º 17246 de 20 de agosto de 1929, é retirada a reserva formulada no n.º 1 do artigo 1.º, ao Protocolo relativo à Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos, assinado em Genebra, em 17 de junho de 1925, segundo a qual o referido Protocolo não obriga a República Portuguesa senão perante os Estados que o tenham assinado e ratificado ou a ele tenham aderido.</p>					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo de 2002 à Convenção de Atenas sobre o Transporte Marítimo de Passageiros e suas Bagagens por Mar	1/11/2002	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 13/2015 de 14 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 135/15, Série I, de 14 de julho	1/12/2015		A Repúbli- ca Portu- guesa emite uma reserva relativa à li- mitação de responsabi- lidade do transporta- dor por risco de guerra e à obrigação de seguro, com base no mode- lo adotado pelo Comité Jurídico da Organiza- ção Maríti- ma Interna- cional
<b>Descrição:</b> Este Protocolo define os domínios relativos à responsabilidade da transportadora e à obrigatoriedade que sobre esta impende em matéria de constituição de uma garantia financeira. Estabelece ainda o aumento dos limites de responsabilidade civil por perda ou danos a bagagens e veículos, bem como da compensação por morte e danos pessoais, prevendo igualmente situações de imputação de responsabilidade objetiva à transportadora. Além disso, introduz alterações em matéria de reconhecimento e execução de decisões judiciais e incluiu uma cláusula de autoexclusão, que permite aos Estados Parte manter ou fixar limites mais elevados de responsabilidade ou até de responsabilidade ilimitada no caso de transportadoras sujeitas à jurisdição dos seus tribunais.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo de 2005 Relativo à Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (SUA)	14/10/2005	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 77/2015, de 2 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 50/2015, de 8 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 131, Série I, de 8 de julho	30/11/2015		
<b>Descrição:</b> O regime deste Protocolo consubstancia diversas alterações ao nível das normas incriminadoras e dos procedimentos ao texto inicial da Convenção SUA, da qual Portugal faz parte, com o propósito de reforçar a sua eficácia.					

Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Adoção de Um Emblema Distintivo Adicional (Protocolo III)	8/12/2005	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 14/2014, de 10 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 12/2014, de 17 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 33, Série I, de 17 de fevereiro	22/10/2014	Aviso n.º 79/2014, DR n.º 167, Série I, de 1 de setembro	
<b>Descrição:</b> O Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Adoção de Um Emblema Distintivo Adicional (Protocolo III) adotado em Genebra, em 8 de dezembro de 2005, por forma a consolidar a Universidade da Cruz Vermelha, dando resposta à necessidade de ser criado um emblema adicional sem qualquer Conotação Nacionalista, Política ou Religiosa. Posteriormente foi retificado pela Declaração de Retificação n.º 10-A/2014 e Declaração de Retificação n.º 10-B/2014 respetivamente, ambas publicadas no <i>Diário da República</i> , 1.ª Série, n.º 37, de 21 de fevereiro de 2014.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Comercial entre a União Europeia e os Seus Estados Membros, por um lado, e a Colômbia e o Peru, por outro	26/06/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 89-A/2014, de 23 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 98-A/2014, de 6 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 215, Série I, de 6 de novembro			
<b>Descrição:</b> Este Acordo promove o desenvolvimento económico global com o objetivo de reduzir a pobreza, criar novas oportunidades de emprego e melhorar as condições de trabalho, bem como de melhorar o nível de vida nos respetivos territórios através da liberalização e da expansão do comércio e do investimento entre os respetivos territórios. O presente Acordo está em conformidade com o objetivo de desenvolvimento sustentável, designadamente a promoção do progresso económico, o respeito dos direitos dos trabalhadores e a proteção do ambiente, em conformidade com os compromissos internacionais adotados pelas Partes.					

Acordo-Quadro Global de Parceria e Cooperação entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Indonésia, por outro	9/11/2009	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 52/2011, de 23 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 30/2011, de 6 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 56, Série I, de 21 de março	1/05/2014	Aviso n.º 100/2014, DR n.º 216, Série I, de 7 de novembro	
<b>Descrição:</b> O respeito pelos princípios democráticos e dos direitos humanos fundamentais, tal como enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e noutros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos aplicáveis a ambas a Partes, preside às políticas internas e externas de ambas as Partes e constitui um elemento essencial do presente Acordo.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo Adicional ao Acordo de Comércio, Desenvolvimento e Co-ope-ração entre a Co-munidade Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da África do Sul, por outro, para ter em conta a Adesão da República da Croácia à União Europeia	<i>Assinado na Cidade do Cabo, em 12/3/2015, e em Riga, em 27/3/2015</i>	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 7-A/2003, de 5 de dezembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 3-A/2003, de 11 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 35, Série I, de 11 de fevereiro		Aviso n.º 56/2015, DR n.º 162, Série I, de 20 de agosto	
<b>Descrição:</b> O respeito dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais do homem, enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos princípios do Estado de direito, preside às políticas internas e externas da Comunidade e da África do Sul, constitui um elemento essencial do presente Acordo. As Partes reafirmam igualmente o seu empenho no respeito dos princípios da boa governação.					

Protocolo ao Acordo Euro-Mediterrânico que cria uma Associação entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República do Líbano, por outro, a fim de ter em conta a adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca à União Europeia	1/04/2015	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 56-A/2004, de 6 de maio <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 38-B/2004, de 23 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 172, Série I, de 23 de julho	1/04/2006	Aviso n.º 55/2015, DR n.º 162, Série I, de 20 de agosto	
<b>Descrição:</b> Os objetivos do presente Acordo são os seguintes: Proporcionar um enquadramento adequado para o diálogo político entre as Partes, a fim de permitir o reforço das suas relações em todos os domínios que considerem pertinentes; Estabelecer as condições de liberalização progressiva do comércio de bens, de serviços e de capitais; Promover o comércio e assegurar o desenvolvimento de relações económicas e sociais equilibradas entre as Partes, nomeadamente através do diálogo e da cooperação, a fim de favorecer o desenvolvimento e a prosperidade do Líbano e do povo libanês; Promover a cooperação económica, social, cultural, financeira e monetária; Promover a cooperação noutros domínios de interesse comum.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação Para a Proteção das Costas e Águas do Atlântico Nordeste Contra a Poluição	17/10/1990	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 37/1991 de 21 de março <b>Publicação:</b> DR n.º 114/91, Série I - A, de 18 de maio	1/02/2014	Aviso n.º 34/2014, DR n.º 37, Série I, de 21 de fevereiro	
<b>Descrição:</b> O Acordo de Cooperação Para a Proteção das Costas e Águas do Atlântico Nordeste Contra a Poluição, entre o Governo da República Portuguesa, o Governo do Reino de Espanha, o Governo da República Francesa, o Governo do Reino de Marrocos e a Comunidade Económica Europeia, estabelece um modelo de acordo de cooperação regional, à semelhança dos já existentes no quadro Europeu (Acordo de Bona, Convenção de Helsínquia, Convenção de Barcelona e Convenção de Bucareste), com a finalidade de ajudar as Partes Contratantes a responder, de forma cooperativa, rápida e eficaz, a situações de poluição no mar a fim de proteger as suas costas e interesses conexos.					

Protocolo Adicional relativo ao Acordo de Cooperação Para a Proteção das Costas e Águas do Atlântico Nordeste Contra a Poluição	20/05/2008	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 17/2009 <b>Publicação:</b> DR n.º 149/13, Série I, de 4 de agosto	26/12/2013	Aviso n.º 33/2014 DR n.º 37, Série I, de 21 fevereiro	
<b>Descrição:</b> O Protocolo Adicional relativo ao Acordo de Cooperação Para a Proteção das Costas e Águas do Atlântico Nordeste Contra a Poluição tem por objetivo a criação de condições suscetíveis de promover uma célere entrada em vigor do referido Acordo de Cooperação, concluído em Lisboa em 17 de outubro de 1990.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Emendas ao artigo VI e ao parágrafo A do artigo XIV do Estatuto da Agência Internacional de Energia Atômica, adotadas pela 43.ª Conferência Geral da Agência Internacional de Energia Atômica.	1/10/1999	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 122/2013, de 15 de fevereiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 93/2013, de 31 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 146, Série I, de 31 de julho		Aviso n.º 8/2014 DR n.º 7, Série I, de 10 de janeiro	
<b>Descrição:</b> A 43.ª reunião da Conferência Geral da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), realizada em Viena em outubro de 1999, aprovou as Emendas ao artigo VI (composição do Conselho de Governadores da AIEA) e ao parágrafo A. do artigo XIV (substituição da expressão “todos os anos” pela expressão “de dois em dois anos”) do Estatuto da AIEA.					

Convenção do Trabalho Marítimo	23/02/2006	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 4/2015, de 21 de novembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 7/2015, de 12 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 146, Série I, de 31 de julho			
<b>Descrição:</b> A Convenção do Trabalho Marítimo, reúne num só texto a quase totalidade das anteriores convenções e recomendações relativas ao trabalho a bordo de navios da marinha do comércio. Define de forma global e integrada os direitos dos trabalhadores a bordo desses navios, garantindo condições de trabalho e de vida dignas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo relativo à adesão da Comunidade Europeia à Convenção Internacional de Cooperação para a Segurança da Navegação Aérea EUROCONTROL	<i>13/12/1960 e consolidada pelo Protocolo de 27 de junho de 1997</i>	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 134/2015, de 26 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 120/2015, de 8 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 197, Série I, de 8 de outubro			
<b>Descrição:</b> O Protocolo relativo à adesão da Comunidade Europeia à Convenção Internacional de Cooperação para a Segurança da Navegação Aérea Eurocontrol tem por objetivo permitir a adesão da União Europeia à Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea, evolução que constitui um marco importante no sentido da promoção de uma maior cooperação entre estas organizações.					

Acordo de Aplicação da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social	<i>Assinatura ad referendum, a 19/03/2013, pelo Embaixador de Portugal em Madrid</i>	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 20/2014, de 21 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 138, Série I, de 21 de julho	21/7/201	Aviso n.º 28/2015, DR n.º 59/15, Série I, de 25 de março	
<b>Descrição:</b> Este Acordo visa permitir a aplicação da Convenção Multilateral Ibero-americana de Segurança Social (assinada em Santiago do Chile, a 10 de novembro de 2007), na qual Portugal é Parte, através do estabelecimento dos procedimentos de aplicação das respetivas normas. O presente Acordo possibilita, assim, a coordenação entre os sistemas de segurança social dos diferentes Estados e reforça a coesão social e o sentimento de pertença e cidadania num espaço ibero-americano que conta com 600 milhões de pessoas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo sobre Extradicação Simplificada entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, o Reino de Espanha e a República Portuguesa	3/11/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 15/2015, de 9 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 14/2015, de 9 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 27/15, Série I, de 9 de fevereiro	16/09/2015 (entrou em vigor no dia seguinte ao depósito na COMJIB da segunda ratificação)		
<b>Descrição:</b> No acordo, as Partes procuram encontrar soluções conjuntas que permitam criar novos procedimentos ou melhorar os já existentes no âmbito da extradição, de modo a agilizar a sua tramitação, reduzindo as dificuldades e simplificando as regras que regem o seu funcionamento. Decidem, assim, avançar para a criação de um processo simplificado de extradição.					

Acordo Constitutivo do Banco Asiático de Investimento em Infraestrutura	29/06/2015				
<b>Descrição:</b> O presente Acordo estabelece uma nova instituição multilateral de financiamento, que tem por objetivo promover o desenvolvimento económico e a integração regional da Ásia e do Pacífico, contribuindo para o financiamento de parte das necessidades de infraestruturas na região.					

Tratado de Comércio de Armas	2/04/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 76/2014, de 25 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 61/2014, de 18 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 157/14, Série I, de 18 de agosto	24/12/2014	Aviso n.º 98/2014, DR n.º 208/14, Série I, de 28 de outubro	
<b>Descrição:</b> Este Tratado tem por objeto estabelecer as mais rigorosas normas internacionais comuns para regular ou melhorar a regulação do comércio internacional de armas convencionais; Prevenir e erradicar o comércio ilícito de armas convencionais e prevenir o seu desvio; a fim de contribuir para a paz, a segurança e a estabilidade internacionais e regionais; Diminuir o sofrimento humano; Promover a cooperação, a transparência e a atuação responsável dos Estados Partes no comércio internacional de armas convencionais, fomentando assim a confiança entre eles.					

## CONSELHO DA EUROPA

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica	11/05/2011	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 4/2013, de 14 de dezembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 13/2013, de 21 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 14/13, Série I, de 21 de janeiro	1/08/2014	Aviso n.º 37/2013, DR n.º 56/13, Série I, de 20 de março	
<b>Descrição:</b> A Convenção sobre a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres constituiu um importante avanço em matéria da proteção internacional dos direitos das mulheres ao estabelecer um enquadramento para que as autoridades de cada Estado garantam a prevenção, investigação e punição da discriminação e de atos de violência contra as mulheres. Esta Convenção, baseada nos princípios da igualdade e da não discriminação, contém definições atualizadas de violação e de abuso sexual, de violência doméstica, perseguição e assédio sexual, instituindo mecanismos de prevenção e medidas de proteção legal, bem como serviços de apoio a mulheres vítimas de violência doméstica.					

Quarto Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Extradicação	01/12/2014				
<b>Descrição:</b> O Quarto Protocolo altera e complementa uma série de disposições da Convenção Europeia de Extradicação, a fim de adaptá-la às necessidades modernas. Estas disposições dizem respeito, nomeadamente, às questões de decurso de tempo, aos pedidos e documentos de apoio, à regra da especialidade, ao trânsito, à reextradição para um terceiro Estado e aos canais e meios de comunicação.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa	15/05/2003	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 1/2015, de 21 de novembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 1/2015, de 2 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 1/15, Série I, de 2 de janeiro	01/07/2015	Aviso n.º 32/2015, DR n.º 69, de 9 de abril	Declaração nos termos previstos no n.º 2 do artigo 9.º do Protocolo
<b>Descrição:</b> O Protocolo Adicional alarga o âmbito da Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa aos árbitros em matéria comercial, civil e outros, bem como aos jurados, complementando assim as disposições da Convenção que visam a proteção dos tribunais contra a corrupção. No ato de ratificação, Portugal reservou-se o direito de, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 9.º do Protocolo, não sancionar criminalmente as infrações de corrupção de árbitros estrangeiros e de corrupção de jurados estrangeiros previstas nos artigos 4.º e 6.º do Protocolo, com exceção dos casos em que a infração tenha sido cometida, total ou parcialmente, em território português.					

Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina referente aos Testes Genéticos para Fins relacionados com a Saúde	17/03/2015				
<b>Descrição:</b> O Protocolo estabelece princípios relativos à qualidade dos serviços de genética, à informação prévia, e ao consentimento e aconselhamento genético. Ele estabelece as regras gerais sobre a conduta de testes genéticos e especifica as condições em que os testes podem ser realizados em pessoas incapazes de consentir. São também abrangidos a proteção da privacidade e do direito à informação recolhida através de testes genéticos. Por fim, o Protocolo aborda a questão dos testes genéticos.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção do Conselho da Europa sobre a Manipulação de Competições Desportivas	18/09/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 109/2015, de 19 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 92/2015, de 7 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 153/15, Série I, de 7 de agosto		Aviso n.º 83/2015, DR n.º 231, de 25 de novembro	Declaração sobre a aplicação das normas de competência estabelecidas na alínea d) do n.º 1 do artigo 19.º da Convenção
<b>Descrição:</b> A Convenção tem como finalidade a luta contra a manipulação de competições desportivas, a fim de proteger a integridade do desporto e da ética desportiva, em conformidade com o princípio da autonomia do desporto. Os seus principais objetivos são a prevenção, deteção e sanção da manipulação nacional ou transnacional de competições desportivas nacionais e internacionais e a promoção da cooperação nacional e internacional contra a manipulação de competições desportivas entre as autoridades públicas competentes e entre as entidades envolvidas no desporto e nas apostas desportivas. Portugal formulou uma reserva relativamente às competências previstas na alínea d) do n.º 1 do artigo 19.º, indicando que não aplicaria as normas de competência aí estabelecidas, em virtude de a legislação penal portuguesa estabelecer critérios de competência mais rigorosos e abrangentes.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Sexto Protocolo Adicional ao Acordo Geral sobre os Privilégios e Imunidades do Conselho da Europa	5/03/1996	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 19/2015, de 9 de janeiro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 19/2015, de 20 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 36/15, Série I, de 20 de fevereiro	14/05/2015	Aviso n.º 36/2015, DR n.º 102, I Série, de 27 de maio	
<b>Descrição:</b> O Sexto Protocolo ao Acordo Geral sobre Privilégios e Imunidades do Conselho da Europa consagra, num único documento, as disposições dos Quarto e Quinto Protocolos ao Acordo Geral sobre os Privilégios e Imunidades do Conselho da Europa, referentes ao regime de privilégios e imunidade dos juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O Sexto Protocolo não contém qualquer alteração substantiva relativamente ao regime anterior, decorrendo antes de meras exigências de readaptação formal resultantes da entrada em vigor do Protocolo nº 11 à Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais. Este último, por sua vez, reestrutura os mecanismos de controlo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, substituindo a Comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por um único Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, numa base permanente.					

Protocolo Adicional à Carta Europeia de Autonomia Local sobre o direito de participar nos assuntos das autarquias locais	26/05/2015				
<b>Descrição:</b> O Protocolo Adicional complementa a Carta Europeia de Autonomia Local sobre o direito de participar nos assuntos das autarquias locais, determinando que as Partes tomem as medidas para facilitar o exercício e a aplicação do direito de participar nos assuntos das autarquias locais. O Protocolo também determina que sejam tomadas medidas para assegurar que a integridade ética e a transparência do exercício dos poderes e das responsabilidades das autoridades locais não sejam postos em causa pelo exercício desse direito.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças	25/01/1996	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 7/2014, de 13 de dezembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 3/2014, de 27 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 18/14, Série I, de 27 de janeiro	1/07/2014	Aviso n.º 50/2014, DR n.º 79/14, Série I, de 23 de abril	Declaração nos termos do n.º 4 do artigo 1.º da Convenção, sobre as cate- gorias de pro- cessos de fa- mília perante uma autori- dade judicial às quais se deve aplicar a Convenção.

**Descrição:**

Esta Convenção é de natureza processual e tem por objetivo promover o exercício dos direitos da criança, garantindo-lhe o acesso à informação e à participação em processos judiciais com elas relacionados.

Entre as medidas processuais que se destinam a assegurar o exercício dos direitos das crianças em processos judiciais encontram-se as questões familiares, adoção, regulação do poder paternal, direito à proteção contra a violência e o abuso, direito à educação, e assistência médica e de representação dos processos familiares. De especial interesse para a criança estão os relativos à custódia, residência, direito de visita, questões de filiação, adoção, tutela, administração de bens, assistência educativa, regulação do poder paternal, proteção contra tratamentos cruéis e degradantes e tratamentos médicos.

Portugal formulou uma declaração à Convenção, nos termos do n.º 4 do seu artigo 1.º, indicando que as categorias de processos de família perante uma autoridade judicial às quais se deve aplicar a Convenção são os processos de adoção, os processos de promoção e proteção de crianças e jovens e os processos tutelares cíveis.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo	16/05/2005	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 101/2015, de 19 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 74/2015, de 23 de julho <b>Publicação:</b> DR n.º 142/15, Série I, de 23 de julho	1/12/2015	Aviso n.º 79/2015, DR n.º 221/15, Série I, de 11 de novembro	
<b>Descrição:</b> A Convenção visa melhorar os esforços desenvolvidos pelos Estados na prevenção do terrorismo e dos seus efeitos nefastos no pleno gozo dos direitos humanos, em particular do direito à vida, através de medidas a adotar a nível nacional e no âmbito da cooperação internacional, tendo em consideração os tratados ou os acordos bilaterais e multilaterais em vigor, aplicáveis entre as Partes.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo à Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo	15/05/2003	<p><b>Aprovação:</b> RAR n.º 133/2015, de 22 de julho</p> <p><b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 118/2015, de 7 de outubro</p> <p><b>Publicação:</b> DR n.º 196/15, Série I, de 7 de outubro</p>		<p>Aviso n.º 85/2015, DR n.º 244/15, Série I, de 15 de dezembro</p>	<p>1- Reserva similar à reserva efetuada aquando da ratificação da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo</p> <p>2 - Reserva referente ao n.º 4 do artigo 13.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo</p>
<p><b>Descrição:</b></p> <p>O Protocolo visa aumentar a eficácia da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo através de várias medidas, designadamente do reforço do acompanhamento da aplicação da Convenção, da revisão do regime das reservas à Convenção e da abertura da Convenção à assinatura de todos os Estados interessados. O Protocolo institui também um procedimento simplificado que permite uma atualização da lista de infrações que não são consideradas infrações políticas, infrações conexas a infrações políticas ou infrações inspiradas por móbil político.</p> <p>Portugal formulou, na ratificação, uma reserva e uma declaração, nomeadamente que não aceita a extradição como Estado requerido quando as infrações sejam punidas com a pena de morte ou com penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com caráter perpétuo no Estado requerente; e que aceita o disposto no n.º 4 do artigo 13.º da Convenção para a Repressão do Terrorismo, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, que impõe, para que a alteração vigore na ordem jurídica interna, a sua prévia ratificação e publicação oficial.</p>					

## UNIÃO EUROPEIA

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Estabilização e de Associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Sérvia, por outro	29/4/2008	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 26/2011, de 1 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 16/11, de 24 de fevereiro <b>Publicação:</b> DR n.º 39/11, Série I, de 24 de fevereiro	1/09/2013	Aviso n.º 101/2014,  DR n.º 216/14, Série I, de 7 de novembro	
<b>Descrição:</b> O Acordo institui uma associação entre as Partes e tem por objetivos apoiar os esforços envidados pela Sérvia no sentido de reforçar a democracia e o Estado de direito; contribuir para a estabilidade política, económica e institucional da Sérvia, assim como para a estabilização da região; proporcionar um enquadramento adequado para o diálogo político, que permita o estreitamento das relações políticas entre as Partes; apoiar os esforços envidados pela Sérvia no sentido de desenvolver a sua cooperação económica e internacional, nomeadamente através da aproximação da sua legislação da legislação comunitária; apoiar os esforços envidados pela Sérvia no sentido de concluir a transição para uma economia de mercado efetiva; promover relações económicas harmoniosas e desenvolver gradualmente uma zona de comércio livre entre a Comunidade e a Sérvia; e, finalmente, promover a cooperação regional em todos os sectores abrangidos pelo presente Acordo.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Relativo ao Tribunal Unificado de Patentes	19/02/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 108/2015, de 10 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 90/15, de 6 de agosto <b>Publicação:</b> DR n.º 152/15, Série I, de 6 de agosto			

**Descrição:**

O presente Acordo, assinado pela República Portuguesa na data da abertura para assinatura, institui um Tribunal Unificado de Patentes que vem permitir que as empresas europeias deixem de ter de litigar a sua patente em vários países, na medida em que as suas decisões judiciais produzirão efeitos em todo o território da União Europeia.

Com este Tribunal evita-se custos acrescidos para os utilizadores ativos do sistema de patentes, em especial para as Pequenas e Médias Empresas e garante-se uma maior certeza jurídica, na medida em que se evitarão decisões contraditórias emitidas por diversos tribunais nacionais sobre a mesma patente.

Os interesses e as preocupações que determinaram a conceção e criação da patente unitária reclamam uma jurisdição unificada, com vista a garantir a segurança jurídica do sistema, pelo que, tendo em vista este objetivo, o Tribunal Unificado de Patentes será dotado de competência exclusiva para a resolução de litígios respeitantes a patentes europeias com e sem efeito unitário, promovendo-se, do mesmo passo, a uniformização da jurisprudência e a especialização dos juízes numa área de reconhecida complexidade.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Quadro entre a União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Coreia, por outro	10/05/2010	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 3/2012, de 4 de novembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 17/12, de 13 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 10/12, Série I, de 13 de janeiro	1/06/2014	Aviso n.º 70/2014, DR n.º 130/14, Série I, de 9 de julho	
<b>Descrição:</b> As Partes confirmam a sua adesão aos princípios democráticos, aos direitos humanos e liberdades fundamentais e ao Estado de Direito. O respeito pelos princípios democráticos e pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e noutros instrumentos internacionais relevantes em matéria de direitos humanos, que refletem o princípio do Estado de direito, preside à política nacional e internacional das duas Partes e constitui um elemento essencial do presente Acordo.					



DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Interno entre os Representantes dos Governos dos Estados-membros da União Europeia, reunidos no Conselho, relativo ao Financiamento da Ajuda concedida pela União Europeia no âmbito do quadro financeiro plurianual para o período 2014-2020, em conformidade com o Acordo de Parceria ACP-UE, bem como à Concessão de Assistência Financeira aos Países e Territórios Ultramarinos aos quais se aplica a Parte IV do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia	24 e 26/6/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 98/2014, de 23 de outubro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 107/14, de 24 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 227/14, Série I, de 24 de novembro			
<b>Descrição:</b> O presente Acordo é celebrado pelo mesmo período que o quadro financeiro plurianual para o período 2014-2020, anexo ao Acordo de Parceria ACP-UE, e que a Decisão de Associação Ultramarina (2014-2020). No entanto, não obstante o artigo 1.º, n.º 4, o presente Acordo mantém-se em vigor enquanto tal se afigurar necessário para que possam ser integralmente executadas todas as operações financiadas ao abrigo do Acordo de Parceria ACP-UE, da Decisão de Associação Ultramarina e do quadro financeiro plurianual.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo-Quadro Global de Parceria e Cooperação entre a União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República das Filipinas, por outro	11/07/2012	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 3/2014, de 13 de dezembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 2/14, de 16 de janeiro <b>Publicação:</b> DR n.º 11/14, Série I, de 16 de janeiro			
<p><b>Descrição:</b> Reconhecendo a importância atribuída pelas Partes aos princípios e regras que regem o comércio internacional, constantes, nomeadamente, do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), e à necessidade de os aplicar de maneira transparente e não discriminatória; Confirmando o seu desejo de reforçar, em plena conformidade com as atividades empreendidas num quadro regional, a cooperação entre as Partes com base em valores comuns e no benefício mútuo: O respeito dos princípios democráticos e os direitos humanos, tal como enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e noutros instrumentos internacionais relevantes em matéria de direitos humanos dos quais as Partes sejam partes contratantes, e o respeito do princípio do Estado de Direito presidem às políticas internas e externas de ambas as Partes e constituem um elemento essencial do presente Acordo.</p>					

Acordo de Cooperação relativo a um Sistema Mundial de Navegação por Satélite (GNSS) para Utilização Civil entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros e o Reino de Marrocos	12/12/2006	<b>Aprovação:</b> Decreto n.º 29/2007, de 28 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 229, Série I, de 28 de novembro	1/03/2015	Aviso n.º 29/2015, DR n.º 60/15, Série I, de 26 de março	
<p><b>Descrição:</b> O Acordo tem por objetivo promover, facilitar e reforçar a cooperação entre as Partes no âmbito das contribuições da União Europeia e de Marrocos para um sistema mundial de navegação por satélite (GNSS) para utilização civil.</p>					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo-Quadro de Parceria e Cooperação entre a União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a Mongólia, por outro	30/04/2013	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 90/2014, de 26 de setembro <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 100/14, de 11 de novembro <b>Publicação:</b> DR n.º 218/14, Série I, de 11 de novembro			
<b>Descrição:</b> No intuito de reforçar as suas relações bilaterais, as Partes comprometem-se a manter um diálogo abrangente e a promover o aprofundamento da sua cooperação em todos os setores de interesse comum. Esses esforços visarão especialmente: Estabelecer uma cooperação sobre questões políticas e económicas em todas as instâncias e organizações regionais e internacionais pertinentes; Estabelecer uma cooperação em matéria de luta contra crimes graves que preocupam a comunidade internacional; Estabelecer uma cooperação em matéria de luta contra a proliferação de armas de destruição maciça e de armas ligeiras e de pequeno calibre.					

Protocolo ao Acordo-Quadro Global de Parceria e Cooperação entre a União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e a República Socialista do Vietname, por outro, a fim de ter em conta a adesão da República da Croácia à União Europeia	19/11/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 138/2013, de 24 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 108/13, de 13 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 177/13, Série I, de 13 de setembro		Aviso n.º 52/2015, DR n.º 160/15, Série I, de 18 de agosto	
<b>Descrição:</b> A República da Croácia adere, como Parte, ao Acordo-Quadro Global de Parceria e Cooperação entre a União Europeia e os seus Estados Membros, por um lado, e a República Socialista do Vietname, por outro, assinado em Bruxelas em 27 de junho de 2012, adotando e incorporando do mesmo modo que os outros Estados membros da União Europeia o texto do Acordo, bem como as declarações que se lhe referem.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo Relativo à Transfe- rência e Mutualização das Contribuições para o Fundo Único de Resolução	21/05/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 129/2015, de 22 de julho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 100/15, de 3 de setembro <b>Publicação:</b> DR n.º 172/15, Série I, de 3 de setembro			
<b>Descrição:</b> O Acordo, celebrado no âmbito da União Europeia, estabelece entre os Estados Membros signatários a obrigação de transferir para o Fundo Único de Resolução, criado pelo Regulamento (UE) N° 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, as contribuições dos bancos nacionais, criadas em conformidade com o regime estabelecido pelo mesmo regulamento.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Decisão do Conselho de 26 de maio de 2014 relativa ao sistema de recursos próprios da União Europeia (2014/335/UE, EURATOM)	26/05/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 132/2015, de 19 de junho <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 119/15, de 7 de outubro <b>Publicação:</b> DR n.º 196/15, Série I, de 7 de outubro			
<p><b>Descrição:</b>  A Decisão adapta o sistema de recursos próprios em vigor em função das alterações introduzidas pelas conclusões do Conselho Europeu no domínio do financiamento, nomeadamente no que respeita:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– à retenção na fonte dos recursos próprios tradicionais a título de encargos de cobrança – que foi reduzida de 25 para 20%</li> <li>– ao recurso IVA – no período 2014-2020, a Alemanha, os Países Baixos e a Suécia têm taxa de mobilização do IVA de 0,15% (foi mantida a taxa normal de 0,30% e o nivelamento da matéria coletável a 50% do RNB).</li> <li>– ao recurso RNB –no período 2014-2020, a Dinamarca, os Países Baixos e a Suécia beneficiam de reduções anuais ilíquidas respetivamente de 130 milhões de euros, 695 milhões de euros, 185 milhões de euros; a Áustria beneficia de uma redução ilíquida de 30 milhões de euros em 2014, 20 milhões de euros em 2015 e 10 milhões de euros em 2016.</li> </ul> <p>Esta decisão constitui o instrumento jurídico indispensável para que a União Europeia possa dispor dos recursos necessários ao financiamento do seu orçamento e à execução das suas políticas.</p>					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Associação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica e os seus Estados-membros, por um lado, e a Geórgia, por outro	27/06/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 54/2015, de 2 de abril <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 32/15, de 22 de maio <b>Publicação:</b> DR n.º 99/15, Série I, de 22 de maio			
<b>Descrição:</b> Os objetivos globais da Associação centram-se na promoção de uma aproximação gradual entre as Partes, com base em valores comuns; no aprofundamento do diálogo político; na promoção, preservação e reforço da paz e da estabilidade nas suas dimensões regional e internacional; na criação de condições para o reforço das relações económicas e comerciais que permitam à Geórgia obter gradualmente acesso a partes do mercado interno da UE; no reforço da cooperação no domínio da Justiça, Liberdade e Segurança (JLS), com o objetivo de fortalecer o Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; e na criação de condições para uma cooperação cada vez mais estreita noutros domínios de interesse mútuo. A Zona de Comércio Livre Aprofundada e Abrangente (ZCLAA) consagrada no Acordo estabelece a supressão dos direitos de importação em praticamente todos os setores, abertura nos serviços e investimento, proporcionando simultaneamente um forte quadro vinculativo de proibição de todas as medidas arbitrárias restritivas do comércio, incluindo os direitos de exportação e as restrições quantitativas à exportação. No que se refere à liberdade de estabelecimento, a criação da ZCLAA prevê o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida de empresas, embora com um número limitado de reservas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Associação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atómica e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Moldávia, por outro	27/06/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 40-A/2015, de 20 de março <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 29-A/2015, de 22 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 78/15, Série I, de 22 de abril	8/10/2015		

**Descrição:**

Os objetivos globais da Associação centram-se na promoção de uma aproximação gradual entre as Partes, com base em valores comuns; no aprofundamento do diálogo político; na promoção, preservação e reforço da paz e da estabilidade nas suas dimensões regional e internacional; na criação de condições para o reforço das relações económicas e comerciais que permitam à República da Moldávia obter gradualmente acesso a partes do mercado interno da UE; no reforço da cooperação no domínio da Justiça, Liberdade e Segurança (JLS), com o objetivo de fortalecer o Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; e na criação de condições para uma cooperação cada vez mais estreita noutros domínios de interesse mútuo. A Zona de Comércio Livre Aprofundada e Abrangente (ZCLAA) consagrada no Acordo estabelece a supressão dos direitos de importação em praticamente todos os setores, abertura nos serviços e investimento, proporcionando simultaneamente um forte quadro vinculativo de proibição de todas as medidas arbitrárias restritivas do comércio, incluindo os direitos de exportação e as restrições quantitativas à exportação. No que se refere à liberdade de estabelecimento, a criação da ZCLAA prevê o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida de empresas, embora com um número limitado de reservas.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Associação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atómica e os Seus Estados-membros, por um lado, e a Ucrânia, por outro	27/06/2014	<b>Aprovação:</b> RAR n.º 41-A/2015, de 20 de março <b>Ratificação:</b> Decreto PR n.º 30-A/2015, de 23 de abril <b>Publicação:</b> DR n.º 79/15, Série I, de 23 de abril			
<b>Descrição:</b> Os objetivos globais da Associação centram-se na promoção de uma aproximação gradual entre as Partes, com base em valores comuns; no aprofundamento do diálogo político; na promoção, preservação e reforço da paz e da estabilidade nas suas dimensões regional e internacional; na criação de condições para o reforço das relações económicas e comerciais que permitam à Ucrânia obter gradualmente acesso a partes do mercado interno da UE; no reforço da cooperação no domínio da Justiça, Liberdade e Segurança (JLS), com o objetivo de fortalecer o Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; e na criação de condições para uma cooperação cada vez mais estreita noutros domínios de interesse mútuo. No que respeita à Zona de Comércio Livre Aprofundada e Abrangente (ZCLAA) consagrada no Acordo está prevista a supressão dos direitos de importação em praticamente todos os setores, abertura nos serviços e investimento, proporcionando simultaneamente um forte quadro vinculativo de proibição de todas as medidas arbitrárias restritivas do comércio, incluindo os direitos de exportação e as restrições quantitativas à exportação. No que se refere à liberdade de estabelecimento, a criação da ZCLAA prevê o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida de empresas, embora com um número limitado de reservas.					



**IV.**  
**BIBLIOGRAFIA SOBRE**  
**DIREITO INTERNACIONAL**



## IV -BIBLIOGRAFIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL<sup>701</sup>

### I. Monografias:

Azeredo Lopes, José Alberto; Fernández Sánchez, Pablo Antonio (org.) (2015). *Jurisdições Internacionais e Evolução da Ordem Internacional*, Porto: Universidade Católica Editora.

Brito, Wladimir, (2014). *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora

Becker-Weinberg, Vasco, (2014). *Joint Development of Hydrocarbon Deposits in the Law of the Sea*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Daehnhard, Rainer, Ferreira, J.J. Brandão, Coutinho, Almirante Gago e Vasconcelos, Ernesto (2014). *As nossas ilhas Selvagens disputadas no jogo geoestratégico*, Lisboa.

Duarte, Maria Luísa (2014). *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Coimbra Editora.

Graça, Pedro Quartin ou José, Pedro Q G Simão, (2014). *A importância das ilhas no quadro das políticas e do direito do mar - Ocaso das Selvagens*, Lisboa : Chiado Editora

Pereira Coutinho, Francisco; Kowalski. Mateus (org.) (2014). *As Fronteiras Luso-Espanholas: Das Questões de Soberania aos Fatores de União*, Lisboa: Instituto Diplomático.

Ribeiro, Marta Chantal (coord.) (2014). *30 Anos da Assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Proteção do Ambiente e o Futuro do Direito do Mar*, Coimbra Editora.

---

<sup>701</sup> As referências aqui listadas dizem respeito a monografias e artigos científicos na área do Direito Internacional Público, publicadas em publicações portuguesas independentemente da nacionalidade do autor, publicadas em publicações estrangeiras por autores portugueses ou por investigadores integrados em unidades de investigação portuguesas independentemente da sua nacionalidade. A lista não pretende ser exaustiva nem ser uma seleção qualitativa de publicações. Os autores que assim o desejarem podem comunicar uma publicação para referência no Anuário Português de Direito Internacional.

Tavares, Maria Isabel (2015). *Guerra e Responsabilidade - A intervenção militar no Iraque em 2003*, Universidade Católica.

Vale Pereira, Maria de Assunção (2014). *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra Editora.

Vaz Patto, Susana; Madureira, João; Kowalski, Mateus (org.) (2015). *A Participação de Portugal no Conselho de Segurança das Nações unidas 2011-2012*, Lisboa: Instituto Diplomático.

## **II. Artigos em Revistas Científicas:**

Serenó, Amparo, (2014). *Gibraltar, Perejil e agora também as Selvagens. Será viável a cooperação luso-espanhola face ao «novo Direito do Mar»?*. Lisboa: Revista científica eletrónica Maria Scientia.

Vieira, Alberto, (2015). O arquipélago das selvagens. Um mundo de ilhas portuguesa com história. *Anuario de Estudios Atlánticos*, nº 61: 061-006. <http://anuariosatlanticos.casadelcolon.com/index.php/aea/article/view/9306>

Brito, José de Sousa e (2014). *As normas peremptórias em direito internacional público e a questão do que é o direito*, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Coimbra, a.15 n.26-27, p.21-28.

Silveira, Caetano F.A. (2014). *A pirataria marítima no período clássico do direito internacional*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v.55 n.1-2, p.353-363.

Sampaio, Jorge Silva (2014). *Do direito internacional do ambiente à responsabilidade ambiental e seus meios de efetivação no âmbito do direito internacional*, O Direito, Coimbra, a.146 n.2, p405-467.

Saraiva, Rute (2014). *“Frankenorganismos”: os organismos geneticamente modificados (OGM) no Direito Internacional, entre a precaução e o desenvolvimento sustentado*, Direito(s) dos riscos tecnológicos / coordenação de Carla Amado Gomes, Lisboa: AAFDL - p.535-590

Teles, Patricia Galvão (2015). “Segurança Ambiental e Ordem Internacional - O Direito Internacional em constante tensão e inovação”, in P. A. Fernandez Sánchez et al, *Seguridad medioambiental Y orden internacional: IV Encuentro Luso-Español de Profesores de Derecho Internacional Público Y Relaciones Internacionales*, Atelier, Barcelona, 17-39.

Teles, Patrícia Galvão (2014-2015). “O tribunal Penal Internacional e a evolução da ideia do combate à impunidade: uma avaliação 15 anos após a Conferência de Roma”, *Janus. Net* 5/2.





