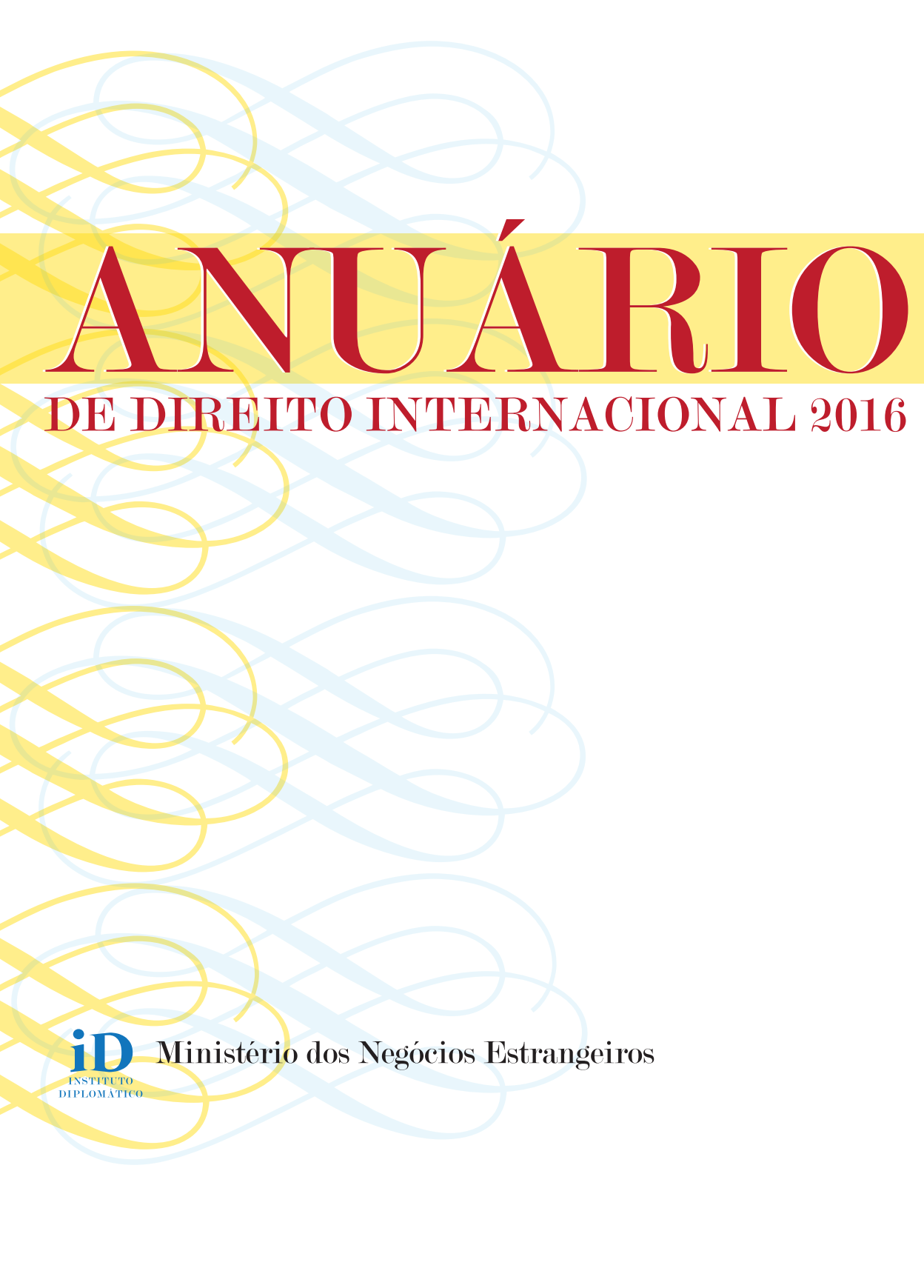




ANUÁRIO

DE DIREITO INTERNACIONAL 2016



Ministério dos Negócios Estrangeiros

MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS

**ANUÁRIO PORTUGUÊS
DE DIREITO INTERNACIONAL
2016**



**LISBOA
2017**

TÍTULO

ANUÁRIO PORTUGUÊS DE DIREITO INTERNACIONAL – 2016

CONSELHO EDITORIAL

SUSANA VAZ PATTO

JOSÉ FREITAS FERRAZ

MATEUS KOWALSKI

DORA MARTINS

EDIÇÃO CONJUNTA

DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS E 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

350 exemplares

PREÇO

10 euros

OUTUBRO 2017

ÍNDICE

Prefácio	11
Agradecimentos	13
Lista de Autores	15

I. DOUTRINA

1. Diálogo doutrinal: “Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict”	21
i. The Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict: An Introduction (<i>Dapo Akande e Emanuela-Chiara Gillard</i>)	23
ii. International Humanitarian Law and Humanitarian Assistance – Legal issues concerning Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict (<i>Patrícia Galvão Teles</i>)	39
2. Dossier Temático: Privilégios e Imunidades	53

i. Responsabilidade dos membros das missões diplomáticas e seus familiares por factos ilícitos praticados no estado acreditador (<i>Susana Vaz Patto e Marta Saraiva</i>)	55
ii. Imunidade de jurisdição penal de altos funcionários de um Estado pela prática de crimes graves de relevância internacional (<i>Inês Matos</i>)	71
iii. The privileges and immunities of the United Nations: some challenges after 70 years of existence (<i>Fanny Schaus</i>)	87
3. Extra Dossier	103
Humanitarian Actors' Engagement with Accountability Mechanisms in Situations of Armed Conflict: Workshop Report (<i>Emanuela-Chiara Gillard e Dapo Akande</i>)	105

II. AÇÃO EXTERNA

1. Discursos de Portugal na 6ª Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas na 71ª Sessão	135
i. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (<i>Cristina Pucarinho</i>)	135
ii. Diplomatic Protection (<i>Cristina Pucarinho</i>)	139
iii. Report of the International Law Commission on the work of sixty eight session (Cluster 1 – <i>Susana Vaz Patto</i> ; Cluster 2 – <i>Patrícia Galvão Teles</i> ; Cluster 3 – <i>Susana Vaz Patto</i>)	141
2. Discurso de Portugal na Assembleia Geral das Nações Unidas na 71ª Sessão relativo ao Tribunal Internacional de Justiça (<i>Patrícia Galvão Teles</i>)	153
3. Discurso de Portugal na 15ª Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (<i>Susana Vaz Patto</i>)	155

III. JURISPRUDÊNCIA

1. Jurisprudência dos Tribunais Internacionais (Tribunal Internacional de Justiça, Tribunal Permanente de Arbitragem e Tribunal Internacional do Direito do Mar)	159
Nota Introdutória (<i>Patrícia Galvão Teles</i>)	159
i. Tabela dos Casos perante Tribunais Internacionais em 2016	161
ii. Obrigações concernentes às negociações relativas à interrupção da corrida ao armamento nuclear e ao desarmamento nuclear – Ilhas Marshall <i>versus</i> Reino Unido, Paquistão e Índia – Decisão quanto às exceções preliminares (<i>Joana Ferreira</i>)	165
iii. Imunidades e Procedimentos Criminais (Guiné Equatorial c. França) – Decisão sobre medidas provisórias (<i>Francisca Balhau</i>)	175
iv. Arbitragem do Mar do Sul da China – República das Filipinas c. República Popular da China – Decisão (<i>Pedro Gonçalo Farmhouse</i>)	183
v. Conciliação entre Timor-Leste e a Austrália – Decisão quanto à competência da Comissão de Conciliação (<i>Francisca Balhau</i>)	191
2. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ..	199
i. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos / Caso Soares de Melo c. Portugal (<i>Maria de Fátima Carvalho</i>)	199
ii. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: Lista de casos em 2016	205
3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	207
O Tribunal de Justiça (Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 28 de julho de 2016, no processo C-660/13- Conselho da União Europeia – Comissão Europeia) (<i>Alexandra Pimenta, Luísa Medeiros e Miguel Figueiredo</i>)	207

4. Jurisprudência anotada dos tribunais da União Europeia sobre Casos Portugueses (Coordenação – Francisco Pereira Coutinho)	221
i. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 15 de setembro de 2016 – <i>Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira</i> (C-516/14) (Gustavo Gramaxo Rozeira)	227
ii. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 13 de julho de 2016 – <i>Brisal – Auto estradas do Litoral, SA e KBC Finance Ireland c. Fazenda Pública</i> (C-18/15) – (João Sérgio Ribeiro)	237
iii. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 7 de julho de 2016 – <i>Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal</i> (C-46/15) (Ricardo Pedro)	257
iv. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção) de 16 de junho de 2016 – Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia relativo ao Imposto sobre Veículos – (C-200/15) (Manuel Teixeira Fernandes e Tânia Carvalhais Pereira)	269
v. Questão Prejudicial e “Interesse Transfronteiriço Certo” – Comentário ao Despacho do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 7 de julho de 2016 – <i>Município de Vila Pouca de Aguiar c. Sá Machado & Filhos, SA</i> (C-214/15) (Miguel Mota Delgado)	281
vi. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 22 de junho de 2016 – “ <i>Comissão Europeia c. República Portuguesa</i> ” – (C-557/14) (Tiago de Melo Cartaxo)	291

IV. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

1. Convenções Bilaterais	317
2. Convenções Multilaterais	331

V. BIBLIOGRAFIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL	351
---	-----

PREFÁCIO

A complexidade é uma marca evidente da sociedade internacional contemporânea. São múltiplos os atores relevantes da nossa geopolítica, dos Estados e das organizações internacionais aos atores não estatais e às redes de diversa natureza e alcance. São múltiplas as crises políticas, militares, humanitárias e de segurança, algumas assumindo mesmo proporções catastróficas. Nunca foi tão forte a interdependência das pessoas, dos lugares e dos acontecimentos. A globalização exige uma nova percepção e gestão do tempo; e obriga à constante reiteração dos princípios norteadores da nossa ação.

Relativamente ao primeiro elemento – o tempo –, a urgência dos acontecimentos e a pressão do imediatismo pode ferir a capacidade de tomar decisões que vão além de uma *realpolitik* de curto-médio prazo. No que respeita ao segundo – os princípios –, a falta daquele mesmo tempo para avaliação e construção estratégica, o unilateralismo e a influência dos interesses imediatos e díspares, além da pressão mediática, levam frequentemente a decisões e ações desprovidas de referentes axiológicos claros e de uma visão estratégica para um horizonte de longo prazo.

Ora, nestas circunstâncias, o direito internacional constitui um apoio e um enquadramento decisório muitíssimo importante. Com todas as suas insuficiências, certamente; mas ele constitui um referencial ético-normativo forte e relativamente estável, podendo e devendo funcionar como farol para as decisões e ações que temos de tomar, seja no contexto de conflitos armados e crises humanitárias, seja perante violações de direitos humanos ou crises económicas.

O direito internacional é construído em torno de valores e princípios que a sociedade internacional foi aceitando como comuns. Desse ponto de vista, é ele próprio um dos pilares em que assenta a compreensão do conjunto dos Estados e nações como uma única comunidade planetária. É, pois, vantajoso que este acervo axiológico traduzido em normas seja convocado para informar, num plano interdisciplinar, qualquer tomada de decisões. Vantagem que não diminui, antes aumenta, quando, como sucede amiúde, a falta de tempo e a pressão dos interesses de ocasião dificultam a decisão, induzem a sua degradação em mera gestão imediatista de interesses ou fazem mesmo atropelar valores e princípios fundamentais.

Em 1925, já lá vai quase um século, Nicolas Politis afirmou perentoriamente que “o desenvolvimento do direito internacional é a pedra angular da paz”. Esta e outras afirmações semelhantes têm um sentido histórico, associadas como estão à ideia, muito forte no pós-Grande Guerra, de que seria possível estabelecer uma paz internacional regulamentada e, logo, potencialmente perpétua. Os acontecimentos subsequentes mostrariam o muito que havia de ingenuidade nessa ideia. Mas a verdade é que ela encerra igualmente uma verdade intemporal: não há paz duradoura sem justiça; não há paz duradoura sem normas jurídicas que regulem a sociedade internacional. Quanto mais complexas e dissimétricas se tornam as relações sociais, mais e melhor normatividade e mais e melhores mecanismos de aplicação são necessários. E esta normatividade, os valores em que se funda e as aplicações em que se realiza devem ser observados pelos atores políticos e sociais como referencial do seu comportamento.

O direito internacional, importante e dinâmico domínio das ciências jurídicas, é, pois, também um tema relevante da política externa. O seu desenvolvimento harmonioso e o respeito pelos seus princípios e normas são um foco prioritário na ação externa do Estado Português. E o Anuário Português de Direito Internacional insere-se nesta linha estratégica. Foi assim que começou e é assim que se tem paulatinamente afirmado como uma referência no âmbito doutrinal.

Ele é um espaço de diálogo e difusão de pensamento e de prática, que congrega autores de diferentes contextos profissionais, abordagens teóricas e proveniências geográficas. A todos é devido um agradecimento pelos respetivos contributos. Aos leitores, razão de ser de tudo o que sai do prelo, agradece-se o interesse, esperando que aqui encontrem utilidade e proveito.

Augusto Santos Silva
Ministro dos Negócios Estrangeiros

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 comentários que em muito concorreram para a diversidade e qualidade desta edição.

LISTA DE AUTORES:

Alexandra Pimenta – Diretora de Serviços da Direção de Serviços dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

David Ribeirinho Alves – Mestrando em Direito e Prática Jurídica, Especialidade de Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Dapo Akande – Professor of Public International Law, Co-Director, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, University of Oxford; Co-Director, Oxford Martin Programme on Human Rights for Future Generations, University of Oxford; Yamani Fellow, St Peter's College, Oxford.

Emanuela-Chiara Gillard – Senior Research Fellow, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, University of Oxford; Research Fellow, Individualization of War Project, European University Institute; Research Associate, Oxford Martin Programme on Human Rights for Future Generations, University of Oxford.

Fanny Schaus – Associate Legal Officer, United Nations Office of Legal Affairs.

Francisca Balhau – Licenciatura em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Pós Graduação em Direitos Humanos no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Auditora no curso de Direito Internacional Público na Hague

Academy of International Law. Mestranda em Direito Internacional e Relações Internacionais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

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

Gustavo Gramaxo Rozeira – Professor Auxiliar, Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Investigador do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto.

Inês Matos – Técnica superior no Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Joana Massano Ferreira – Mestre em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

João Sérgio Ribeiro – Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Lúsa Medeiros – Técnica superior na Direção de Serviços dos Assuntos Jurídicos da Direção-Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

Manuel Teixeira Fernandes – Licenciado em Economia e em Direito. Diretor, aposentado, dos Serviços dos Impostos sobre os Óleos Minerais e os Veículos Automóveis na ex-DGAIEC do Ministério das Finanças. Árbitro do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) em matéria de impostos indirectos. Autor de várias obras e artigos em matéria de impostos indirectos, coautor do *Código dos Impostos Especiais de Consumo Anotado e Atualizado*, Coimbra Editora 2011, e do *Imposto Sobre Veículos e Imposto Único de Circulação, Códigos Anotados*, Coimbra Editora 2009.

Maria de Fátima da Graça Carvalho – Procuradora-Geral Adjunta e Agente do Governo português junto do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Miguel Figueiredo – Chefe de Divisão da Direção de Serviços de Assuntos Jurídicos da Direção-geral dos Assuntos Europeus. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

Marta Saraiva – Terceira-Secretária de Embaixada, Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2009), LL.M Law in a European and Global Context, pela Católica Global School of Law da Universidade Católica Portuguesa (2013).

Miguel Mota Delgado – Candidato a LL.M. (European Legal Studies), Collège d'Europe, Bruges. Assistente de Investigação do Centro de Investigação de Direito Público, ICJP.

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. Membro da *United Nations International Law Commission* (2017-2021).

Pedro Gonçalo Farmhouse – Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Tutor da disciplina de Direito Internacional Público II e é, neste momento, Mestrando em Direito Constitucional na mesma Faculdade. Estagiou na Direção de Serviços de Direito Internacional do Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros. É, atualmente, Assessor Jurídico da Junta de Freguesia do Lumiar.

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

Susana Vaz Patto – Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Diplomata.

Tânia Carvalhais Pereira – Docente da cadeira de Impostos Especiais de Consumo (IEC) no Mestrado de Direito Fiscal e da cadeira de Fundamentos de IEC e Tributação Aduaneira na Pós-graduação em Fiscalidade, ambas na Faculdade de Direito da Universidade Católica

Portuguesa. Assistente da cadeira de Direito Fiscal na Licenciatura de Direito da mesma Faculdade. Assistente da cadeira de Direito Económico e Empresarial na *Católica Lisbon School of Business and Economics* da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora do CEDIS da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogada. Jurista do CAAD. Autora de vários artigos em matéria de arbitragem tributária, direito aduaneiro e impostos indirectos, coautora do manual *Impostos Especiais de Consumo*, Almedina 2016.

Tiago de Melo Cartaxo – Doutorando em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Bolseiro de Doutoramento da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P.; Investigador no CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, no grupo de Direito, Política e Participação.

I.
DOUTRINA

1. Diálogo doutrinal: “Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict”

i. The Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict: An Introduction

Dapo Akande & Emanuela-Chiara Gillard

The research leading to these results has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement No [340956 - IOW].

In many, if not most, armed conflicts, far more deaths occur as a result of the humanitarian crisis created by the conflict rather than from hostilities or the use of force.¹ In addition to those who die as a result of a lack of food, water, access to medical care or adequate sanitation, untold suffering is caused in conflicts across the globe to millions of other civilians. However, in many recent conflicts humanitarian actors have faced serious challenges in delivering much-needed relief supplies and services to civilians in need. Humanitarian access has become a central challenge to the protection of civilians in armed conflict. Belligerents often impede the delivery of much needed humanitarian relief supplies exacerbating hunger, disease and want. The United Nations Secretary-General, in his recent reports to the Security Council on the Protection of Civilians, has identified improving access for humanitarian operation as one of the five “core challenges” to enhancing the protection of civilians in armed conflict.²

While there has been considerable discussion on how to overcome operational challenges to the delivery of humanitarian assistance, insufficient attention appears to have been paid to the legal framework that applies to the provision of humanitarian relief in armed conflict. In his November 2013 report to the Security Council, the Secretary-General called for further analysis of one aspect of the law regulating humanitarian relief operations: the issue of arbitrary withholding of consent and the consequences thereof.³ He instructed the United Nations Office for the

1 See Wenger & Mason, ‘The Civilianisation of Armed Conflict: trends and implications’, (2008) *International Review of the Red Cross*, 90 (872), p. 842.

2 U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2009/277 (May 29, 2009), para. 26. This was often repeated in subsequent reports, see e.g. U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2012/376 (May 22, 2012), paras. 57-63 and S/2015/453 (June 18, 2015), para. 7.

3 U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2013/689 (November 22, 2013), para. 80.

Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) to carry out this analysis⁴ and OCHA in turn commissioned the Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict and the Oxford Martin Programme on Human Rights for Future Generations to conduct expert consultations to examine the rules and the options for providing guidance. We were honoured to lead this process of consultation resulting in the elaboration and drafting of the *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*.⁵

At the first meeting the experts unanimously agreed that it would not be possible nor, indeed, helpful to focus exclusively on the question of arbitrary withholding of consent. That element of the rules regulating humanitarian relief operations had to be put into its proper context. The *Oxford Guidance* tries to do precisely that. It presents in sequential order the rules regulating key steps of humanitarian relief operations. It consists of a narrative commentary setting out the law and conclusions presenting the key elements of the rules. The Guidance seeks to reflect existing law and to clarify areas of uncertainty. Where the law is unclear or the experts expressed different views on particular issues, the narrative text of the Guidance presents the range of interpretations. Each Conclusion does not necessarily reflect the unanimous view of the experts consulted. In addition to setting out the law, the document also aims to provide some practical guidance as to how some of the legal obligations identified may be implemented by the relevant duty holders.

This article highlights four central questions addressed in the Guidance: (i) whose consent is required for the conduct of humanitarian relief operations in non-international armed conflicts (ii) what amounts to arbitrary withholding of consent (iii) what are the key elements of the obligation to allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief operations and (iv) what are the consequences of unlawful impeding of humanitarian relief operations.

Whose consent is required in non-international armed conflict?

It is uncontested that consent is required before offers to conduct humanitarian relief operations may actually be implemented. The requirement of consent is explicit in both Article 70(1) of Additional

⁴ *Ibid* para. 80.

⁵ *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict* (Akande & Gillard, 2016) [hereinafter *Oxford Guidance*], available at: <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Oxford%20Guidance%20pdf.pdf>.

Protocol I 1977⁶ (which provides that such operations “shall be undertaken, subject to the agreement of the Parties concerned in such relief actions”) and Article 18(2) of Additional Protocol II 1977 (stipulating that operations “shall be undertaken subject to the consent of the High Contracting Party concerned”).⁷ What is less clear is whose consent is required in non-international armed conflicts. In particular, it is unclear whether, in a non-international armed conflict, the consent of the state is required for operations to bring humanitarian assistance to civilians in areas under the effective control of organised armed groups that can be reached without passing through territory under the state’s effective control – so called “cross-border operations”. This issue is dealt with in Section D of the *Oxford Guidance*.

Two treaty provisions are “relevant”. Common Article 3(2) of the 1949 Geneva Conventions⁸ and Article 18(2) AP II. Common Article 3(2) GCs provides that an ‘impartial humanitarian body ... may offer its services to the Parties to the conflict’. The provision is silent, however, as to whose consent is required. Some interpret Common Article 3(2) GCs as implicitly allowing humanitarian relief operations to be conducted if the party to which an offer is made, be it a state or an organised armed group, accepts it, regardless of the position adopted by its opponent. On this view, if the humanitarian relief operations do not transit through territory under the state’s effective control, its consent is not required. Others have taken the view that the silence in Common Article 3(2) GCs with regard to consent cannot be interpreted in this manner, particularly in view of the significant infringement of territorial sovereignty that humanitarian relief operations conducted in a state’s territory without its consent would entail.⁹

Article 18(2) AP II is more explicit on this issue, requiring the consent of ‘the High Contracting Party concerned’. While this appears to be a clear reference to the state party to a non-international armed conflict, it may be suggested that the state party to a non-international armed conflict is not “concerned” by humanitarian relief operations intended for civilians

6 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3 [hereinafter AP I].

7 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609 [hereinafter AP II].

8 Geneva Conventions for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31 [GC I], for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85 [GC II], Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135 [GC III] and Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War, 75 U.N.T.S. 287 [GC IV], August 12, 1949 [hereinafter GCs].

9 *Oxford Guidance*, paras. 25-26.

in territory under the effective control of an organised armed group. Consequently, its consent is required only if the relief operations must transit through territory under its effective control. On this view, if the territory under the effective control of an organised armed group can be reached from another country directly, the state's consent is not required.¹⁰

The majority of the experts were not persuaded by this interpretation of Article 18(2) AP II. First, the suggestion that a state is not 'concerned' by humanitarian relief operations taking place on its territory, even if it is in areas beyond its effective control, appears contrary to basic considerations of territorial sovereignty. Second, this interpretation would suggest that there may be circumstances where *no* High Contracting Party is concerned by a humanitarian relief operation, making the express reference to the consent of 'the' High Contracting Party in Article 18(2) AP II redundant.¹¹

In light of the silence of Common Article 3(2) GCs and of the specific reference to 'the High Contracting Party' in Article 18(2) AP II, the *Oxford Guidance* adopted a position that gave due weight to general principles of international law relating to a state's territorial sovereignty but also to its responsibility towards the civilian population. The consent of the state in whose territory the humanitarian relief operations are intended to be conducted is always required. This state will, however, have a more limited range of grounds for withholding consent where relief is intended for civilians in territory under the effective control of organised armed groups.¹²

Arbitrary withholding of consent

Despite the apparently absolute nature of the requirement that consent be obtained, it has been accepted that such consent may not be withheld arbitrarily. This principle prohibiting arbitrary withholding of consent is derived *first*, from the need to provide an effective interpretation of the relevant treaty texts, which gives effect to all aspects of those provisions and does not render parts of them redundant;¹³ *second*, from the intention

¹⁰ *Oxford Guidance*, para. 27-28.

¹¹ *Oxford Guidance*, para. 29.

¹² *Oxford Guidance*, para. 30.

¹³ The principle of effectiveness (or effective interpretation; *ut res magis valeat quam pereat*) is considered of customary character, its application being required by the general rule of interpretation in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331 (May 23, 1969) [hereinafter VCLT]. The principle suggests that between two possible interpretations of a provision, the interpreter should choose the one which makes the provision meaningful and effective, rather than the one which makes it redundant and thus ineffective. See indicatively paragraph 6 of the commentary to Articles 27-28 VCLT,

of those who negotiated the Additional Protocols, as reflected in the drafting history of the provisions;¹⁴ and, *third*, from practice subsequent to the adoption of the Protocols.¹⁵ In other words, the principle prohibiting arbitrary withholding of consent to humanitarian relief operations, where the preliminary conditions for such operations to be undertaken are met¹⁶, derives from the interpretation of the relevant treaty texts which best accords with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties dealing with treaty interpretation.¹⁷

Although there is widespread acceptance of the principle that consent to humanitarian relief operations must not be arbitrarily withheld,¹⁸ there is little clarity as to what constitutes arbitrary withholding of consent. There is no definition or guidance in any treaty and, to date, the precise meaning of the concept has not been addressed by any international or national tribunal, human rights mechanism or fact-finding body.

Generally, in international law, the notion of arbitrariness has a wide meaning.¹⁹ However, while there is no single or all-encompassing definition, international humanitarian law, international human rights law and general principles of public international law provide guidance on the type of conduct that would justify the conclusion that an actor is acting arbitrarily in withholding consent to humanitarian relief operations.

Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 219, para 6; *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WTO Appellate Body Report, 29 April 1996, WT/DS2/AB/R, p. 23; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, 2011 ICJ Reports 70, pp. 125-126, paras. 133-134; Gardiner, R. (2015), *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, p. 179-81.

14 On the relevance of the *travaux préparatoires* of a treaty in ascertaining the common intentions of the parties as supplementary means of interpretation under Art. 32 VCLT, see Waldock, Third Report on the law of treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 58, paras. 20-21.

15 Art. 31(3)(b) VCLT.

16 The conditions are set out in Section C of the *Oxford Guidance*.

17 Articles 31 and 32 VCLT are generally accepted to reflect customary international law, see e.g. *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, 1991 ICJ Reports 53, pp. 69-70, para 48; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, 1994 ICJ Reports 6, p. 21, para 41; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, 1996 ICJ Reports 803, p. 812, para 23.

18 See for example the ICRC Commentary of 2016 to Art. 3 GC I, paras. 832-839, available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6C DFA490736C1C1257F7D004BA0EC#_Toc465169934 [accessed 12 Feb. 2017]. See also Institute of International Law, *Resolution on Humanitarian Assistance* (September 2, 2003), Art. VIII.

19 For a comprehensive analysis on the matter see Akande & Gillard, 'Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict', (2016) 92 *International Law Studies* 493 ff.

The *Oxford Guidance*, in its Section E, identifies three ‘headings’ of arbitrariness.²⁰ Consent is withheld arbitrarily if:

(i) it is withheld in circumstances that result in the violation by a state of its obligations under international law with respect to the civilian population in question;²¹ or

(ii) the withholding of consent violates the principles of necessity and proportionality; or

(iii) consent is withheld in a manner that is unreasonable, unjust, lacking in predictability or that is otherwise inappropriate.

Examples of withholding of consent that would violate a party’s other obligations under international law and thus fall into the first category would include:

- Withholding consent in situations where the civilian population is inadequately supplied and the state intends to cause, contribute to, or perpetuate starvation. This would violate the prohibition on starvation of the civilian population as a method of warfare.²²
- Withholding consent to medical relief operations including on the ground that medical supplies and equipment could be used to treat wounded enemy combatants. The wounded and sick – including enemy combatants – must receive, to the fullest extent practicable and with the least possible delay, the medical care required by their condition. No distinction may be made on any grounds other than medical ones.²³
- Selective withholding of consent to humanitarian relief operations with the intent or effect of discriminating against a particular group

20 *Oxford Guidance*, para. 50 ff. The legal bases for these categories are set out in the same section of the Guidance and, in greater depth in Akande and Gillard, *supra* note 18.

21 In accordance with Art. 31(3)(c) VCLT, where international law prohibits arbitrary action, the term ‘arbitrary’ should be interpreted in light of other relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. See e.g. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 ICJ Reports 226, p. 240, para. 25.

22 Art. 54 AP I and Art. 14 AP II. This is further considered a war crime under Article 8(2)(b)(xxv) of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90 (July 17, 1998) [hereinafter ICC Statute] and under customary international law. See *Oxford Guidance*, para. 136. See also Bothe, ‘Relief Actions: The Position of the Recipient State’, in Kalshoven (ed.) *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters – Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict* 94 (1988); Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, 363 (2003).

23 Art. 10 AP I and Art. 7 AP II.

or section of the population.²⁴ This would violate the prohibition on discrimination set out, *inter alia*, in Common Article 3 GCs; Article 75(1) AP I; Article 4(2) AP II; Articles 2(1) and 26 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, and Article 2(2) International Covenant on Economic and Social Rights.²⁵

- Withholding of consent to humanitarian relief operations that violates fundamental human rights as applicable in armed conflict, most notably the rights to bodily integrity (the right to life, prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment) or prevents the satisfaction of the minimum core of relevant economic, cultural and social rights, such as the rights to an adequate standard of living, including food and water, and to health and medical services.²⁶

Even in situations where consent to relief operations is withheld for a valid reason, and not contrary to a legal obligation under the first category above, doing so will nonetheless be arbitrary if it exceeds what is necessary in the circumstances, and thus is disproportionate.²⁷ This is the second category of arbitrariness set out above. Limitations in terms of time, duration, location, and affected goods and services must not go beyond what is absolutely necessary to achieve the legitimate aim.²⁸

24 E.g. crisis-affected regions populated by ethnic groups perceived as favoring the opposition, see Kälin (Representative of the Secretary-General), *Report on the Human Rights of Internally Displaced Persons*, U.N. Doc. A/65/282 (August 11, 2010), para. 81.

25 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (December 16, 1966) and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3 (December 16, 1966). It is generally accepted that international human rights law also provides protection in times of armed conflict, see e.g. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 ICJ Reports 136, para 106. See also Art. 7(1)(h) ICC Statute with respect to discriminatory conduct against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, or religious grounds, which, when committed in connection with any other international crime, may amount to the crime against humanity of persecution.

26 See e.g. Institute of International Law, *Resolution on Humanitarian Assistance* (September 2, 2003), Art. VIII (1); Kälin, *supra* note 24, paras. 68–69; Kälin, ‘Guiding Principles on Internal Displacement: Annotation’, (2008) 38 *Studies in Transnational Legal Policy* 117; Swiss Federal Department of Foreign Affairs, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Handbook on the Normative Framework*, (2011), ch. 4, p. 29 ff, available at https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/CDI_Access_Handbook_Web_Dec5.pdf.

27 The UN Human Rights Committee has interpreted the notion of arbitrariness as encompassing a necessity and proportionality test, see e.g. *Camargo (on behalf of Suarez de Guerrero) v Colombia*, Communication No. 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/45/1979 (March 31, 1982) para. 13.3; *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (March 31, 1994) para. 8.3; *A v. Australia*, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (April 30, 1997), para. 9.2.

28 Akande and Gillard, *supra* note 18, p. 499.

The third category of arbitrariness focuses on the *manner* or process by which consent is withheld. Consent is also withheld arbitrarily if it is withheld in a manner that is unreasonable, or that may lead to injustice or to lack of predictability, or that is otherwise inappropriate.²⁹ A possible example would be a total failure to provide reasons for withholding consent.³⁰ This would give rise to a lack of predictability and would make it impossible to assess whether there are valid reasons underlying the withholding of consent.³¹

The obligation to allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief supplies, equipment and personnel

Once consent has been granted to offers to undertake humanitarian relief operations, parties to an armed conflict must allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief supplies, equipment, and personnel throughout the territory under their effective control.³² While a number of recent conflicts have caused attention to be focused on the issue of initial consent to conduct humanitarian relief operations, in the majority of cases it is at this stage that problems arise: states have agreed to relief operations but then fail to do what is necessary for them to be conducted in a rapid and unimpeded manner.

Parties may not divert relief consignments from their intended purpose nor delay their forwarding, except in cases of urgent necessity in the interest of the civilian population concerned.³³ Restrictions may be imposed on the activities and the freedom of movement of humanitarian relief personnel only in case of imperative military necessity, for example in the case of a military operation in a particular location, but even in such circumstances, restrictions may only be imposed temporarily.³⁴ In situations of occupation, humanitarian relief consignments must be

29 See e.g. U.N. Human Rights Committee, *General Comment No. 35, Article 9: Liberty and Security of Person*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (October 28, 2014), para. 12 and citation thereto; UN Human Rights Committee, *Taright v. Algeria*, Communication No. 1085/2002, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1085/2002 (May 16, 2006), para. 8.3; *A v. Australia*, *supra* note 27, para. 9.2.

30 In relation to natural disasters see the ILC commentary to Article 11 of the Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, Report of the ILC, Sixty-third session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011), U.N. Doc. A/66/10, 270, para. 8.

31 See generally Akande and Gillard, *supra* note 18, p. 499-502, 505.

32 Arts. 59 and 61 GC IV and Art. 70(2) AP I.

33 Art. 70(3)(c) AP I.

34 Art. 71(3) AP I.

exempt from all charges, taxes or customs unless these are necessary in the interests of the economy of the occupied territory.³⁵

Apart from these instances where such specific conduct is required, the obligation to allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief operations may be discharged in a variety of ways, leaving parties discretion in its implementation. In its Section F, *the Oxford Guidance* sets out examples of how the obligation may be implemented in practice.³⁶

While parties must allow and facilitate rapid and unimpeded passage, they are, however, entitled to prescribe technical arrangements for such passage.³⁷ Frequently, reservations that parties may have about agreeing to humanitarian relief operations could be addressed by appropriate measures of control. Those measures may allow the parties to satisfy themselves that relief consignments are exclusively humanitarian, or that relief convoys will not be endangered or hamper military operations, or that humanitarian supplies and equipment meet minimum health and safety standards.³⁸

Such administrative procedures and formalities and other technical arrangements must be applied in good faith and their nature, extent, and impact must not prevent the rapid delivery of humanitarian relief in a manner that is impartial in character, and conducted without any adverse distinction. This means that the imposition or effect of such arrangements must not be arbitrary within the meaning set out above.

While it is states party to an armed conflict that are most likely to be in a position to take the more formal measures set out below, organised armed groups are under the same obligation to allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief supplies, equipment, and personnel by taking all appropriate measures.³⁹

In analysing whether impediments to humanitarian relief operations, including the imposition or effect of technical arrangements, are such as

35 Art. 61 GC IV.

36 *Oxford Guidance*, para. 64. See also Akande and Gillard, (2017), 'Promoting Compliance with the Rules Regulating Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict: Some Challenges', 50(2) *Israel Law Review*, 119.

37 Art. 59 AP I and Art. 70(3) AP I. See also Henckaerts & Doswald-Beck *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, (2009) p. 194, Rule 55 and Commentary thereto, where it is supported that the same entitlement also exists in situations of non-international armed conflict, available at: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.

38 See *Oxford Guidance*, paras. 66-70.

39 See Henckaerts and Doswald-Beck, *supra* note 37, p. 194, Rule 55 and Commentary thereto.

to amount to a violation of the obligation to allow and facilitate the rapid and unimpeded passage of relief supplies, equipment and personnel, the focus should not be on the bilateral relationship between the party seeking to conduct relief operations and the party impeding such passage. Rather, the key consideration should be the outstanding needs of the civilian population. In other words, it is insufficient that the activities of a particular actor have been impeded. Instead, it is the impact on the civilian population, or segments thereof, of the impediments on *all* those authorised to operate that must be considered.⁴⁰

Consequences of unlawful impeding of humanitarian relief operations

The final section of the *Oxford Guidance* (Section I) deals with the responsibility under international law of the party (or persons) unlawfully impeding humanitarian relief operations, as well as the consequences of such unlawful conduct for those seeking to conduct humanitarian relief operations. Perhaps the most controversial aspect of the latter question is whether unlawful impeding of humanitarian relief operations means such operations can be conducted without the consent of the relevant state. Section I (2) of the *Oxford Guidance* states that there is no such automatic, general entitlement that arises out of the prior unlawful conduct.⁴¹ However, humanitarian relief operations conducted without consent will be lawful where the United Nations Security Council imposes such operations by a binding decision under the UN Charter, as it did with respect to Syria.⁴² Apart from such cases, humanitarian relief operations conducted without consent will not be unlawful only in extremely limited circumstances.

For states and international organizations, conducting such operations without the consent of the territorial state would, in principle, violate the latter's territorial sovereignty and territorial integrity.⁴³ The wrongfulness of such conduct by a state or international organization may, exceptionally, be precluded in extremely limited circumstances of severe need if in such circumstances they can be justified under the

40 *Oxford Guidance*, para. 72.

41 *Oxford Guidance*, para. 139.

42 S.C. Resolution 2165, U.N. Doc. S/RES/2165 (July 14, 2014).

43 See Art. 2(1) UN Charter and *Corfu Channel (UK/Albania)*, Judgment, 4 ICJ Reports 1949, p. 35.

principle of necessity or as countermeasures under the law of state responsibility or the law relating to the responsibility of international organizations.⁴⁴ However, such operations must not violate the prohibition of the threat or use of force or seriously impair the territorial integrity of the state on whose territory they are conducted.⁴⁵ It should also be noted with respect to international organizations that whether they can conduct operations on the territory of a member or other state, without the latter's consent, will also depend on the rules of the organization, including its constituent instrument.⁴⁶

Conclusion

We conclude with the words in the foreword to the Guidance: "A firm understanding of the legal framework regulating humanitarian relief operations in situations of armed conflict is essential for all those with a role to play in ensuring that people in need have the best chance of accessing and receiving life-saving assistance."⁴⁷ Our hope is that the "Guidance will assist a variety of actors concerned with humanitarian relief operations, including parties to armed conflict, other states, international and nongovernmental organisations seeking to provide humanitarian assistance, the United Nations Security Council and General Assembly and other relevant bodies, legal practitioners, scholars and the media . . . [and that it] will enhance understanding of the rules of international law that are relevant to this area, promote further discussion, and inform policies and advocacy strategies for improving humanitarian access to conflict affected populations."⁴⁸

44 Articles 22 and 25, ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the UN General Assembly, Resolution 56/83, U.N. Doc. A/RES/56/83 (December 12, 2001); similarly, Article 22 and 25, ILC Articles on the Responsibility of International Organizations, ILC Report on the work of its sixty-third session, U.N. Doc. A/66/10 (2011) [hereinafter ARI0].

45 For the conditions under which necessity and countermeasures may be invoked by a state or an international organization to justify a humanitarian relief operation conducted without consent see *Oxford Guidance*, paras. 146-157.

46 See, for example, Art. 22(2)b ARI0.

47 Foreword to *Oxford Guidance*, by Stephen O'Brien, UN Emergency Relief Coordinator and Under-Secretary General for Humanitarian Affairs..

48 *Ibid.*

List of references

Books

Dörmann, K. (2003) *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gardiner, R. (2015), *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Henckaerts, J. and Doswald-Beck, L. (2009) *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, available at: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> [accessed 12 Feb. 2017].

ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (2016) available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC#_Toc465169934 [accessed 12 Feb. 2017].

Swiss Federal Department of Foreign Affairs, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Handbook on the Normative Framework*, (2011), available at https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/CDI_Access_Handbook_Web_Dec5.pdf [accessed 12 Feb. 2017].

Book Chapters

Bothe, M. (1988) 'Relief Actions: The Position of the Recipient State', in Kalshoven, F. (ed.) *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters – Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

Journal Articles

Akande, D. and Gillard, E. C. (2016), 'Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict', *International Law Studies*, 92.

Akande, D, and Gillard E.C (2017), ‘Promoting Compliance with the Rules Regulating Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict: Some Challenges’, 50(2) *Israel Law Review*, 119.

Kälin, W. (2008) ‘Guiding Principles on Internal Displacement: Annotation’, *Studies in Transnational Legal Policy*, 38.

Wenger, A. and Mason, S. (2008) ‘The Civilianisation of Armed Conflict: trends and implications’, *International Review of the Red Cross*, 90 (872), available at: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-872-wenger-mason.pdf> [accessed 12 Feb. 2017].

Treaties

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31 (August 12, 1949).

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85 (August 12, 1949).

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135 (August 12, 1949).

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War, 75 U.N.T.S. 287 (August 12, 1949).

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331 (May 23, 1969).

Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90 (July 17, 1998).

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (December 16, 1966).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3 (December 16, 1966).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 U.N.T.S. 3 (June 8, 1977).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 1125 U.N.T.S. 609 (June 8, 1977).

Judgments

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, 2011 ICJ Reports 70.

Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment, 1991 ICJ Reports 53.

Corfu Channel (UK/Albania), Judgment, 1949 ICJ Reports 4.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 ICJ Reports 136.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 ICJ Reports 226.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, 1996 ICJ Reports 803.

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, 1994 ICJ Reports 6.

US–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WTO Appellate Body Report, 29 April 1996, WT/DS2/AB/R.

UN Human Rights Committee

A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (April 30, 1997).

Camargo (on behalf of Suarez de Guerrero) v. Colombia, Communication No. 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/45/1979 (March 31, 1982).

Taright v. Algeria, Communication No. 1085/2002, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1085/2002 (May 16, 2006).

Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (March 31, 1994).

Other Material

Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, Report of the ILC, Sixty-third session, U.N. Doc. A/66/10 (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011).

ILC Articles on the Responsibility of International Organizations, ILC Report on the work of its sixty-third session, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the UN General Assembly, Resolution 56/83, U.N. Doc. A/RES/56/83 (December 12, 2001).

Institute of International Law, *Resolution on Humanitarian Assistance* (September 2, 2003).

Kälin, W. (Representative of the Secretary-General), *Report on the Human Rights of Internally Displaced Persons*, U.N. Doc. A/65/282 (August 11, 2010).

Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict (Akande, D. and Gillard, E. 2016), available at: <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Oxford%20Guidance%20pdf.pdf> [accessed 12 Feb. 2017].

Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II.

S.C. Resolution 2165, U.N. Doc. S/RES/2165 (July 14, 2014).

S.C. Resolution 2258, U.N. Doc. S/RES/2258 (December 22, 2015).

U.N. Human Rights Committee, *General Comment No. 35, Article 9: Liberty and Security of Person*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (October 28, 2014).

U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2009/277 (May 29, 2009).

U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2012/376 (May 22, 2012).

U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2015/453 (June 18, 2015).

U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, U.N. Doc. S/2013/689 (November 22, 2013).

Waldock, H. (Special Rapporteur), *Third Report on the law of treaties, Yearbook of the International Law Commission, 1964*, Vol. II.

ii. International Humanitarian Law and Humanitarian Assistance – Legal issues concerning Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict

Patrícia Galvão Teles

“The strong support of Member States for promoting and enhancing respect for international humanitarian, human rights, refugee law and humanitarian principles is timely and important. However, concerted effort is required at national, regional and global levels to ensure that civilians are in fact receiving assistance and being protected in and after conflicts such as those being witnessed at the present time. I call on all parties to armed conflict to allow and facilitate rapid and unimpeded humanitarian access. I further call on Member States, non-State armed groups and humanitarian organizations to ensure full respect for humanitarian principles. Political and economic leverage should be exercised and legal mechanisms utilized to ensure that parties to armed conflict comply with their obligations under international humanitarian, human rights and refugee law and that accountability is ensured for violations.” Priority trends emerging from the World Summit – Protecting civilians and minimizing human suffering, *Report of the UN Secretary-General on the Outcome of the World Humanitarian Summit 2016* (A/71/353)

Although it is unfortunately not a new issue, 2016 brought again to the centre stage, as pointed out by the above quote, the difficult challenges surrounding humanitarian assistance, both in situations of armed conflict as in Syria – in particular with the siege of Aleppo -, Yemen, Sudan or Ukraine, and in connection with other circumstances, such as emergencies, disasters or the migrant and refugee flows to Europe.

In this contribution, we shall focus the issue of humanitarian assistance in situations of armed conflict. While many of the challenges relating to this subject-matter are also of a political (as there seems to be a growing perception that humanitarian aid has become politicized) and practical

nature (due to the naturally hostile environment in which humanitarian assistance operates), our attention will be concentrated mainly on legal aspects.

In particular, our aim is to address, mainly from the point of view of International Humanitarian Law, the complex legal issues arising from and to provide a state of play of the debate concerning humanitarian access for the purpose of providing humanitarian assistance in situations of armed conflict, as humanitarian access is increasingly being seen as “the most significant current challenge for humanitarian action to overcome in the future.”⁴⁹

First, a brief overview of International Humanitarian Law and humanitarian assistance and of the legal framework of humanitarian assistance will be provided. Secondly, also in a brief manner we will try to sketch out the legal regime of humanitarian access and the ensuing rights and obligations for the stakeholders concerned. Finally, we shall address the legal issues arising out of humanitarian access concerning consent, right of control and military necessity and the ongoing debates surrounding them.

IHL and Humanitarian Assistance

International Humanitarian Law (IHL) is the specialized body of International Law that regulates the conduct of war. It applies to different types of armed conflict, from international armed conflict (IAC) and occupation, to non-international armed conflicts (NIAC). The legal framework is, however, differentiated according to the type of conflict. IHL is *lex specialis* that applies in situations of armed conflict, against the background of general International Law and other bodies of law such as Human Rights and Refugee Law. It is, thus, natural that its norms and principles follow from the main principles of contemporary international law such as sovereignty and territorial integrity, upheld in Article 2° of the UN Charter, and that those are, for evident reasons, particularly present in the body of norms that regulate non-international armed conflicts that occur within the territory of a State.

49 F. Schwendinmann, “The legal framework of humanitarian access in armed conflict”, *IRRC* 93-884 (2011) 993-1008.

IHL's main objective is to reduce human suffering during armed conflict. As such, the protection of civilians during conflict is one of its main tenets. Thus, IHL is not insensitive, quite to the contrary, to issues of humanitarian assistance as this assistance is targeted at alleviating the suffering during conflict, many times even to save human lives. IHL recognises that the civilian population of a State affected by an armed conflict, be it international or non-international, is entitled to receive humanitarian assistance from the territorial State or, if necessary, from third parties. The suffering of the civilian population results both directly from armed conflict, but also indirectly by the circumstances surrounding armed conflict. It is also to be noted that civilians are by far the largest victims of contemporary armed conflicts, therefore highlighting the increasing relevance of humanitarian assistance.

Humanitarian assistance normally consists in the provision of relief help to affected civilian populations, such as water, food, medicines and shelter. It may entail the displacement of persons to safe areas. This assistance is often provided by external actors like foreign States, the United Nations or other International Organisations (IOs), the International Committee of the Red Cross (ICRC) and non-governmental organisations (NGOs).

“Humanitarian assistance as used in the framework of armed conflict and international humanitarian law addresses relief schemes provided to a civilian population, generally from the outside.”⁵⁰ For the delivery of humanitarian assistance it is therefore normally necessary to guarantee access from the sovereign State of the territory in question and/or the parties to the conflict that have control over part of such territory. Recent conflicts have illustrated that access may not always be easy to obtain and to secure in a timely and unimpeded manner.

But before discussing the crucial issues arising from humanitarian access in situations of armed conflict and the rights and obligations that arise from IHL in this regard, we shall first look at the general legal framework provided by IHL regarding humanitarian assistance.⁵¹

50 H. Spieker, “Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2015).

51 For a summary of the applicable rules, see M. Sassòli, A. Bouvier and A. Quintin, *How does Law Protect in War – Online Platform* (2014), available at <https://www.icrc.org/en/document/how-does-law-protect-war-online-platform>.

Legal framework provided by IHL regarding Humanitarian Assistance

Though initially not contemplated, treaty and customary IHL have evolved to reflect the increasing concern of the international community with the need to provide relief to the civilian population during armed conflict, with dramatic experiences marking so many of the conflicts in the past decades, like in Iraq, Somalia, Former Yugoslavia, Afghanistan, Sudan, Lebanon, Gaza, Libya and, more recently, Syria.

The concept and legal regime of humanitarian assistance in armed conflict has thus developed in a broadening way with regard to content, scope and actors evolved.⁵²

During an international armed conflict, belligerents are under the general obligation to permit relief operations for the benefit of civilians, including enemy civilians, if they are unable to provide for such relief. Article 23° of the 4th Geneva Convention of 1949 relative to the Protection of Civilian Persons contains the principles applicable to relief assistance to the most vulnerable groups of the civilian population. At the same time, it grants States concerned the right to inspect the contents and verify the destination of relief supplies, as well as to refuse their passage if there are well-founded reasons to believe that the supplies will be used in the military effort.

Article 70° of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1977 relating to the Protection of Victims in International Armed Conflicts developed the right to humanitarian assistance that must be carried out for the benefit of the entire civilian population and not only vulnerable groups, if there is a general shortage of indispensable supplies. At the same time, it foresees the need for the consent of all parties concerned, including of the State receiving the assistance.

Article 71° of Additional Protocol I requires that the participation of relief personnel is subject to the approval of the party in whose territory they will carry out their duties. That party shall assist the relief personnel – who shall be respected and protected – in carrying out their relief mission, but in case of imperative military necessity, the activities of the relief personnel can be limited or their movements temporarily restricted. Moreover, the relief personnel shall take into account the security requirements of the party in which territory the mission is being carried out.

⁵² H. Spieker, “Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2015).

In occupied territories, the occupying power has to make sure that the population receives adequate medical and food supplies in accordance with Articles 55° and 69° of the 4th Geneva Convention. If this is not possible, in accordance of Article 59° of the 4th Geneva Convention, the occupying power has the obligation to permit third State or impartial organisations to provide such humanitarian assistance and to facilitate its delivery.

With regard to non-international armed conflicts, the rules are – as in general – less developed. Nonetheless, Article 18°/2 of Additional Protocol II of 1977 relating to the Protection of Victims in Non-International Armed Conflicts states that if the civilian population is suffering undue hardship owing to a lack of supplies essential for its survival, relief actions which are of an exclusive humanitarian and impartial nature and which are conducted without any adverse distinction can be undertake, subject to the consent of the High Contracting Party concerned.

With regard to non-international armed conflicts, Common Article 3° to the Geneva Conventions of 1949 should also be taken into account in as much as it stipulates that impartial humanitarian bodies such as the ICRC may offer their services to the parties to the conflict. This is also, subject to the consent to the parties in to the conflict concerned, the case in international armed conflicts in accordance with Articles 9/9/9/10° of the four Geneva Conventions and Article 81° of Additional Protocol I.

The ICRC Customary International Humanitarian Law Study of 2005⁵³ identified furthermore the existence of the following customary norms, applicable both to international and non-international armed conflicts:

Rule 55. Access for Humanitarian Relief to Civilians in Need – The parties to the conflict must allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief for civilians in need, which is impartial in character and conducted without any adverse distinction, subject to their right of control.

Rule 56. Freedom of Movement of Humanitarian Relief Personnel – The parties to the conflict must ensure the freedom of movement of authorised humanitarian relief personnel essential to the exercise of their functions. Only in case of imperative military necessity may their movements be temporarily restricted.

53 J.M. Henckarts and L. Doswald Beck, Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press (2005).

Rules 31 and 33 refer that humanitarian relief personnel and objects used for humanitarian relief operations must be respected and protected.

Rule 53 also mentions that the use of starvation of the civilian population as a method of warfare is prohibited and, as a corollary, Rule 54 refers that attacking, destroying, removing or rendering useless objects indispensable to the survival of the civilian population are prohibited.

As to criminal consequences and individual responsibility for violation of the prescriptions of IHL regarding humanitarian assistance and access, there are no specific provisions. The Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol I do not contemplate a specific provision on the denial of humanitarian assistance as a grave breach.

The ICC Statute qualifies, nevertheless, in Article 8°, as a war crime in IAC “intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including willfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions”.

It is also not excluded that this type of conduct could also lead to qualification as a war crime NIAC or, if the relevant prerequisites are met, also as a crime against humanity or genocide.⁵⁴ With regard to NIAC, the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law refers, in the commentary to Rule 156 “Definition of War Crimes – Serious violations of IHL constitute war crimes” that although the starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including by impeding relief supplies is not listed in the Statute of the International Criminal Court as war crimes in NIAC, “State practice recognizes their serious nature and, as a result, a court would have sufficient basis to conclude that such acts in a non-international armed conflict are war crimes”.

Under Article 8° of the ICC Statute it is also a war crime in IAC and NIAC “intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians or civilian objects under the international law of armed conflict.”

54 Cf. C. Rottensteiner, “The Denial of Humanitarian Assistance as a Crime under International Law”, *IRRC* 835 (1999), pp. 555-582. For instance, the ICTY found that blocking aid convoys was part of the “creation of a humanitarian crisis as a prelude to the forcible transfer of the Bosnian Muslim civilians.” This conduct incurred individual criminal responsibility for inhumane acts as crimes against humanity. *Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No. IT-98-33, Judgment, 2 August 2001, paras. 618 and 653.

Humanitarian Access in situations of Armed Conflict – Rights and obligations

In situations of armed conflict, access to the victims is regulated by IHL. Nevertheless, humanitarian access is not a term defined in International Law or IHL. It is, however, a “precondition for the conduct of proper assessments of humanitarian needs, for the implementation and monitoring of relief operations and for ensuring appropriate follow-up.”⁵⁵ In other words, “in an armed conflict ... access to a population lacking the supplies essential to its survival is a precondition for any humanitarian assistance operation.”⁵⁶

The IHL legal framework on humanitarian assistance described above, results in a number of rights and obligations for the different stakeholders in relation to humanitarian access. As it will be seen, these rights and obligations do not entirely match and create room for tensions and need for balancing of interests, especially with regard to consent, right of control and military necessity, as it will be discussed below.

The point is that while there is a general right on the part of the civilian population in need to humanitarian assistance in all types of armed conflict, this is not matched by an automatic general duty on the part of the parties to IACs and NIACs to grant access, since consent is needed, nor by an unrestricted right of access for those third parties who want to provide assistance.

If in IAC and NIAC there is an obligation to undertake relief actions when the population lacks supplies essential for their survival, such obligation falls firstly on the State itself or it is subject to the consent of the State concerned and/or the parties to the conflict that control the territory in question. Only with regard to occupation, there is an obligation without preconditions of the occupying power to allow and facilitate relief operations, if it is not in a position to fulfil its duty to ensure the provision of food, medical supplies, clothing, shelter, etc.

Besides the need for the consent for humanitarian access in IAC and NIAC, the access itself is also subject to the right of control and can be restricted by reasons of imperative military necessity.

55 “International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts”, Report prepared by the ICRC for the 31st Conference of the Red Cross and Red Crescent, 28 November-1st December 2011, available at <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm> .

56 H. Spieker, “Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2015).

As to the third parties that want to provide assistance and have access, there is a right of initiative, though not a duty, but there is no correlative obligation upon the parties to the conflict to accept such initiative. Thus, although offers of relief by impartial humanitarian organisations cannot be seen as interference in internal affairs⁵⁷ (nor as recognition or support to a party to the conflict) there is not an automatic right to humanitarian access. Moreover, assistance must be impartial in character and conducted without any adverse distinction.

The need of consent for humanitarian access

In the applicable legal framework and the ensuing non-matching rights and obligations there are, therefore, a number of points of tension and where a balance has to be struck, that could benefit from further clarification.

The first of such points of tension and in need of clarification is the issue of consent, namely whose consent has to be sought in NIAC and the notion of arbitrary withholding of consent in both IAC and NIAC.

There is an ongoing discussion on whose consent has to be sought in NIAC. Common Article 3° of the Geneva Conventions and Article 18° of Additional Protocol II have been interpreted in different ways, with one interpretation defending that the consent of the State (High Contracting Party) is required, whether another interpretation points to the need of consent only of the party to the conflict who is in control of the territory in which humanitarian relief operation is to take place.⁵⁸

There have been also different points of view as to the appropriateness of focusing on the question of arbitrary withholding of consent. The relevant IHL provisions mentioned above do not contain the expression “arbitrary withholding of consent” or any similar phrase, but the concept has been used in this context. Some, as Professor Marco Sassoli, have

57 Insofar as States provide relief assistance strictly respecting the principles of humanity, impartiality, and non-discrimination, offers of relief action cannot likewise be considered an unlawful foreign intervention in the receiving State's internal affairs. Cf. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, ICJ, Judgment on the Merits of 27 June 1986, para. 242.

58 For the latter view see in particular “There is no legal barrier to cross-border operations in Syria”, Open Letter in *The Guardian* (2014), available at <https://www.theguardian.com/world/2014/apr/28/no-legal-barrier-un-cross-border-syria>; M. Bothe, , “Relief Actions: The Position of the Recipient State”, in KALSHOVEN Frits (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters*, M. Nijhoff, 1989, pp. 91-98 . See also F. Lattanzi, “Humanitarian Assistance” and N. Nishat, “The Right of Initiative of the International Committee of the Red Cross” in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassoli (Eds.), *The 1949 Geneva Conventions – A Commentary*, Oxford University Press (2016).

suggested that one should not focus on arbitrariness since that position would be counterproductive in a negotiation for access with the parties to the conflict.⁵⁹ On the other hand, the UN Secretary-General, in his 2013 Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict,⁶⁰ noted the need for further analysis of the legal framework on the issue of withholding of consent.

In result of this reference, the UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) requested the University of Oxford to elaborate a study to provide guidance on the issue of arbitrary withholding of consent. The process that led up to the Oxford Guidance⁶¹ and its results and conclusions, including regarding the question of arbitrary withholding of consent and whose consent for humanitarian access is required in NIAC, are dealt with in a separate contribution in this Yearbook elaborated by the co-authors of this study, Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, that we will also comment in more detail in a separate text.

But before we address the contribution given to this debate by the Oxford Guidance on the Law relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed conflict, it is relevant to look briefly into what has been the position of, given their mandate, two of the key stakeholders regarding humanitarian assistance: the UN and the ICRC.

The UN, on its part, has adopted, as early as in 1991, “Guiding Principles of Humanitarian Emergency Assistance”, by means of a General Assembly Resolution (A/RES/46/182). According to these principles “humanitarian assistance should be provided with the consent of the affected country and in principle on the basis of an appeal by the affected country”. Also, in line with the guiding principles, the UN emergency relief coordinator shall actively facilitate “including through negotiation if needed, the access by the operational organizations to emergency areas for the rapid provision of emergency assistance by obtaining the consent of all parties concerned, through modalities such as the establishment of temporary relief corridors where needed, days and zones of tranquility and other forms.”

59 M. Sassoli, “When are States and armed groups obliged to accept humanitarian assistance?”, available at <https://phap.org/articles/when-are-states-and-armed-groups-obliged-accept-humanitarian-assistance>.

60 “Report of the Secretary-General on the Protection of Civilians in Armed Conflict” (S/2013/689), para. 80.

61 Oxford Guidance on the Law relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict (2016), available at <https://www.law.ox.ac.uk/content/oxford-guidance-law-relating-humanitarian-relief-operations-situations-armed-conflict>.

In the UN Guiding Principles, that were drafted having in mind not only humanitarian assistance in situations of armed conflict but also in disasters and other emergencies, it is also stated that “States whose populations are in need of humanitarian assistance are called upon to facilitate the work of these organizations in implementing humanitarian assistance, in particular the supply of food, medicines, shelter and health care, for which access to victims is essential.”

From the point of view of the ICRC,⁶² who has recently been vocal on its position on the issue of humanitarian assistance and access, impartial humanitarian activities undertaken in situations of armed conflict are generally subject to the consent of the parties to the conflict concerned. This is the cornerstone of the rules governing humanitarian access and the right of initiative relating to humanitarian assistance does not translate into an unrestrictive right of access given to humanitarian actors. Furthermore, in NIAC consent has to be sought from the State in whose territory the conflict is taking place, including for relief activities to be undertaken in areas over which the State has lost control. For practical reasons, the ICRC would also seek consent of all parties to the NIAC concerning (including non-state armed groups party to it), before carrying out its humanitarian activities.

Also for the ICRC, in relation to general consent there are only two grounds that can be used to refuse an offer of humanitarian assistance: a) the offer comes from an organisation that does not qualify as impartial and is not humanitarian in nature; b) there are no needs to meet in the area in question because the party to an armed conflict has the capacity and is willing to fulfil its primary obligation to fulfil the needs of the population under its control.

In the ICRC’s view a refusal to grant consent resulting in a violation of the party’s own IHL obligations may, furthermore, constitute an unlawful denial of access for the purposes of IHL. However, IHL does not regulate the consequences of a denial of consent and does not spell out a general right of access that can be derived from an arbitrary denial/withholding of consent.

62 Cf. T. Ferraro, “IHL and Humanitarian access: The ICRC perspective”, XXXVIII Roundtable on Current issues of IHL, San Remo 3-5 September 2015, available at <http://www.iihl.org/wp-content/uploads/2015/11/FERRARO.pdf>; ICRC Report “International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts”, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, December 2015, available at <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>; ICRC Q&A and Lexicon on Humanitarian Access, June 2014, available at <https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/icrc-q-and-a-lexicon-on-humanitarian-access-06-2014.pdf>.

The Oxford Guidance coincides with the position of the ICRC inasmuch as it considers that consent is withheld arbitrarily or unlawfully denied if it results in the violation of IHL obligations with respect to the civilian population. However, it goes further than the ICRC position in adding two other instances where consent is arbitrarily withheld:⁶³ a) if withholding consent violates the principles of necessity and proportionality; b) consent is withheld in a manner that is unreasonable, unjust, lacking in predictability or is otherwise inappropriate.

However, as to the consequences of the arbitrarily withholding of consent, besides entailing the responsibility under international law of the party in question and possibly individual criminal responsibility, the Oxford Guidance adopts a cautious approach and similar to that of the ICRC. It notes that “unlawfully impeding humanitarian relief operations ... does not automatically give rise to conduct such operations without the consent of the relevant States.”

This view has also been the majority view from a doctrinal point of view: “It is debated whether State practice and *opinio juris* have abandoned the precondition of consent in case the receiving State refuses such agreement arbitrarily, and whether a right to impose humanitarian assistance, under certain circumstances, regardless of considerations of national sovereignty has been established ... To date, a ‘right to access’ has not crystallized in international customary law ...”⁶⁴

With regard to whose consent is required in NIAC, the Oxford Guidance states, along the same lines as the position of the ICRC, that “in situations of non-international armed conflict, where a humanitarian relief operation is intended for civilians in territory under the effective control of an organised armed group, and this territory can be reached without transiting through territory under effective control of the State party to the conflict, the consent of the State is nonetheless required, but it has a narrower range or grounds for withholding consent.” The novelty here seems to be the reference that in these situations the grounds for withholding consent would be narrower.

The Oxford Guidance is, without doubt, a very useful reference tool in the debate regarding humanitarian access. Though not as progressive as

63 R. Bartels, “Oxford Guidance on Humanitarian Relief Operations: Comments on Arbitrarily Withholding of Consent and the Status of the Guidance”, available at <https://www.justsecurity.org/35561/oxford-guidance-law-relating-humanitarian-relief-operations-situations-armed-conflict-comments-arbitrarily-withholding-consent-status-guidance/>.

64 H. Spieker, “Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2015).

some doctrine that proposes an existent legal basis for cross-border relief operations without the consent of the territorial State in NIAC, it adds new dimensions to the more traditional ICRC position with regard to the question of denial of consent, qualifying as arbitrary/unlawful denial also situations in violation with the principles of necessity and proportionality when the conduct is unreasonable, unjust, lacking in predictability or is otherwise inappropriate. Furthermore, although it takes the more conservative view on the issue of consent of the territorial State in NIAC, it points to a narrowing of the grounds for withholding consent on the part of the territorial State if the humanitarian relief operation is intended for civilians in territory under the effective control of an organised armed group, and this territory can be reached without transiting through territory under effective control of the State party to the conflict.

The Oxford Guidance brings thus important and new clarifications, which will have to be debated analysed and tested in terms of their acceptability by the relevant stakeholders, such as States, non-State armed groups, the UN, the ICRC and humanitarian organisations.

In the meantime, against this background of still some legal unclarity, the role of the UN Security Council remains a fundamental one, as the Syrian case illustrates so well,⁶⁵ in reiterating the right of the civilian population to humanitarian relief, in calling upon States and non-State armed groups to consent to humanitarian assistance and in establishing the modalities for its implementation. In Resolution 2165 (2014), the Security Council decided that “all Syrian parties to the conflict shall enable the immediate and unhindered delivery of humanitarian assistance directly to the people throughout Syria.” This decision has been furthered reaffirmed in subsequent resolutions.

Further points of tension and in need for clarification relating to the right of control and military necessity

Once consent has been given, there is a general obligation of cooperation to facilitate the humanitarian operations and ensure rapid and unimpeded passage and distribution of the relief assistance.

Under IHL, this general obligation to allow and facilitate relief schemes is, however, without prejudice to the entitlement of the relevant

⁶⁵ Cf. Security Council Resolutions 2139 (2014), 2165 (2014), 2191 (2014), 2258 (2015), 2286 (2016), 2338 (2016) and 2332 (2016).

actors to control them through measures such as verifying the humanitarian and impartial nature of the assistance, prescribing technical arrangements for delivery or limiting/restricting activities of relief personnel in case of imperative military necessity.

This right of control should not unduly delay humanitarian operations, impede their rapid deployment or make their implementation impossible. Also, it should not result in a diversion of the relief which would lead to it being distributed with adverse distinction and not according to need.

At the same time, military necessity cannot be valid ground to refuse consent, and can only be invoked to regulate (not prohibit) humanitarian access in a geographical and temporal limited manner.

Nevertheless, there may remain restrictions or difficulties in the implementation of humanitarian assistance given the parties to the conflict right of control and military necessity. These restrictions can be of such nature that they amount in practice to a refusal of consent.

It should be noted that, in the context of the Syrian conflict – where nearly 14 million people were in need of urgent humanitarian assistance at the end of 2016 – the Security Council⁶⁶ has requested the Syrian authorities to respond to requests for access for humanities assistance and to give such requests positive consideration, given the continuing and growing impediments to the delivery of humanitarian assistance across conflict lines, including through a decline in convoy approvals by the Syrian authorities. The Security Council also expressed grave concern at all instances by non-State armed group of hindrances to the effective delivery of humanitarian assistance, that are responsible for preventing aid delivery through deliberate interference and obstruction.

So, in our view, as part of the discussion on humanitarian access and consent to it, and to further clarify the legal framework for providing humanitarian relief in situations of armed conflict, besides the questions of arbitrarily withholding of consent and whose consent is needed in NIAC, further clarification could also be brought as to the limits of the right of control and the acceptable grounds to invoke military necessity.

66 Cf. Security Council Resolution 2332 (2016).

2. Dossier Temático: Privilégios e Imunidades

**i. Responsabilidade dos membros das missões diplomáticas
e seus familiares por factos ilícitos praticados
no estado acreditador**

Susana Vaz Patto e Marta Saraiva

Introdução

A 17 de agosto de 2016, a comunicação social noticiou que Haider Saad Ali e Ridha Saad Ali, filhos de Saad Mohammed Ridha M. Ali, Embaixador do Iraque em Lisboa, estavam envolvidos na agressão a Rúben Cavaco, um adolescente de 15 anos natural de Ponte de Sôr, que se encontrava internado em estado muito grave no hospital de Santa Maria em Lisboa. Logo na semana seguinte, foi igualmente noticiado que o Ministério Público solicitava ao Ministério dos Negócios Estrangeiros que apresentasse ao Estado Iraquiano um pedido de renúncia à imunidade dos filhos do Embaixador para que as autoridades judiciais portuguesas os pudessem interrogar. Entre agosto 2016 e janeiro de 2017, o “incidente de Ponte de Sôr” foi manchete de jornais, dominou a opinião pública e suscitou inúmeras tomadas de posição sobre o conceito de imunidade diplomática por comentadores e juristas.

Este caso foi uma oportunidade para o Ministério dos Negócios Estrangeiros refletir sobre o significado e alcance da imunidade diplomática e sobre as opções de que os Estados dispõem perante um caso de abuso de imunidade no seu território: apesar de existirem incidentes envolvendo diplomatas acreditados em Lisboa, não existia registo de um caso semelhante.

Começaremos por recordar a evolução do conceito da imunidade diplomática e dos seus fundamentos, seguindo-se a descrição do regime de privilégios e imunidades da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas e da prática portuguesa a este respeito. Veremos de seguida qual tem sido a prática dos Estados em casos de abuso de imunidade diplomática e analisaremos o caso concreto dos filhos do Embaixador do Iraque. Elaboraremos, por fim, sobre a prevenção de abusos de imunidade por agentes diplomáticos e eventuais reformas do regime atual.

I. Evolução do conceito de imunidade

A ideia de imunidade é tão antiga como a diplomacia. O costume de se conferir uma proteção especial ao representante ou emissário de um outro rei ou imperador encontra-se já na Babilônia de Hamurabi, na antiga Grécia, na Índia, na China dos Três Reinos e nos povos do Mediterrâneo pré-romano. As razões da concessão eram diversas: uma vez que os imperadores eram considerados divindades, um seu representante teria também uma aura de santidade, pelo que não poderia ser atacado num território estrangeiro. Noutros casos, a imunidade era conferida por motivos pragmáticos – qualquer negociação ficaria comprometida se o enviado da outra parte fosse assassinado no decorrer das negociações.

No entanto, foi no Renascimento que se desenvolveu o sistema que culminou no conceito atual de privilégios e imunidades, com o estabelecimento de enviados permanentes. Os embaixadores envolviam-se frequentemente em intrigas e conspirações contra os monarcas das cortes onde se encontravam acreditados, escudados na sua imunidade. Perante esta realidade, os primeiros teóricos do Direito Diplomático começaram a questionar se a imunidade se deveria manter em casos de conspiração e traição: um ato tão grave e tão contrário à missão do Embaixador configurava por si só uma renúncia à imunidade. Caso se demonstrasse o envolvimento do Embaixador na conspiração, o fundamento da imunidade cairia e este poderia ser julgado e preso.

Apesar desta argumentação jurídica, nenhum Embaixador foi julgado ou preso por um crime cometido no exercício das suas funções nos séculos XVI e XVII. Cientes da possibilidade de retaliação e antecipando que os seus embaixadores poderiam vir a estar numa situação semelhante, os governantes optavam por expulsar o Embaixador ou enviá-lo ao seu país de origem para julgamento. Sublinhe-se que esta prática permanece praticamente inalterada até hoje e ganhou força de norma jurídica.

O desenvolvimento da imunidade de jurisdição civil foi mais lento e penoso. Durante os séculos XVI e XVII, os Embaixadores eram «enviados» que defendiam os interesses e demonstravam o prestígio da corte que representavam. Esse prestígio traduzia-se parcialmente no fausto e opulência da vida do Embaixador. No entanto, os monarcas não patrocinavam os seus enviados e todos os custos desta representação (por vezes megalômana) eram sustentados pelos embaixadores. Era, por isso, natural que os Embaixadores se endividassem para manter as aparências, que tivessem negócios em nome próprio no país da acreditação ou que se envolvessem em atividades pouco ortodoxas.

No final do séc. XVII e no início do séc. XVIII, para responder ao cada vez maior número de incidentes envolvendo os enviados, vários países (Países Baixos, Inglaterra e Dinamarca, por exemplo) aprovaram legislação interna que, em maior ou menor grau conferiu imunidade de jurisdição civil ao Embaixador e/ou aos membros da missão. Apesar de essenciais para garantir as boas relações entre os Estados, a legislação não agradou aos credores dos Embaixadores, que ficaram assim sem qualquer proteção.

A primeira tentativa de codificação internacional do direito Diplomático ocorreu no Congresso de Viena de 1815 e teve como principal objetivo formalizar a prática diplomática europeia e regular alguns temas que eram motivo de conflitos, como era o caso das precedências diplomáticas. Pode dizer-se que foi com o Congresso de Viena que a conceção funcional das imunidades começou a ganhar peso em detrimento das conceções fundadas na representação pessoal ou na territorialidade.

II. Teoria e prática da Convenção de Viena sobre as relações diplomáticas

1. O regime de imunidades e privilégios previsto na Convenção de Viena.

A Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (CVRD) é um cado de sucesso da codificação do Direito Internacional. Na Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) de 1952, a Jugoslávia propôs que o tema da codificação do Direito das relações diplomáticas fosse considerado prioritário. Após a discussão na Sexta Comissão da AGNU, a Comissão de Direito Internacional (CDI) foi encarregue de estudar este tema, tendo sido escolhido como relator o sueco Sandström. O seu relatório foi a base do projeto de artigos (*draft articles*) adotados pela CDI em 1957 e debatidos na Sexta Comissão da AGNU ainda nesse ano. Os artigos foram enviados a todos os Estados Membros e às Agências das Nações Unidas para serem comentados, tendo 21 Governos apresentado as suas observações. A CDI reviu o projeto de artigos e, em 1958, considerou que o projeto revisto deveria formar a base de uma futura Convenção, decisão que foi acolhida pela Assembleia Geral. A conferência diplomática reuniu 80 Estados e decorreu em Viena entre 2 de março e 14 de abril de 1961 e a Convenção foi assinada a 18 de abril de 1961.

Para uma boa compreensão do regime de privilégios e imunidades previsto na Convenção, bem como o interesse dos Estados na sua manutenção, importa reter algumas ideias.

A primeira é que o regime da CVRD resulta essencialmente da codificação do Direito costumeiro nesta área⁶⁷, e que traduz a prática dos Estados pelo menos nos últimos dois séculos. A segunda é que o regime revela uma conceção funcional das imunidades ou seja, as imunidades são conferidas aos agentes diplomáticos para permitir o exercício da função diplomática sem constrangimentos e sem receios de interferências do Estado acreditador. Por último, uma vez que o regime resulta de direito consuetudinário e que todos os Estados têm a dupla condição de Estado acreditador e acreditante, é natural que tenha uma boa aceitação por parte da generalidade dos Estados e que haja resistência à sua alteração.

Os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos e dos membros das suas famílias encontram-se nos artigos 31.º a 37.º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

A imunidade – prevista no artigo 31.º – abrange a imunidade penal, civil e administrativa. A imunidade de jurisdição penal prevista pela CVRD, é absoluta, uma vez que a Convenção não prevê exceções, ao contrário do que sucede com a imunidade de jurisdição civil e administrativa (v. art 31.º, nº 1 a), b), c)). A imunidade de jurisdição penal é o garante mais absoluto da defesa do diplomata mas implica, também, uma conduta irrepreensível por parte de quem goza desta imunidade e o dever de respeito pelas leis do Estado acreditador.

Se o regime de imunidades e privilégios da Convenção tem como objetivo último assegurar que os diplomatas exerçam as suas funções livres de qualquer constrangimento político, é natural que o regime se estenda também aos membros da sua família que se encontrem acreditados como tal. Seria ilógico deixar a família sem proteção, tornando-se assim um alvo fácil para pressões indiretas por parte das autoridades do Estado acreditador.

Por isso, nos termos do artigo 37.º, n.º 1 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, “os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29.º a 36.º, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador”.

Assim, um diplomata ou um membro da sua família não está sujeito à jurisdição penal do Estado acreditador, o que significa que não pode ser julgado ou interrogado no âmbito de um procedimento criminal. A não ser que o seu Estado de origem renuncie à sua imunidade.

67 O ponto mais contencioso e que culminou num exercício de desenvolvimento progressivo do Direito foi a atribuição de privilégios e imunidades aos membros não diplomatas.

De acordo com artigo 32.º da Convenção apenas o Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozem de imunidade (incluindo os membros da família de um agente diplomático). A Convenção não se alonga sobre este tema, exigindo apenas que a renúncia seja expressa.

Na maioria dos casos, a iniciativa da renúncia à imunidade é do Estado acreditador, que necessita de prosseguir a investigação criminal. Este pedido de renúncia deve ser apresentado através do Ministério dos Negócios Estrangeiros, nos termos do artigo 41.º da Convenção de Viena, cabendo às autoridades do Estado acreditante decidir como responder ao pedido.

A decisão de renúncia à imunidade é uma decisão política do Estado acreditante. Caso este aceda, a renúncia opera-se, na prática, através de uma comunicação escrita por parte do Estado acreditante ao Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Se considerar que o julgamento no Estado acreditador não oferece garantias de imparcialidade, o Estado acreditante pode não renunciar à imunidade, mas aceitar exercer a sua jurisdição, nos termos do artigo 31.º da CVRD, segundo o qual “a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditador não o isenta da jurisdição do Estado acreditante”.

A situação tornar-se-á mais tensa se o Estado de origem do diplomata não responder ao pedido ou recusar renunciar à imunidade. Novamente, as opções à disposição do Estado acreditador são de natureza política: pode ignorar a ausência de resposta, aceitar a recusa (geralmente, não o fará) ou fazer várias insistências junto das autoridades do Estado acreditante para que estas respondam positivamente ao pedido.

Caso se torne evidente que o Estado acreditante não pretende anuir ao pedido de renúncia, o Estado acreditador poderá ainda recorrer ao que será considerado uma medida extrema no Direito Diplomático: a declaração de *persona non grata*, prevista no artigo 9.º da CVRD.

Em linhas muito gerais, a declaração de *persona non grata*, é uma declaração pela qual o Estado acreditador considera que um chefe de missão ou qualquer membro do pessoal diplomático não é aceitável no seu país. A CVRD, no mesmo artigo 9.º, estabelece que a consequência da declaração consiste na obrigação do Estado acreditante retirar a pessoa em causa, terminando assim as suas funções na missão. Os seus privilégios e imunidades cessarão normalmente no momento em que essa pessoa deixe o país ou quando transcorrido um prazo razoável que lhe tenha sido concedido para tal fim, nos termos do artigo 39.º.

Se o Estado acreditante se recusar a cumprir a ordem de retirada do agente diplomático em causa, ou não a cumprir dentro de um prazo razoável, então a CVRD estabelece que o Estado acreditador pode recusar-se a reconhecer tal pessoa como membro da missão, considerando as suas funções terminadas, e que deixará de gozar de imunidade diplomática (ver artigo 9.º, n.º 2).

Note-se que apenas os elementos da missão podem ser declarados *persona non grata*. As pessoas que se encontram acreditadas como membros da família são implicitamente englobadas na declaração respeitante ao membro da missão que fundamenta o seu estatuto diplomático, sofrendo as mesmas consequências, ou seja a perda da imunidade.

A declaração de *persona non grata* não requer fundamentação, nem é exclusivo das questões que envolvam renúncia à imunidade. É muitas vezes usada para mostrar hostilidade para com o Estado de origem do diplomata, como retaliação a uma declaração anterior ou a uma atuação hostil do Estado acreditante em casos em que a manutenção do diplomata é insustentável.

Foram inúmeros os casos de declaração de *persona non grata* da história recente, devido a casos de espionagem, nomeadamente durante a Guerra Fria, mas também de outra natureza tais como:

Em 1976, a Dinamarca declarou o Embaixador norte-coreano *persona non grata* quando foi acusado de tráfico de droga, álcool e tabaco. O ano de 1976 foi especialmente difícil para a diplomacia norte-coreana, uma vez que os seus Embaixadores e quatro dos agentes diplomáticos na Noruega e na Suécia foram também declarados *persona non grata* por desrespeitarem as leis penais daqueles países.

Em 1984, a Tanzânia declarou *persona non grata* um diplomata indonésio depois de este ter sido apanhado a traficar marfim. Não sofreu sanções penais na Indonésia ainda que tenha sido demitido. Em 1994, a Indonésia não hesitou em considerar dois diplomatas americanos por envolvimento num sindicato de narcóticos. Ambos foram julgados e condenados nos EUA de acordo com a lei penal americana. Em 1997, os EUA declararam *persona non grata* um diplomata venezuelano acusado de violar a sua ex-noiva, após a recusa do levantamento da imunidade pelo governo da Venezuela. No entanto, o diplomata demitiu-se e pôde ser julgado nos EUA.

Mais recentemente, em 2009, a Rússia declarou um diplomata finlandês como *persona non grata*, por este ter retirado ilegalmente uma criança cuja custódia era objeto de litígio de um carro com matrícula

diplomática russa. Os EUA, em 2014, declararam também *persona non grata* a Cônsul Geral adjunta indiana em Nova Iorque, depois de a Índia não ter renunciado à imunidade num caso de falsificação de vistos e falsas declarações. Por último, em 2016, a Bulgária declarou um diplomata turco *persona non grata* por este conduzir atividades de cariz religioso incompatíveis com o estatuto diplomático.

Em dezembro de 2016, os EUA expulsaram 35 diplomatas russos por suspeitar que a Rússia tinha interferido informaticamente na campanha para as eleições presidenciais desse ano.

2. A prática do Estado Português

O caso dos incidentes da Ponte de Sôr permitiu que o Ministério dos Negócios Estrangeiros refletisse e sistematizasse a sua prática no que respeita ao levantamento da imunidade e à declaração de *persona non grata*.

Como vimos, o artigo 32.º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas é claro: só o Estado acreditador pode renunciar à imunidade dos seus agentes diplomáticos e terá de fazê-lo de forma expressa. A Convenção de Viena é, contudo, omissa sobre os aspetos práticos da renúncia da imunidade.

O pedido de renúncia para efeitos de investigação ou de constituição de arguido é naturalmente da responsabilidade das autoridades judiciais portuguesas. Caso entendam que a renúncia é necessária para a condução do procedimento criminal, comunicam-no ao Ministério dos Negócios Estrangeiros. Assim, o pedido de renúncia à imunidade é transmitido pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros à Embaixada em causa, nos termos do artigo 41.º da Convenção de Viena, que estipula que os assuntos oficiais com as Embaixadas são tratados através do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Poderia suscitar-se a questão de saber se o Ministério dos Negócios Estrangeiros pode, por sua iniciativa, pedir a renúncia da imunidade de determinado agente diplomático. Sem um pedido concreto das autoridades judiciais, coloca-se a questão do fundamento e objetivo de tal pedido. Não sendo o Ministério dos Negócios Estrangeiros um órgão judicial, caso fosse obtida a renúncia da imunidade, que faria esse Ministério com a mesma? Assim, a prática seguida pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros tem sido a de esperar pela avaliação do Ministério Público e, em estreita cooperação com as autoridades judiciais portuguesas, transmitir eventuais pedidos às Embaixadas em causa (ou as autoridades desse Estado) sempre que para tal for solicitado.

Na prática diplomática portuguesa, o pedido de renúncia transmite-se através de uma comunicação oficial do Ministério dos Negócios Estrangeiros ao Estado acreditante entregue à sua Embaixada em Lisboa ou na sua capital. Poderá haver maior ou menor solenidade nesse ato e ser o Embaixador do Estado acreditante chamado ao Ministério dos Negócios Estrangeiros para que a comunicação lhe seja entregue. A resposta do Estado acreditante deverá igualmente ser transmitida por uma comunicação oficial, i.e. de forma expressa, ao Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Está igualmente consolidada a prática diplomática portuguesa relativamente à declaração de *persona non grata*, prevista no artigo 9.º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. É considerado que esta declaração é uma figura de natureza político-diplomática e que compete ao Governo – enquanto órgão de condução da política geral do país – quer interna quer externa (cfr. artigo 182.º da Constituição da República Portuguesa), declarar um agente diplomático *persona non grata*. Essa decisão tomada em Conselho de Ministros é comunicada, pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros, à Embaixada ou às autoridades do Estado acreditante com a definição de um prazo para o agente diplomático abandonar o território nacional.

Não se pode, no entanto, ignorar a competência do Presidente da República em matéria de relações internacionais e o facto de, nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 135.º da Constituição, competir ao Presidente da República acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros. A declaração de *persona non grata* não é, todavia, uma «desacreditação» mas antes uma declaração política de natureza diplomática cuja implementação compete ao Estado acreditador. Afigura-se, assim, que o Presidente da República, apesar não ser competente para o efeito, deverá ser informado da intenção do Governo de proceder a esta declaração de *persona non grata* de um determinado agente diplomático, no espírito da norma prevista na alínea c) do n.º1 do artigo 201.º da Constituição.

Há registo no Arquivo Histórico-Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros de uma dezena de casos de declaração de *persona non grata* ocorridos em Portugal nos anos 70 e 80. Em alguns casos os Estados acreditantes retaliaram e agentes diplomáticos portugueses nas suas capitais (por exemplo, entre outras, Praga e Maputo) foram igualmente declarados *persona non grata*. Noutros casos, como em 1981, foi o Governo português, que em resposta às graves acusações e ao tratamento dado ao Encarregado de negócios português em Havana, declarou *persona non grata* o Embaixador cubano em Lisboa, Manuel Estevez Perez. O caso mais recente de declaração de *persona non grata* foi o da Embaixadora da Síria, residente em Paris, e data de 2012.

III. Abusos de imunidade e a prática dos Estados

O abuso da imunidade diplomática ocorre sempre que uma pessoa a quem tenha sido conferida imunidade pratica uma infração – de natureza criminal, civil ou administrativa – sabendo que poderá não responder por ela no Estado acreditador. Apesar de mediáticos – e de difícil justificação para a opinião pública – os casos de abuso de imunidade são reduzidos e a maioria dos membros das missões e seus familiares cumpre a lei do Estado onde está acreditada.

A prática dos Estados quanto à renúncia da imunidade dos seus diplomatas não é uniforme e a decisão em cada caso concreto depende de vários fatores – a gravidade da acusação, o impacto nas relações bilaterais, o grau de certeza da prática da infração, a expectativa de que o julgamento seja justo e equitativo – e, partindo dos casos analisados, não se encontra uma tendência no sentido de renunciar ou não à imunidade dos diplomatas. Por sua vez, o recurso à declaração de *persona non grata* pode ou não seguir-se a uma recusa de renúncia à imunidade.

Assim, em 1985, a Zâmbia levantou a imunidade de um diplomata seu acreditado em Londres, suspeito de tráfico de heroína e, em 1989, a Bélgica levantou a imunidade de um agente diplomático nos EUA, após este ter confessado o homicídio de dois homens na Flórida, e na condição dos EUA não aplicarem a pena de morte. Em 1993, a Costa Rica levantou a imunidade do seu Embaixador na Polónia, após este ter sido apanhado com 12 quilos de heroína na mala diplomática.

Em 1994, a Irlanda levantou a imunidade do Cônsul Geral em São Francisco, após este ter ferido seis pessoas num acidente de viação em que conduzia sob o efeito do álcool. Foi julgado e condenado a uma pena de três anos em liberdade condicional, nos EUA. Em 1997, a Geórgia levantou a imunidade do seu Embaixador adjunto nos Estados Unidos, após este ter conduzido sob efeito do álcool em Washington D.C., levando à morte uma rapariga de 16 anos. O diplomata foi julgado e condenado por homicídio nos Estados Unidos, tendo cumprido a pena neste país e na Geórgia.

Em 1999, o Cônsul Geral do Japão em Vancouver agrediu a sua mulher, tendo justificado a agressão às autoridades canadianas como sendo “uma questão cultural”. Após grande controvérsia na opinião pública, o Japão levantou a imunidade do seu diplomata que foi absolvido no julgamento.

Em 2003, o secretário do adido militar da Embaixada colombiana em Londres foi acusado de homicídio de um cidadão britânico que estaria a tentar roubar o seu filho. A Colômbia levantou a imunidade e o militar foi absolvido no julgamento que decorreu no Reino Unido. Exemplos

recentes ocorreram em 2015 quando Espanha levantou a imunidade diplomática do Embaixador no Brasil, após este ter confessado o homicídio da sua mulher e, em 2016, a Nova Zelândia levantou a imunidade de um dos seus agentes após este ter assediado uma empregada e agredido um segurança num bar e ainda insurgir-se contra a polícia, para que a investigação criminal pudesse prosseguir. As autoridades neo-zelandesas, a propósito deste caso, consideraram que a imunidade não se aplica a acusações graves.

São, contudo, numerosos, os casos em que o Estado acreditante recusou levantar a imunidade dos seus diplomatas, ainda que as infrações fossem graves e pudessem ser provadas. Assim, a Roménia não levantou a imunidade do *chargé d'affaires* em Singapura, quando este, alegadamente sob efeito do álcool, embateu contra outro carro, causando a morte de uma pessoa e ferindo outras duas. O diplomata foi chamado à capital e suspenso do exercício das suas funções. A investigação prosseguiu em Singapura, culminando num mandado de detenção e num pedido de extradição do diplomata romeno: o governo singapuriano considerava que imunidade diplomática já não tinha efeitos uma vez que o cidadão romeno tinha sido suspenso das suas funções.

IV. O caso dos filhos do Embaixador do Iraque em Lisboa

A 18 de agosto de 2016, o Ministério dos Negócios Estrangeiros foi informado pela Polícia Judiciária que Haider Saad Ali e Ridha Saad Ali, filhos de Saad Mohammed Ridha M. Ali, Embaixador do Iraque em Lisboa foram intervenientes nos factos que deram origem a um processo criminal por acontecimentos ocorridos em Ponte de Sôr, tendo sido desenvolvidas diligências pela Polícia Judiciária na pendência do Ministério Público.

A 24 de agosto, o Ministério Público solicitou ao Ministério dos Negócios Estrangeiros que apresentasse ao Estado iraquiano um pedido de renúncia à imunidade dos filhos do Embaixador: as autoridades judiciais portuguesas consideravam Haider Saad Ali e Ridha Saad Ali suspeitos na investigação e entendiam ser necessário solicitar a renúncia à imunidade para os interrogar. O pedido foi entregue no dia 25 de agosto pelo Chefe de Protocolo do Estado ao Encarregado de Negócios do Iraque (uma vez que o Embaixador Ali havia sido chamado à sua capital para reportar sobre o incidente).

Entre agosto e dezembro de 2016, o Ministério dos Negócios Estrangeiros fez várias diligências e insistências junto do Ministério dos Negócios Estrangeiros iraquiano e da Embaixada do Iraque em Lisboa

para obter uma resposta ao pedido de renúncia. Antes mesmo do Ministério Público ter solicitado a renúncia à imunidade, já o Embaixador Ali havia sido convocado para um encontro no qual lhe foi transmitida a preocupação pela gravidade do incidente da Ponte de Sôr e a necessidade de cooperação por parte da Embaixada no apuramento dos factos. Posteriormente, os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos dois países abordaram o assunto na Semana Ministerial da AGNU, em Nova Iorque, em setembro de 2016. Seguiu-se, em meados de outubro, uma reunião com representantes iraquianos em Lisboa, na qual altos funcionários do Ministério dos Negócios Estrangeiros prestaram informação sobre o quadro jurídico português e no qual as autoridades iraquianas se comprometeram a responder formalmente e com brevidade ao pedido de renúncia nos dias que se seguiram a reunião.

Em finais de outubro, contudo, a resposta formal que chegou das autoridades iraquianas reiterou apenas a vontade de cooperar com as autoridades portuguesas para o cabal esclarecimento dos factos sem transmitir uma decisão a respeito do pedido de levantamento da imunidade. A resposta, transmitida ao Ministério Público, foi naturalmente objeto de análise pelas autoridades judiciais à luz do direito processual português e, a 7 de dezembro, o Ministério Público reiterou o pedido de renúncia da imunidade de Haider Saad Ali e Ridha Saad Ali. Em resposta ao pedido feito pelas autoridades iraquianas de elementos concretos que as habilitassem melhor a analisar o pedido de levantamento de imunidade, o Ministério Público disponibilizou a certidão extraída do processo de inquérito. Tanto o pedido como a certidão foram entregues em mão ao Embaixador do Iraque, tendo-lhe sido pedida uma resposta formal no prazo máximo de 20 dias úteis, prazo considerado razoável para que as autoridades de Bagdad analisassem a informação transmitida.

Face à inexistência de obstáculos de ordem jurídica contra Haider Saad Ali e Ridha Saad Ali, o Embaixador e a sua família puderam partir de férias a 13 de dezembro tendo o Embaixador Saad Mohammed Ridha Ali regressado a 5 de janeiro.

A 6 de janeiro de 2017, a Embaixada do Iraque entregou no Ministério dos Negócios Estrangeiros uma nota verbal na qual não dava de novo a resposta cabal que se esperava e veiculava novas questões sobre o enquadramento jurídico, tendo o Ministério dos Negócios Estrangeiros voltado a transmitir de imediato o conteúdo desta comunicação ao Ministério Público. Em resposta à esta nota verbal iraquiana, o Ministério dos Negócios Estrangeiros indiciava que o prazo e as opções das autoridades iraquianas se tinham esgotado e que as autoridades portuguesas dariam em breve conta da sua deliberação sobre este assunto.

A comunicação social jogou nesta fase um papel fundamental ao continuar a seguir o caso com atenção, mantendo a pressão e aventando repetidamente a hipótese de declarar o Embaixador iraquiano *persona non grata*. O próprio Ministro dos Negócios Estrangeiros, em múltiplas declarações à imprensa, não descartava essa hipótese insistindo que Portugal usaria de todos os instrumentos que o direito internacional lhe conferia e acrescentando que era «tempo de passar das palavras aos atos».

Tanto o advogado do jovem agredido em Ponte de Sôr quanto o Embaixador do Iraque souberam usar os dias que se seguiram para negociar um acordo extrajudicial e uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. Esse acordo, a que se somava o pagamento de todas as despesas médicas, foi anunciado pelo advogado à comunicação social no dia 16 de janeiro. Durante este período, fez o Ministério dos Negócios Estrangeiros o que lhe competia: prosseguiu com diligências diplomáticas a vários níveis para persuadir as autoridades de Bagdad a levantar a imunidade diplomática de Haider Saad Ali e Rhida Saad Ali.

A 18 de janeiro, o Ministério dos Negócios Estrangeiros recebeu os elementos adicionais da Procuradoria-Geral da República solicitados a 6 de janeiro sobre o processo de inquérito relativo aos incidentes de Ponte de Sôr de agosto de 2016. Estes elementos confirmavam e reforçavam a necessidade de levantamento da imunidade diplomática dos filhos do Embaixador do Iraque, Haider Saad Ali e Rhida Saad Ali, para que este processo pudesse prosseguir em Portugal.

A resposta final e inequívoca sobre o pedido de levantamento da imunidade diplomática apresentado pelas autoridades portuguesas veio a 19 de janeiro. Numa nota entregue no Ministério dos Negócios Estrangeiros pelo Conselheiro da Embaixada do Iraque, as autoridades iraquianas consideravam que não existiam elementos suficientes que justificassem a renúncia da imunidade dos filhos do seu Embaixador mas que queriam prosseguir o processo judicial no Iraque usando, para isso, os mecanismos de cooperação judiciária existentes entre Portugal e o Iraque. As autoridades iraquianas comunicavam igualmente que iriam retirar o Embaixador de Lisboa.

Terminava, assim, com a partida do Embaixador Ali e com a anuência das autoridades iraquianas para conduzir o processo no Iraque, a fase política de um caso difícil para as autoridades portuguesas. Ao longo deste processo, a preocupação do Governo português, sempre balizado pelo respeito pelo Direito Internacional, foi procurar, de modo consistente,

a realização da justiça e uma compensação à vítima, sobretudo quando se foi tornando claro que as autoridades de Bagdad não iriam levantar a imunidade diplomática de Haider Saad Ali e Rhida Saad Ali.

Tivesse o Embaixador iraquiano sido declarado *persona non grata*, as autoridades de Bagdad não teriam, muito provavelmente, aceite conduzir o processo no Iraque nem a vítima portuguesa teria sido compensada. Sem usar a prerrogativa extrema prevista pela Convenção de Viena, foi contudo feito saber às autoridades iraquianas que não havia condições para que o Embaixador Ali continuasse a sua missão em Portugal.

V. Críticas ao atual sistema e possíveis reformas

Apesar de se manter inalterado desde 1961 e de resultar a codificação de regras de direito costumeiro com séculos de existência, o regime de imunidades e privilégios da Convenção de Viena tem vindo a ser alvo de crescentes críticas, a maioria das quais se sintetiza na expressão “*imunidade (não) é impunidade*”.

Como vimos, é possível que, perante um caso de abuso de imunidade, um diplomata ou um seu familiar não seja responsabilizado pelas suas ações, causando uma reação negativa nos cidadãos, essencialmente, por duas razões. A primeira é a possibilidade de, num Estado de Direito, uma pessoa ter um estatuto que lhe permita não ser julgada por um crime que cometeu. Se esse estatuto decorre meramente de uma relação familiar (o ser familiar de um diplomata), mais difícil se torna justificar a concessão de imunidade.

A segunda é a desproteção das vítimas que pode resultar deste sistema: a Convenção de Viena aplica-se às relações entre Estados, pelo que não faz referência à compensação das vítimas das infrações cometidas por diplomatas e seus familiares. Com efeito, no século XXI, a inexistência de proteção adequada das vítimas torna-se cada vez mais insustentável. Neste contexto, alegar que a Convenção de Viena codifica normas com séculos de existência é insuficiente, na medida em que as normas jurídicas não são imutáveis nem perpétuas. Basta, aliás, lembrar que essas normas encontraram a oposição de vários juristas logo nos séculos XVI e XVII e que se consolidaram por necessidades de *realpolitik*.

Um dos desafios que os Estados enfrentam hoje é o de equilibrar o regime de privilégios e imunidades da Convenção e a adequada proteção dos direitos humanos das vítimas dos abusos de imunidade. Uma análise sistemática deste tema ultrapassa o âmbito deste artigo, pelo que deixamos apenas algumas pistas para uma reflexão mais aprofundada do leitor.

Deve ter-se presente que os casos de abuso de imunidade que envolvem a prática de crimes graves são, felizmente, pouco relevantes em termos estatísticos. A maioria dos diplomatas e respectivas famílias não tem registo de infrações. No entanto, os casos de abuso de imunidade em caso de crimes graves são muito mediáticos, causam uma comoção pública generalizada e – o caso da Ponte de Sôr foi exemplar nesse aspeto – dão azo a discussões pouco fundamentadas sobre o regime das imunidades, causando mais confusão que esclarecimento. Por outro lado e, com o aumento considerável de Estados da comunidade internacional e a proliferação de organizações internacionais na segunda metade do século XX, com a consequente concessão de imunidades e privilégios aos seus representantes, houve um aumento do número de pessoas com estatuto diplomático ou equivalente, pelo que o número de casos de abuso subiu nessa proporção.

Com estas ressalvas, vejamos então que mecanismos poderiam auxiliar os Estados a reduzir os casos de abuso de imunidade e também a garantir uma abordagem das imunidades mais consentânea com o que é hoje a maior conquista do Direito Internacional Público, os Direitos Humanos.

Assumindo que seria desejável que o regime da Convenção de Viena fosse revisto, mas tendo presente que essa revisão não acontecerá num futuro próximo, vejamos algumas medidas internas que todos os Estados podem adotar com o objetivo de prevenir o abuso de imunidades pelos seus agentes diplomáticos.

A primeira medida será a formação dos agentes diplomáticos e das suas famílias sobre o fundamento, extensão e regime de imunidades e privilégios, que é essencial. Os cursos de formação que os serviços diplomáticos habitualmente organizam, antes da colocação em posto dos agentes diplomáticos, devem acentuar esta matéria e o princípio que «imunidade não é impunidade». É uma medida simples mas que já provou ser eficaz para alterar más práticas quase consolidadas na comunidade diplomática. Basta lembrar que há apenas duas décadas era comum que os diplomatas se recusassem a pagar multas de trânsito ou de estacionamento relacionadas com a sua vida quotidiana nos Estados onde estavam acreditados e, após alguns anos de pedagogia, o número de multas por pagar tem vindo a reduzir, graças a uma maior consciencialização do âmbito e extensão da imunidade diplomática.

Seria também desejável que um número crescente de Estados adotasse uma postura consistente que se traduzisse na prática numa política de tolerância zero dos abusos de imunidade por parte dos seus diplomatas por forma a dissuadir esses potenciais abusos. Assim, os Estados devem

garantir que os seus diplomatas são responsabilizados pelas infrações penais relacionadas com a sua vida privada que cometem em posto, seja através do levantamento da imunidade, seja através do julgamento no país de origem, se o levantamento não se mostrar adequado.

Poderiam ainda ser equacionados outros mecanismos que permitam aos Estados acreditadores compensar os seus nacionais em casos de abuso de imunidade em que não haja levantamento da imunidade nem continuação do procedimento criminal no Estado de origem. Foi já sugerida a criação de um *Trust Fund* para a compensação dos danos à propriedade das vítimas e, em casos mais graves, de danos não materiais⁶⁸.

É inegável que, no século XXI, os diplomatas continuam a precisar de um regime que lhes permita exercer a sua profissão sem temer pressões por parte do Estado acreditador. No entanto, vimos também que os abusos desse regime favorável deixaram de ser aceitáveis por grande parte da comunidade internacional. Assim, com algum cinismo característico do Príncipe de Falconeri do romance de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, a pergunta que se impõe é o que terá de mudar no regime das imunidades e privilégios da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas para que tudo fique (quase) na mesma?

68 v. Mitchell S. Ross, "Rethinking Diplomatic Immunity: A review of remedial approaches to address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities", in *American University International Law Review*, 1989, vol. 4, n.º 1, pp. 173 ss, e Dror Ben-Asher "Human rights meet diplomatic immunities: problems and possible solutions", 2000, Harvard Law School.

ii. Imunidade de jurisdição penal de altos funcionários de um Estado pela prática de crimes graves de relevância internacional

Inês Matos

I. Introdução

As imunidades, juntamente com os privilégios, fazem parte de um conjunto de prerrogativas que são concedidas com o objetivo de facilitar a um Estado o cumprimento de uma missão de serviço público no território de outro Estado.

Qualquer regime de privilégios e imunidades representa sempre uma exceção ao princípio geral segundo o qual, no território nacional de um Estado, qualquer pessoa singular ou coletiva que aí se encontre, estará submetida aos poderes soberanos das autoridades desse Estado e às leis que nele estiverem em vigor.

Os Estados gozam de imunidade de jurisdição e de execução com base no princípio da igualdade e autonomia, segundo o Direito Internacional consuetudinário, sendo que as imunidades dos Estados se estendem aos seus funcionários.

Neste sentido, entende-se presentemente que os privilégios e imunidades são concedidos aos funcionários de um Estado para garantir o desempenho independente e eficaz das suas funções, enquanto representantes desse mesmo Estado⁶⁹.

As imunidades concedidas ao abrigo do Direito Internacional podem ser imunidades materiais/funcionais, também designadas como imunidades *ratione materiae*, ou imunidades pessoais, conhecidas igualmente como imunidades *ratione personae*.

As imunidades materiais/funcionais dizem respeito aos atos praticados pelos funcionários de um Estado na sua qualidade oficial, ou seja, por outras palavras, abrangem os atos oficiais de um funcionário de um Estado. Estas imunidades subsistem mesmo após o termo das funções.

Já as imunidades pessoais, por seu lado, visam proteger o funcionário do Estado, tornando a sua pessoa inviolável e concedendo-lhes imunidade

69 Neste sentido, *vide* o preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, onde se pode ler: “Reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas sim a de garantir o eficaz desempenho, das funções das missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados”.

de jurisdição civil e penal. Estas imunidades abrangem tanto os atos oficiais como os atos privados praticados por quem as goza quer enquanto seja funcionário do Estado quer antes de iniciar as suas funções. As imunidades pessoais são concedidas pelo Direito Internacional convencional e consuetudinário apenas a um determinado grupo de pessoas, nomeadamente, Chefes de Estado e de Governo, Ministros dos Negócios Estrangeiros, agentes diplomáticos e altos funcionários de organizações internacionais. Contrariamente às imunidades materiais/funcionais, estas imunidades cessam após o termo das funções da pessoa que goze delas.

Note-se que, não obstante esta distinção, quem goza de imunidades materiais/funcionais pode gozar simultaneamente de imunidades pessoais.

II. Imunidades dos altos funcionários dos Estados

As imunidades concedidas aos altos funcionários de um Estado têm como objetivo prevenir quaisquer interferências no exercício efetivo das suas atividades, por parte das autoridades nacionais de outro Estado, limitando, assim, a sua ação internacional. Neste sentido, gozam dessas imunidades durante o exercício das suas funções, mesmo quando se deslocam a outro Estado a título privado ou quando agem enquanto privados.

III. Imunidade de jurisdição penal

De entre as várias imunidades que são habitualmente concedidas aos funcionários de um Estado está a imunidade de jurisdição.

A imunidade de jurisdição consubstancia uma imunidade processual e assume duas vertentes. Por um lado, temos a imunidade de jurisdição civil e administrativa e, por outro, a imunidade de jurisdição penal.

Aquele que goze de imunidade de jurisdição penal não pode ser submetido à jurisdição penal do Estado estrangeiro onde se encontra, ou seja, não pode ser alvo de um processo penal nesse mesmo Estado.

No entanto, é entendimento generalizado que a imunidade de jurisdição não deve significar impunidade. Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que estabelece que “a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditador não o isenta da jurisdição do Estado acreditante”⁷⁰.

70 *Vide* artigo 31.º, n.º 4 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

Este entendimento tem vindo a ser reforçado, nomeadamente quando está em causa a prática de atos que podem ser considerados crimes graves de relevância internacional, como, por exemplo, crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade, entre outros.

O respeito pelos direitos humanos tem levado a comunidade internacional a afastar o princípio do respeito pela soberania dos Estados e, assim, a privilegiar a proteção destes direitos face à proteção dos funcionários do Estado.

IV. Imunidade de jurisdição penal internacional dos altos funcionários de um Estado pela prática de crimes graves de relevância internacional.

Quando se fala de imunidade de jurisdição penal internacional, está em causa a possibilidade de um funcionário de um Estado ser alvo de um processo de natureza penal perante um órgão internacional.

Já vários instrumentos abordaram esta questão, estabelecendo que o facto de serem funcionários de um Estado não os eximiria de responsabilidade penal pela prática de este tipo de crimes.

Entre estes instrumentos, estão o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga⁷¹ e, mais recentemente, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura em Roma, em 17 de julho de 1998. Estes dois instrumentos vieram estabelecer que a qualidade oficial, em particular a qualidade de Chefe de Estado ou de Governo, de membros do Governo ou do Parlamento ou de funcionário público não afasta a sua responsabilidade quando esteja em causa este tipo de crimes.

O entendimento de que os altos funcionários de um Estado não poderiam ser responsabilizados por atos que tivessem praticado no exercício das suas funções começou a ser posto em causa após a 2.^a Guerra Mundial.

O Tribunal Internacional Militar de Nuremberga foi um dos tribunais criados após o final da 2.^a Guerra Mundial para julgar os crimes que foram cometidos durante esta guerra. De acordo com o seu Estatuto, este Tribunal era competente para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁷².

71 Adotado em Londres, a 8 de agosto de 1945.

72 *Vide* artigo 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga.

O seu artigo 7.º estabeleceu que a qualidade oficial dos arguidos, quer como Chefes de Estado ou como funcionários em Departamentos Governamentais, não os eximiria de responsabilidade ou seria motivo para redução da sua pena.

O Estatuto do Tribunal de Tóquio, adotado em 1946, continha uma disposição semelhante, assim como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda e o Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa, e este princípio foi incorporado ainda noutros instrumentos, como, por exemplo, na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 9 de dezembro de 1948, e no Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1996.

Cumpra ainda fazer uma breve referência à Resolução da Assembleia Geral das Nações n.º 95, de 11 de dezembro de 1946⁷³, onde a Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua primeira sessão, confirmou os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga e nos julgamentos do Tribunal e instruiu a Comissão de Direito Internacional para formular, no âmbito da codificação dos crimes contra a paz e a segurança ou de um código penal internacional, os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga e nos julgamentos do Tribunal. No texto que foi adotado pela Comissão de Direito Internacional, em 1950⁷⁴, o Princípio III estabelecia que o facto de que o indivíduo que cometeu um ato que constitui um crime ao abrigo do Direito Internacional agiu enquanto Chefe de Estado ou de Governo não afasta a sua responsabilidade ao abrigo do Direito Internacional.

Neste sentido e face ao exposto, pode-se inferir que a disposição constante no artigo 7.º do Estatuto do Tribunal de Nuremberga veio gradualmente a adquirir o estatuto de regra de direito internacional consuetudinário.

O instrumento internacional mais recente que aborda a questão da imunidade de jurisdição penal dos funcionários de um Estado, incluindo a dos seus altos funcionários, é o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O Estatuto, no seu artigo 27.º estabelece a irrelevância da

73 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>

74 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf

qualidade oficial para o exercício da jurisdição do Tribunal⁷⁵, sendo que são da sua competência o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão⁷⁶.

Contudo, note-se que a aplicação da disposição contida neste artigo tem levantado algumas questões, nomeadamente aquando da necessidade da sua articulação com o artigo 98.º do Estatuto de Roma⁷⁷, o qual diz respeito à cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega.

O caso mais recente que pôs em causa a relação entre o artigo 27.º e o artigo 98.º do Estatuto de Roma foi a visita do Presidente sudanês Omar Al-Bashir à África do Sul, em 2015. O presidente sudanês tem dois mandados de detenção emitidos em seu nome⁷⁸ pelo Tribunal Penal Internacional, no âmbito do inquérito à situação no Darfur, Sudão, a qual foi submetida àquele Tribunal pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 2005⁷⁹.

Omar Al-Bashir deslocou-se a África do Sul para participar na Cimeira da União Africana, que teve lugar naquele Estado, de 14 a 15 de junho de 2015, sendo que África do Sul, Estado Parte no Estatuto de Roma, não deu cumprimento aos mandados de detenção emitidos pelo Tribunal.

África do Sul tem defendido, para justificar a não detenção e entrega ao Tribunal do presidente sudanês, que o artigo 98.º do Estatuto de Roma

75 O Estatuto de Roma estabelece no seu artigo 27.º que: “1 – O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena.

2 – As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”.

76 Vide artigo 5.º do Estatuto de Roma.

77 Artigo 98.º do Estatuto de Roma: “1 – O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2 – O Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.”.

78 O primeiro mandado de detenção em nome do Presidente Al-Bashir foi emitido em 4 de março de 2009 e o segundo em 12 de julho de 2010.

79 Resolução do Conselho de Segurança n.º 1593, de 31 de março de 2005.

consagra uma exceção ao dever de deter e entregar um chefe de Estado. Tal exceção será baseada no reconhecimento de que, enquanto o artigo 27.º do Estatuto pode implicar a renúncia da imunidade entre Estados Parte, tal renúncia não se aplicaria na relação entre Estados Parte e Estados não Parte no Estatuto, como é o caso do Sudão. Para além disso, é necessário ter em consideração que a obrigação relativa à imunidade de chefes de Estado resulta do Direito Internacional consuetudinário, ao abrigo do qual os chefes de Estado têm imunidade de jurisdição penal estrangeira, incluindo de detenção. O artigo 27.º, nomeadamente o seu número 2, não cria uma exceção a esta imunidade, dizendo respeito apenas aos processos que decorram no Tribunal Penal Internacional. Mais entende que não decorre da Resolução do Conselho de Segurança que submeteu a situação do Darfur, Sudão àquele Tribunal que esta imunidade tenha sido renunciada.

Note-se que este último argumento vem no seguimento da decisão do *Pre-Trial Chamber II*, de 13 de junho de 2015⁸⁰, proferida no seguimento de um pedido apresentado pela Procuradora, após África do Sul ter ativado o mecanismo de consultas previsto no artigo 97.º do Estatuto de Roma. Este mecanismo foi estabelecido para situações em que um pedido de cooperação feito pelo Tribunal suscite dificuldades que possam obviar à sua execução ou impedi-la. No caso em apreço, África do Sul ativou este mecanismo argumentando que estava perante obrigações concorrentes, nomeadamente a obrigação de deter e entregar Omar Al-Bashir e a obrigação de respeitar a sua imunidade.

Nesta decisão, o Tribunal considerou que não existia qualquer ambiguidade na lei e que África do Sul estava obrigada a deter e entregar Omar Al-Bashir. Para esse efeito, lembrou uma decisão anterior, de 9 de abril de 2014, em que foi abordada esta mesma questão, na altura levantada pela República Democrática do Congo. Nessa decisão de 2014, referia-se que as imunidades concedidas ao presidente sudanês ao abrigo do direito internacional, por força da sua qualidade de Chefe de Estado, foram implicitamente levantadas pelo Conselho de Segurança na Resolução n.º 1593(2005) que remeteu a situação do Sudão ao Tribunal. Assim, foi entendido que não existia qualquer impedimento à detenção e entrega de Al-Bashir e que, consequentemente a República Democrática do Congo não podia invocar qualquer outra decisão, incluindo uma decisão da União Africana, que estabelecesse uma obrigação em contrário

80 *Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-242).

Neste sentido, o *Pre-Trial Chamber II*, na sua decisão de 2015, considerou que este entendimento se aplicava igualmente à questão agora apresentada pela África do Sul, encontrando-se este Estado sob a obrigação de deter e entregar Omar Al-Bashir, sem que o procedimento de consultas ou qualquer outra discussão no futuro sobre esta questão suspendessem essa obrigação.

A 6 de julho de 2017, o mesmo *Pre-Trial Chamber II*, na sua decisão ao abrigo do artigo 87.º, número 7 do Estatuto de Roma quanto à recusa por parte da África do Sul de um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal para a detenção e entrega de Omar Al-Bashir⁸¹, voltou a abordar a questão da imunidade do Presidente sudanês para avaliar se existia uma obrigação para a África do Sul de deter e entregar este Chefe de Estado ao Tribunal.

Na sua análise, o Tribunal considerou que existe uma regra de Direito Internacional consuetudinário que impede o exercício da jurisdição penal dos Estados relativamente a Chefes de Estado de outros Estados, sendo que tal imunidade se estende a qualquer ação que possa por em causa o exercício das funções desse mesmo Chefe de Estado. O Tribunal referiu ainda que não conseguira identificar uma regra de Direito Internacional consuetudinário que afastasse a imunidade dos Chefes de Estado quando a sua detenção fosse requerida pela prática de crimes internacionais por um outro Estado, mesmo quando tal detenção seja requerida em nome de um tribunal internacional, incluindo o próprio Tribunal Penal Internacional.

Quanto ao efeito do artigo 27.º, número 2, do Estatuto de Roma nas imunidades concedidas com base na qualidade oficial, o Tribunal considerou que esta disposição afasta a imunidade, neste caso de detenção, concedida aos Chefes de Estado. Com efeito, o Tribunal defendeu que tal imunidade obstará a que o Tribunal exercesse a sua jurisdição. Mais acrescentou que a possibilidade dos Estados Parte no Estatuto poderem recorrer às imunidades para recusarem-se a cooperar com o Tribunal criaria um obstáculo inultrapassável ao exercício da jurisdição daquele Tribunal. Assim, no entender do Tribunal, o exercício da sua jurisdição ficaria reduzido a um conceito teórico.

O Tribunal lembrou que as imunidades funcionais concedidas com base na qualidade oficial não são concedidas, ao abrigo do Direito

⁸¹ *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09-302).

Internacional, para benefício de um indivíduo, mas sim para evitar a interferência por parte de um Estado no exercício de funções e na soberania de outro Estado. Ao ratificarem o Estatuto, os Estados Partes aceitaram a irrelevância das imunidades concedidas com base na qualidade oficial, incluindo as de que possam gozar de outra forma ao abrigo do Direito Internacional.

Tal como os Estados Partes não podem invocar as imunidades concedidas com base na qualidade oficial de que gozam para recusar um pedido de cooperação do Tribunal, também não podem invocar tais imunidades quando o pedido de cooperação é cumprido por outro Estado.

Neste sentido, o Tribunal considerou que um Estado Parte não pode recusar um pedido de cooperação para a detenção e entrega de um Chefe de Estado de outro Estado Parte, pois qualquer imunidade que pudesse existir face ao Tribunal deixa de ser aplicável com a ratificação do Estatuto de Roma. Assim, o artigo 98.º, número 1, não é aplicável em virtude do artigo 27.º, número 2, não sendo necessária uma renúncia à imunidade, visto que não existe qualquer imunidade.

O Tribunal reconheceu, no entanto, que tal entendimento é apenas válido nos casos em que estão envolvidos Estados Parte ou Estados que aceitaram a jurisdição do Tribunal nos termos do artigo 12.º, número 3 do Estatuto. No caso de Estados não Parte, o regime aplicável será aquele consagrado no artigo 98.º, número 1, e, como tal, o Tribunal não poderá, em princípio, pedir a detenção e entrega de um Chefe de Estado de um Estado não Parte sem antes obter uma renúncia à imunidade.

Contudo, existem ainda os casos em que as obrigações previstas no Estatuto de Roma podem recair sobre um Estado não por este ter aceitado o Estatuto, mas ao abrigo da Carta das Nações Unidas. Nomeadamente, neste caso específico, a situação do Sudão foi remetida ao Tribunal pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em consonância com decisões anteriores, o Tribunal considerou que uma resolução daquele órgão a remeter uma situação ao Tribunal tem como efeito tornar o Estatuto de Roma aplicável na sua totalidade à situação em causa. O Conselho de Segurança, ao decidir que o Sudão cooperará com Tribunal, impôs àquele Estado uma obrigação face ao TPI que o Sudão não teria de outra forma, visto não ter ratificado o Estatuto de Roma. Assim, as relações entre o Sudão e o Tribunal, no que diz respeito ao exercício da jurisdição do Tribunal, são reguladas pelo Estatuto e o artigo 27.º, número 2, é aplicável. Como tal, o Sudão não pode invocar perante o Tribunal a imunidade de Al-Bashir enquanto Chefe de Estado, nem perante um Estado Parte que pretenda cumprir um pedido de detenção e entrega

vindo do Tribunal no exercício da sua jurisdição na situação do Sudão. Os Estados Parte podem cumprir este pedido sem violar os direitos do Sudão ao abrigo do Direito Internacional e, como tal, têm a obrigação de deter Al-Bashir.

No que diz respeito ao artigo 98.º do Estatuto, o Tribunal referiu ainda que esta disposição não permite a um Estado Parte recusar um pedido de cooperação ou adiar o seu cumprimento, nem concede a possibilidade de um Estado Parte de escolher se coopera ou não com base na sua discordância com o entendimento do Tribunal quanto à interpretação e aplicação do Estatuto. Ao invés, este artigo estabelece que é o Tribunal que não fará um pedido de cooperação até obter a renúncia à imunidade por parte do Estado terceiro.

No final, o Tribunal concluiu que a África do Sul incumpriu com as suas obrigações à luz do Estatuto de Roma ao ter recusado o pedido de cooperação do Tribunal e não ter detido e entregue o Presidente sudanês enquanto este esteve em território sul-africano. No entanto, decidiu não submeter a questão à Assembleia de Estados Parte e ao Conselho de Segurança, atendendo nomeadamente ao facto dos próprios tribunais sul-africanos já se terem pronunciado sobre esta questão, considerando que o Governo sul-africano agiu de forma inconsistente com as obrigações que lhe são impostas pelo Estatuto de Roma.

Face ao exposto, parece poder-se inferir que, presentemente, ao abrigo do Direito Internacional consuetudinário, as imunidades pessoais dos altos funcionários não podem impedir os tribunais penais internacionais de acusar e julgar as pessoas suspeitas ou acusadas de terem praticado crimes graves de relevância internacional, no âmbito das suas competências.

V. Imunidade de jurisdição penal estrangeira dos altos funcionários de um Estado pela prática de crimes graves de relevância internacional

Já no que respeita à questão da imunidade de jurisdição penal estrangeira dos altos funcionários de um Estado, questiona-se a possibilidade de um alto funcionário estar sujeito à jurisdição penal de outro Estado. Como já referido oportunamente, a imunidade de jurisdição penal tem por objetivo prevenir quaisquer interferências no exercício efetivo das atividades dos altos funcionários, por parte das autoridades nacionais de outro Estado, impedindo assim que possam impedir ou limitar a sua ação.

Não existe, atualmente, um instrumento de Direito Internacional que trate a questão da imunidade de jurisdição penal estrangeira especificamente, embora existam alguns instrumentos que abordam esta matéria, como por exemplo, as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Relações Consulares, de 1961 e 1963, respetivamente. A concessão da imunidade de jurisdição penal baseia-se maioritariamente no direito internacional consuetudinário.

O Tribunal Internacional de Justiça pronunciou-se sobre a imunidade de jurisdição penal estrangeira dos altos funcionários, mais especificamente dos Ministros dos Negócios Estrangeiros, quando analisou o caso relativo ao mandado de detenção de 11 de abril de 2000, que opôs a República Democrática do Congo à Bélgica perante aquele Tribunal

A República Democrática do Congo interpôs esta ação no Tribunal Internacional de Justiça alegando que a Bélgica tinha violado a regra de Direito Internacional consuetudinário respeitante à inviolabilidade e imunidade de jurisdição penal dos ministros dos negócios estrangeiros em funções.

Em causa estava a emissão de um mandado de detenção, por parte de um tribunal belga, em nome do então Ministro dos Negócios Estrangeiros da República Democrática do Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi, acusando-o de ter praticado atos que constituíam graves violações das Convenções de Genebra, de 1949, e dos seus Protocolos Adicionais e, como tal, de ter praticado crimes contra a humanidade.

A República Democrática do Congo considerou que a imunidade de jurisdição penal de que gozava o seu Ministro dos Negócios Estrangeiros era absoluta e não podia ser sujeita a qualquer exceção. Assim, nenhum procedimento penal poderia ser iniciado por um tribunal estrangeiro enquanto este estivesse a exercer funções sob pena de violar a imunidade de jurisdição penal. Reconhecia o princípio que decorria dos julgamentos dos Tribunais Internacionais Militares de Nuremberga e de Tóquio de que a qualidade oficial aquando da prática dos atos em causa não poderia afastar, perante qualquer tribunal, internacional ou nacional, a responsabilidade ou constituiria motivo para reduzir a sua pena. O facto da imunidade impedir a acusação perante um tribunal não significava que a mesma acusação pudesse ser feita por outro tribunal, que não estivesse vinculado a essa imunidade, ou numa altura em que a imunidade já não tivesse de ser considerada.

A Bélgica, por sua vez, alegou que após a República Democrática do Congo ter interposto esta ação, o Ministro dos Negócios Estrangeiros congolês tinha cessado as suas funções enquanto tal e, como tal, o

mandado agora em causa dizia respeito a um cidadão privado, pelo que a questão levantada pela República Democrática do Congo já estava ultrapassada. Entendeu ainda que, pese embora os Ministros dos Negócios Estrangeiros gozem de imunidade de jurisdição relativamente a tribunais de um Estado estrangeiro, tal imunidade apenas aplica-se a atos praticados no exercício das suas funções e não pode proteger os atos praticados enquanto privados ou quando estejam a agir sem ser no exercício das suas funções. Nas circunstâncias do presente caso, Abdulaye Yerodia Ndombasi não gozava de imunidade quando alegadamente cometeu os atos de que era acusado nem existiam indícios de que estava a agir na sua qualidade oficial, sendo que o mandado foi emitido contra o indivíduo.

Na decisão proferida a 14 de fevereiro de 2002⁸², o Tribunal Internacional de Justiça observou que estava estabelecido no Direito Internacional que, tal como os agentes diplomáticos e os funcionários consulares, os altos funcionários de um Estado, tais como os Chefes de Estado e de Governo e o Ministro dos Negócios Estrangeiros gozavam de imunidade de jurisdição penal e civil noutros Estados. No entanto, seria com base no Direito Internacional consuetudinário, que o Tribunal teria de decidir sobre as questões relativas às imunidades dos Ministros dos Negócios Estrangeiros levantadas por este caso.

Tendo analisado a prática dos Estados, o Tribunal não concluiu que existisse, ao abrigo do Direito Internacional consuetudinário, qualquer exceção à regra que concede imunidade de jurisdição penal aos Ministros dos Negócios Estrangeiros em funções quando sejam suspeitos de ter cometido crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. De igual modo, da análise das disposições constantes dos instrumentos que criaram os tribunais penais internacionais e que regulam a imunidade ou a responsabilidade criminal daqueles que têm uma qualidade oficial, o Tribunal não concluiu que a exceção à imunidade de jurisdição penal nelas contidas se pudesse aplicar relativamente aos tribunais nacionais.

Como tal, o Tribunal Internacional de Justiça considerou que a Bélgica tinha de facto violado a imunidade de Abdulaye Yerodia Ndombasi enquanto Ministro dos Negócios Estrangeiros em funções aquando da emissão do mandado de detenção e violado a imunidade de jurisdição penal de que gozava ao abrigo do Direito Internacional.

⁸² O texto desta decisão pode ser consultado na íntegra na página da Internet do Tribunal Internacional de Justiça, a 26 de junho de 2017 (<http://www.icj-cij.org/>).

Já mais recentemente, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) decidiu abordar igualmente esta questão, ao inserir no seu programa de trabalho, em 2007, o tema “Imunidade penal estrangeira de funcionários do Estado”, sendo que já tinha analisado esta matéria quando, por exemplo, preparou o projeto de princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga e nos julgamentos do Tribunal ou o Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, instrumentos que já foram referidos previamente neste artigo.

Contudo, na discussão que está presentemente a desenvolver, a Comissão de Direito Internacional apenas pretende estudar a questão da imunidade de jurisdição penal estrangeira, afastando, assim, a imunidade de jurisdição penal internacional, consagrada no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e, mais recentemente, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, como referido anteriormente, e a jurisdição penal nacional do próprio Estado do funcionário. De igual modo, decidiram afastar do seu estudo as imunidades concedidas aos agentes diplomáticos e funcionários consulares, aos membros de missões especiais e a agentes e funcionários de organizações internacionais⁸³.

Neste seu estudo, a CDI aborda a questão da imunidade penal dos altos funcionários *ratione personae*, identificando estes como sendo os Chefes de Estado, de Governo e os Ministros dos Negócios Estrangeiros, sendo este o grupo de funcionários de um Estado, por diversas vezes referido como a “troika”, que goza de imunidades pessoais⁸⁴ e referindo que estas imunidades são gozadas apenas durante o período em que estiverem no exercício das suas funções.

Neste sentido, no atual projeto de artigo 3.^o⁸⁵, que estipula, de acordo com a sua epígrafe, as pessoas que gozam de imunidades *ratione personae*, a Comissão de Direito Internacional estabelece que os Chefes de Estados, os Chefes de Governo e os Ministros dos Negócios Estrangeiros gozam

83 Neste sentido, *cfr* o Relatório preliminar sobre imunidade de jurisdição penal estrangeira dos funcionários de um Estado, preparado pelo Relator Especial, em 2008 (A/CN.4/601) e o Segundo relatório sobre imunidade de jurisdição penal estrangeira dos funcionários de um Estado, preparado pela Relatora Especial, em 2013 (A/CN.4/661).

84 As imunidades pessoais são definidas pela Comissão de Direito Internacional como as imunidades de jurisdição penal estrangeira de que gozam certos funcionários de um Estado em virtude do seu estatuto no Estado da sua nacionalidade, que direta e automaticamente lhe concede a função de representante do Estado nas suas relações internacionais.

85 “Article 3 – *Persons enjoying immunity ratione personae*
Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs enjoy immunity ratione personae from the exercise of foreign criminal jurisdiction.”

de imunidades *ratione personae* relativamente ao exercício da jurisdição penal estrangeira.

No que diz respeito ao âmbito desta imunidade, é proposto, no atual projeto de artigo 4.º, que os Chefes de Estado e de Governo e os Ministros dos Negócios Estrangeiros gozam de imunidades *ratione persone* apenas durante o período em que exerçam as suas funções, sendo que tais imunidades abrangem todos os atos praticados, quer na sua qualidade oficial, quer na sua qualidade privada, tanto antes como durante o período do mandato e a sua cessação não afeta a aplicação das regras de Direito internacional no que diz respeito às imunidades *ratione materiae*.

A Comissão de Direito Internacional tem também debatido durante o estudo deste tópico a existência de exceções ou limitações à imunidade de jurisdição penal estrangeira, analisando, nomeadamente, as situações em que estão em causa os crimes graves de relevância internacional.

A Relatora Especial para este tópico, no quinto relatório que apresentou à Comissão em 2016⁸⁶, onde abordou estas duas questões, referiu que a prática dos tribunais nacionais é a de um reconhecimento generalizado das imunidades dos Chefes de Estado, Chefes de Governo e dos Ministros dos Negócios Estrangeiros sem considerar a possibilidade de existência de limitações ou exceções, especialmente nos casos em que estão em causa crimes graves de relevância internacional. No que diz respeito à legislação nacional, constatou que aquelas que preveem limitações ou exceções não as aplicam a este grupo de funcionários de um Estado durante o período em que se encontram a exercer as suas funções, ou seja durante o seu mandato, e aquelas que não fazem distinção entre os funcionários de um Estado, distinguindo os altos funcionários dos restantes funcionários, quando estabelecem limitações ou exceções fazem-no para efeitos de cooperação com os tribunais penais internacionais.

Fez ainda referência ao Tribunal Internacional de Justiça quando este referiu, na sua decisão de 2002, a existência de uma regra consuetudinária que reconhece a imunidade completa ou absoluta dos Ministros dos Negócios Estrangeiros, que se aplica igualmente aos Chefes de Estado e de Governo, e que não permite qualquer exceção, nem mesmo quando esteja em causa a prática de crimes graves de relevância internacional, como o genocídio, os crimes contra a imunidade e os crimes de guerra.

Assim, a Relatora Especial entendeu que não era possível determinar a existência de uma regra consuetudinária que permitisse a aplicação de

86 A/CN.4/701.

limitações ou exceções às imunidades *ratione personae* ou identificar uma tendência favorável para a adoção de tal regra.

Neste sentido, apresentou uma proposta de artigo que elenca como crimes a que a imunidade de jurisdição penal *ratione materiae* não se aplica, nomeadamente, o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, tortura e desaparecimento forçado, entre outros⁸⁷.

Pese embora, este relatório tenha sido alvo de uma discussão meramente preliminar no âmbito da Comissão de Direito Internacional e na Sexta Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, houve apoio à proposta apresentada pela Relatora Especial, sendo que esta questão ficou de ser analisada em maior profundidade na sessão de 2017 da Comissão.

VI. Conclusão

A questão da imunidade de jurisdição penal estrangeira dos altos funcionários de um Estado pela prática de crimes graves de relevância internacional é uma questão de grande complexidade e que continuará a ser discutida.

Por um lado, existe o entendimento da comunidade internacional de que as violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário não podem ficar impunes, enquanto, por outro, existe a *ratio* por detrás da concessão desta imunidade aos altos funcionários, que se prende com os princípios de soberania dos Estados e de igualdade entre Estados.

Não obstante, importa sempre ter presente que imunidade não significa impunidade.

Mesmo quando subsista a imunidade, o Estado do qual o alto funcionário é nacional continua a ter jurisdição sobre o mesmo. Existe igualmente a possibilidade de renunciar à imunidade do alto funcionário permitindo que este seja julgado num tribunal de outro Estado. Por fim, é de notar que esta imunidade apenas perdura enquanto o alto funcionário estiver em funções (*ratione personae* – apenas no caso da “troika”) ou em relação a atos oficiais do Estado, sendo que os crimes internacionais se encontram excluídos. Podem, ainda, existir outros atos relativamente aos quais não se suscita a questão da imunidade, por não serem atos oficiais, como é o caso dos atos de corrupção e atos afins.

⁸⁷ Cfr: o projeto de artigo 7.º constante do quinto relatório apresentado pela Relatora Especial, em 2016 (A/CN.4/701).

Bibliografia:

Akande, Dapo (2004). “International law immunities and the International Criminal Court”. *American Journal of International Law*. Volume 98, n.º 3: páginas 407 a 433.

Borghi, Alvaro (2003). *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*. Basileia. Helbling & Lichtenhahn.

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

Cassese Antonio (2008). *International Criminal Law*. Oxford. Oxford University Press.

Cassese, Antonio (2002). “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”. *European Journal of International Law*. Volume 3, n.º 4: Páginas 853 a 875. Disponível em <http://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/Cassese.pdf>.

Caban, Pavel (2016). “Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction – Exceptions to Immunity Ratione Materiae”. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*. Volume 7: Páginas 306 a 329. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2858302.

Dodge, William S. (2015) «Foreign Official Immunity in the International Law Commission: The Meanings of “Official Capacity”». *American Journal of International Law Unbound*. Volume 109: Páginas 156 a 160. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/foreign-official-immunity-in-the-international-law-commission-the-meanings-of-official-capacity/56EBA74D842E68B985908EC89F1093C6>

Huang, Huikang (2014). “On Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”. *Chinese Journal of International Law*. Volume 13, n.º 1: Páginas 1 a 11.

Moll, Leandro de Oliveira (2011), *Imunidades Internacionais: Tribunais Nacionais ante a Realidade das Organizações Internacionais*.

Brasília. Fundação Alexandre de Gusmão. Disponível em http://funag.gov.br/loja/download/878-Tribunais_Nacionais_Ante_a_Realidade_das_Organizacoes_Internacionais.pdf.

Owie, Udoka (2015). “The Pinochet Case: Expounding or Expanding International Law?”, *International Journal of International Law*. Volume 2, n.º 1: Páginas 158 a 174. Disponível em <http://www.ijoil.com/wp-content/uploads/2015/08/6.pdf>.

Quoc Dinh, Nguyen, Daillier, Patrick e Pellet, Alain (2003). *Direito Internacional Público*. Lisboa. Serviço de Educação e Bolsas da Fundação Calouste Gulbenkian.

Tunks, Michael A. (2002) “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-Of-State Immunity”. *Duke Law Journal*. Volume 52, n.º 3: Páginas 651 a 682. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=dlj>.

Watts, Arthur (1995). “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1994 III*, Volume 247: Páginas: 9 a 136.

Wickremasinghe, Chanaka (2014), “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”. In Evans, Malcolm, *International Law*, Oxford, Oxford University Press. Páginas 379 a 411.

iii. The privileges and immunities of the United Nations: some challenges after 70 years of existence

Fanny Schaus

Introduction

The regime of privileges and immunities of the United Nations (UN) was instituted more than 70 years ago, at the time of the adoption of its Charter. In 1945, the founding member states established the United Nations and determined its purposes, while at the same time recognizing the need to create the necessary conditions for the realization of the organization's goals. Member states thus agreed to grant the organization and its personnel a certain level of protection, and as a result, included an article on privileges and immunities in the Charter.

Throughout the 70 years of its existence, the United Nations has faced challenges with respect to the implementation of its privileges and immunities. Addressing current challenges, the Under-Secretary-General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel, recently wrote:

“With significant developments in the type and nature of activities carried out by the Organizations, coupled with the general increase in its operations worldwide, ensuring respect for provisions of the Conventions has been challenging at times, more recently due in part to the global financial downturn as well as what appears to be a growing trend to equate international organizations with States.”⁸⁸

In this statement the Legal Counsel identifies two main causes of the challenges faced by the United Nations with respect to its privileges and immunities. Some are tied to internal circumstances, inherent to the dynamic nature of the organization itself, while others are due to external circumstances and are related to the implementation of the norms governing privileges and immunities within the territories of member states. This paper addresses the causes identified by the Legal Counsel in his statement and gives an overview of the challenges that result thereof: (I) challenges resulting from the developments in the type and nature of

⁸⁸ See Serpa Soares, Miguel de (2016), Foreword in Reinisch, August (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*. Oxford: OUP.

activities carried out by the organization, coupled with the general increase in its operations worldwide; (II) challenges resulting from the growing trend to equate international organizations with states when dealing with matters concerning privileges and immunities.

(I) Challenges resulting from the expanding type and nature of activities carried out by the organization, coupled with the general increase in its operations worldwide

The immunity regime of the United Nations is a treaty-based regime that stems from Article 105 of the UN Charter⁸⁹. Article 105 is intentionally drafted in general terms and provides that the United Nations and its personnel shall be accorded such privileges and immunities as are necessary for the fulfillment of the purposes and the exercise of the functions assigned to them by the member states. In his report, the Rapporteur of Committee IV/2 in charge of recommending the text of Article 105 for adoption justified the approach taken as follows:

“The draft article proposed by the Committee does not specify the privileges and immunities for which it imposes on the member states. This has been thought superfluous. The terms privileges and immunities indicate in a general way all that could be considered necessary to the realization of the purposes of the Organization, to the free functioning of its organs and to the independent exercise of the functions and duties of their officials: exemption from tax, immunity from jurisdiction, facilities for communication, inviolability of buildings, properties, and archives, etc. It would moreover have been impossible to establish a list valid for all the member states and taking account of the special situation in which some of them might find themselves by reason of the activities of the Organization or of its organs in their territory.”⁹⁰

89 Article 105 reads as follows: “1. The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes. 2. Representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connexion with the Organization. 3. The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose.”.

90 Report of the Rapporteur of Committee IV/2, Docs. UN Conf. on Int’l Org, Volume XIII, Commission IV: Judicial Organization, at. 703-704 (Restricted. Doc. 933 (English) IV/2/42 (2), 12 June 1945, at 2).

The third paragraph of Article 105 provides that the General Assembly may make recommendations or adopt a convention with a view to determining the details of application of these privileges and immunities. In this respect, the Committee envisaged the possibility of concluding bilateral agreements to address “particular circumstances of the states to which they would be addressed”⁹¹, but a multilateral convention was deemed useful and the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations⁹² was referred to the General Assembly for its consideration and thereafter adopted on 13 February 1946⁹³.

The General Convention built a coherent legal framework to govern the privileges and immunities of the organization and its personnel. However, with the significant developments in the type and nature of activities carried out by the United Nations, coupled with the general increase in its operations worldwide, implementing privileges and immunities became more and more complex. Indeed, the development of mandated activities often comes with the creation of new entities and new types of personnel to perform them, whose privileges and immunities are not always comprehensively addressed by the General Convention. Furthermore, the expansion of operations worldwide increased the need for further agreements on privileges and immunities. This chapter highlights some of the challenges faced by the organization in (A) addressing questions of privileges and immunities in light of the dynamic and evolving nature of the organization and its personnel and (B) managing the constant diversification of agreements on privileges and immunities.

(A) The dynamic and evolving nature of the organization and its personnel

Under the General Convention privileges and immunities are accorded to the organization, the representatives of members, officials and experts on mission. However, the developments in UN activities have been accompanied by the emergence of new entities and types of personnel, whose specific situation is not always comprehensively covered by the General Convention. Addressing and explaining the privileges and immunities of these new entities and personnel is not always a straightforward exercise.

⁹¹ *Id.*

⁹² Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 February 1946, 1 UNTS 15. Hereinafter the “General Convention”.

⁹³ General Assembly resolution 22 (I), 13 February 1946 (Privileges and immunities of the United Nations).

Difficulties can arise, for example, with respect to certain treaty bodies, established under the auspices of the United Nations. Pursuant to Article 7 of the Charter, the United Nations, as an organization, is composed of six named principal organs⁹⁴ and such subsidiary organs as may subsequently be established by virtue of the powers conferred by the Charter⁹⁵. A treaty body such as the secretariat established under the United Nations Framework Convention on Climate Change⁹⁶, although linked to the organization, is not a subsidiary organ of the organization. As a result, this body does not form an integral part of the United Nations and, as such, falls outside the scope of the General Convention. Nevertheless, the secretariat of the UNFCCC is comprised of staff who, by virtue of the institutional linkage between the United Nations and UNFCCC approved by the General Assembly and the Conference of the Parties⁹⁷, are appointed as UN staff members⁹⁸ and, thus, are officials for the purpose of the General Convention and are accorded the corresponding privileges and immunities.

The mirror image of this situation is when certain types of personnel, although working for UN organs, are not specifically covered by the General Convention. This is the case for instance of United Nations Volunteers. The General Assembly Resolution 76(I) provides that privileges and immunities referred to in Articles V and VII of the General Convention shall apply to all UN staff members with the exception of those who are recruited locally and are assigned to hourly rates⁹⁹. Pursuant to the UN Staff Regulations and Rules, UN staff members are “staff members of the Secretariat, within the meaning of Article 97 of the Charter of the United Nations, whose employment and contractual relationship are defined by a letter of appointment subject to regulations promulgated by the General Assembly pursuant to Article

94 Article 7 of the Charter identifies the principal organs of the United Nations as follows: “a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat”.

95 Articles 22, 29 and 68 of the Charter authorize the General Assembly, the Security Council and the Economic and Social Commission to create subsidiary organs.

96 United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 May 1992, 1771 UNTS 107. Hereinafter the “UNFCCC”.

97 See General Assembly Resolution 50/115, 20 December 1995 and Decision of the Conference of the Parties 14/CP.1, FCCC/CP/1995/7/Add.1.

98 See UNFCCC document FCCC/CP/1995/5/Add.4, 6 April 1995.

99 General Assembly Resolution 76(I), 7 December 1946.

101, paragraph 1, of the Charter^{100,101}. United Nations Volunteers are not considered as staff members and as a result do not automatically enjoy the privileges and immunities provided for under the General Convention. Accordingly, the specific privileges and immunities enjoyed by UN volunteers deployed worldwide¹⁰² need to be addressed through other agreements which require negotiations on a case by case basis with member states.

With these developments, confusion can arise about the nature of certain new entities, their relationship with the United Nations and whether these entities and their personnel enjoy the privileges and immunities provided for under the General Convention. Explaining the applicable legal framework to member states and other parties can be particularly challenging at times. Furthermore, the need to negotiate new agreements to address the status and privileges and immunities of entities and personnel not covered by the General Convention, in an era where states are less likely to agree to extending privileges and immunities, brings additional challenges for the organization.

(B) The diversification of agreements governing privileges and immunities

Over the years, Article 105 of the Charter and the General Convention have been further complemented and supplemented through a variety of agreements, mostly bilateral, in order to address, on a case by case basis, the evolving needs of the organization. The Repertory of Practice of United Nations Organs, in its section dealing with Articles 104 and 105 of the Charter, provides an overview of the various types of agreements on privileges and immunities concluded by the organization over the years: technical cooperation and assistance agreements, office agreements, cooperation agreements, conference agreements, peace-keeping agreements, etc¹⁰³. The Repertory also provides an indication of the numbers of agreements concluded by the organization: between 1979 and 1999 more than 669 agreements on privileges and immunities were

100 Article 101, paragraph 1 reads as follows: “The staff shall be appointed by the Secretary-General under regulations established by the General Assembly”.

101 Staff Rules and Regulations of the United Nations, UN Doc. ST/SGB/2017/1, 1 January 2017.

102 More than 7000 volunteers are deployed around the world. For more information see <https://www.unv.org>.

103 See the Repertory of Practice of the United Nations (1945-1954) and its supplements Nos. 1 to 9. Available at http://legal.un.org/repertory/art104_105.shtml.

concluded¹⁰⁴. For 2016 alone, more than 15 agreements on privileges and immunities have already been registered *ex officio* by the United Nations¹⁰⁵.

Negotiating these agreements can be challenging. Indeed, a number of factors come into play when determining the substance of these agreements: the type of activity, operation or assistance envisaged, the United Nations organ responsible for its conduct and the member state in whose territory it will be implemented are the main varying factors. However further issues concerning premises, the necessity of importing equipment, the application for visas, the selling of publications, the provisions of accommodation and transportation, taxation, treatment of contractors, etc. may also need to be considered. In addition to the different requirements for each United Nations organ, negotiations are conducted by different entities and individuals in both the United Nations and the member state. As a result, negotiations on the content of these agreements will not always lead to the exact same outcome. Although most of these agreements have a common basis on questions of privileges and immunities, namely a reference to Article 105 of the Charter and a confirmation of the application of the General Convention, which constitute the bedrock of the regime, these agreements often provide for additional privileges and immunities or further extend the application of those set out in the General Convention.

The possibility to negotiate provisions going beyond the framework established by the General Convention is what allows the organization to address specific needs or situations. For instance, conference agreements generally extend certain privileges and immunities provided for under the General Convention to participants of UN meetings who are neither officials nor experts on mission¹⁰⁶. In the same manner, some agreements will accord privileges and immunities to United Nations Volunteers¹⁰⁷. Other agreements provide additional privileges and immunities to officials, such as immunity from arrest and detention¹⁰⁸.

104 *Id.*, supplements Nos. 6 to 9.

105 See online publications of the UNTS. Available at <https://treaties.un.org>.

106 See UN Doc. ST/AI/342, 8 May 1987, which contains model agreements as an Annex. See also for example the agreement with Germany, UNJYB (1999), at 66 and the agreement with India, UNJYB (2012), at 48.

107 See for example the agreement with the Sudan, UNJYB (2012), at 70 and the agreement with Egypt, UNJYB (2011), at 101.

108 See for example the agreement with Sri Lanka, UNJYB (2005), at 115.

This multiplication of agreements complicates the efforts of the organization in explaining and implementing the applicable framework with the authorities of member states and other parties. In practice, matters of privileges and immunities are generally governed by more than one instrument, namely the Charter, the General Convention and at least one bilateral agreement. In addition, the provisions specifying or complementing the General Convention often vary from one agreement to the other. While this might seem incidental, ultimately, these disparities amount to a difference in treatment of the United Nations and its personnel between member states, and sometimes in the types of privileges and immunities enjoyed by various UN organs and their respective personnel in the same country. Managing these differences certainly represents a challenge for the organization, but also the member states, as it *de facto* impedes a global and systematic approach on questions of privileges and immunities of the United Nations.¹⁰⁹

The treaty-based nature of the UN immunity regime grants some flexibility to the organization and its member states. Through additional agreements, the immunity regime can be further developed and adapted to the needs of the parties. Unfortunately, this flexibility comes at a cost: the risk of a loss of homogeneity. Solutions exist to minimize the continuous diversification of agreements on privileges and immunities and preserve the uniformity of the regime, such as, for instance, the conclusion of framework agreements governing the holding of all UN meetings in a given country. So far these agreements have met with mixed success¹¹⁰, but their advantages are substantial, both for the organization and the concerned member states, and the use of such agreements could considerably reduce some of the challenges identified above.

II. Challenges resulting from the growing trend to equate international organizations with states

States and their agents have their own regime of privileges and immunities, which is governed by customary international law, as codified in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961¹¹¹.

109 Preliminary Report on the second part of the topic of relations between States and international organizations, by Mr. Abdullah El-Erian, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/304, at 154.

110 So far four framework agreements have been concluded and currently govern the holding of UN meetings in the Russian Federation, Sweden, Turkey and Ecuador.

111 Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 UNTS 95. Hereinafter “the Vienna Convention”.

The immunity regime applicable to the United Nations is different, as reflected in the report of the rapporteur during the United Nations Conference on International Organization:

« In order to determine the nature of the privileges and immunities, the Committee has seen fit to avoid the term “diplomatic” and has preferred to substitute a more appropriate standard, based, for the purposes of the Organization, on the necessity of realizing its purposes and, in the case of the representatives of its members and the officials of the Organization, on providing for the independent exercise of their functions. »¹¹²

As explained in the previous chapter, at the time of the adoption of the Charter, a new immunity regime was created. The rules and rationale of this regime differ by design and purpose from the regime applicable to states. First, it is not rooted in customary international law, but is a treaty-based regime. Second, it serves a different and specific purpose: enabling the United Nations to achieve the purposes assigned to it by all member states and to ensure that its personnel can exercise their functions in an independent manner, free from interference of any kind. As stated by the Legal Counsel, there is a growing trend to equate state immunity with the immunity of the organization. This inappropriate analogy creates challenges for the organization in ensuring the observance for its privileges and immunities. This chapter focuses on the challenges faced by the organization (A) in ensuring the privileges and immunities of officials working in their country of nationality or residence, (B) in responding to the erroneous application of the *persona non grata* doctrine and (C) in addressing the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii* in the framework of the United Nations’ immunity.

(A) The treatment of officials in their country of nationality or residence

Under diplomatic law, states are not required to extend full diplomatic privileges to persons who are their nationals or permanent residents, even if they have consented to receive such persons in a diplomatic capacity.¹¹³

112 Report submitted by Subcommittee A to Committee IV/2, Docs. UN Conf. on Int’l Org., Volume XIII, Commission IV: Judicial Organization, at 779 and Doc. 412, IV/2/A/2 (1), 18 May 1945.

113 Article 38 of the Vienna Convention (supra n. 25) and article 71 of the Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963, 596 UNTS 261. See also Letter to the Advisor for International Organizations Affairs, International Labour Office concerning the Convention on the Privileges and Immunities of

Under state immunity, a diplomat will not be treated the same way when s/he is in her/his country of nationality or residence as when s/he is abroad. The trend to equate the United Nations with states on questions of immunity results in the misconception that officials who work for the United Nations in their country of nationality or residence should not enjoy some or all of the privileges and immunities usually granted to them under the immunity regime of the organization, and notably those provided for under Article V, Section 18.¹¹⁴

Neither the Charter of the United Nations nor the General Convention allows for a distinction between officials based on nationality or residency. Indeed, Section 17 of the General Convention provides that “[t]he Secretary-General will specify the categories of officials to which the provisions of this Article and Article VII shall apply”. As explained above, General Assembly Resolution 76(I) approved “the granting of the privileges and immunities referred to in articles V and VII of the Convention . . . to all members of the staff of the United Nations, with the exception of those who are recruited locally and are assigned to hourly rates”¹¹⁵. As evidenced by the conjunction “and”, the conditions for the exception are cumulative and the simple fact that an official is recruited locally is not sufficient to exclude him or her from the purview of Article V¹¹⁶.

This has been confirmed by the International Court of Justice in its advisory opinion on the applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations. While in this opinion the Court was analyzing the status, privileges and immunities of an expert on mission, the Court stated that:

the United Nations and Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies- Question whether under those Conventions a Host State is required to extend full diplomatic privileges to high officials of the organization concerned who are its nationals or permanent residents, UNJYB (1975), at 185.

114 The privileges and immunities that are usually relevant to these officials are (a) immunity from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity, (b) exemption from taxation on salaries and emoluments paid to them by the United Nations (c) immunity from national service obligations. See Letter to the Permanent Representative of a Member State, UNJYB (1968), at 212-215.

115 General Assembly 76(I) (*supra* n. 13).

116 This position has been consistently maintained by the United Nations, which has always held that this definition allows for no distinction among staff members of the United Nations on the basis of nationality or residence. See for instance, Inter-office memorandum to the United Nations Resident and Humanitarian Coordinator and United Nations Development Programme (UNDP) Resident Representative of [State] concerning the non-applicability of [State] Labour Laws to the United Nations, UNJYB (2012), at 456.

“The question whether experts on missions can invoke these privileges and immunities against the States of which they are nationals or on the territory of which they reside has also been raised. In this connection, the Court notes that Section 15 of the General Convention provides that the terms of Article IV, Sections 11, 12 and 13, relating to the representatives of Members ‘are not applicable as between a representative and the authorities of the State of which he is a national or of which he is or has been the representative’. Article V, concerning officials of the Organization, and Article VI, concerning experts on missions for the United Nations, do not, however, contain any comparable rule. This difference of approach can readily be explained. The privileges and immunities of Articles V and VI are conferred with a view to ensuring the independence of international officials and experts in the interests of the Organization. This independence must be respected by all States including the State of nationality and the State of residence. Some States parties to the General Convention (Canada, the Lao People’s Democratic Republic, Nepal, Thailand, Turkey and the United States of America) have indeed entered reservations to certain provisions of Article V, or of Article VI itself (Mexico and the United States of America), as regards their nationals or persons habitually resident on their territory. The very fact that it was felt necessary to make such reservations confirms the conclusion that, in the absence of such reservations, experts on missions enjoy the privileges and immunities provided for under the Convention in their relations with the States of which they are nationals or on the territory of which they reside.”¹¹⁷

Privileges and immunities are granted to officials with a view to preserving their independence. In order to understand why a distinction based on nationality and residence would affect the independence of these officials one needs to understand the fundamental characteristics of the United Nations and its international civil service. While diplomats represent a sovereign state and its interests in a receiving state, officials of the United Nations represent an international organization composed of all its members and act solely in the interests of this organization when performing functions that have been assigned to them under the authority

¹¹⁷ *Applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, 15 December 1989, ICJ Reports (1989), at 195.

of the Secretary-General. As explained by M. Hill it would “seem desirable expressly to provide international officials some protection vis-à-vis other States, more especially their own. Obviously their position in this respect ought to differ from that of ordinary diplomats, since they must act as agents of the community of States rather than of particular governments”¹¹⁸. This ‘international character’ of United Nations officials is recognized in Article 100 of the Charter¹¹⁹. An official of the United Nations performs functions on behalf of all the member states even when working in his or her country of residence or nationality, thereby requiring some protection to ensure the independent performance of the said functions.

Locally-recruited officials constitute a significant portion of the personnel of the organization. Ensuring the respect for their privileges and immunities is essential to enable the United Nations to perform its mandated functions all over the world and ensure equality among its officials. In most instances, explaining and clarifying the aforementioned applicable norms and principles suffice to address challenging situations and preserve the privileges and immunities of locally-recruited officials. In cases of deadlock, the importance of these questions for the United Nations could potentially bring it to consider requesting an advisory opinion from the International Court of Justice, as it has done in the past with respect to challenges to the privileges and immunities of its experts on mission¹²⁰.

(B) The application of the *persona non grata* doctrine

Under the regime of state immunity, the concept of accreditation plays a central role: the sending State must obtain the *agrément* of the receiving state prior to accrediting a diplomat as head of the mission¹²¹ and the receiving state may at any time, and without having to provide an

118 Hill, Martin (1947), *Immunities and Privileges of International Officials: The experience of the League of Nations*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, at 109.

119 Article 100 of the Charter states that: “2. Each Member of the United Nations undertakes to respect the exclusively international character of the responsibilities of the Secretary-General and the staff and not to seek to influence them in the discharge of their responsibilities.”.

120 See *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 29 April 1999, ICJ Reports (1999) and *Applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (supra n. 31).

121 Article 4 of the Vienna Convention (supra n. 25).

explanation, declare a diplomat *persona non grata*¹²². If the sending state does not recall its diplomat within a reasonable time, the receiving state may refuse to recognize this person as a member of the mission. A consequence of the analogy with state immunity is that some member states seem to consider that UN officials are accredited to their government and can be unilaterally expelled from their territory.

Under the regime applicable to the United Nations, such a procedure is not foreseen.¹²³ As stated by A. Miller, “Officials are not diplomats accredited to a host State. It is clear that the doctrine, by its very terms, can have no application to UN officials, including those who enjoy the additional immunities of diplomatic envoys under Section 19.”¹²⁴ The reasons for this difference between the two regimes are again rooted in their respective rationales and characteristics. Whereas diplomatic relations are bilateral in character, meaning that states grant each other and their agents a number of facilities, courtesies, privileges and immunities on a reciprocal basis, the relations between states and the United Nations are of a multilateral character. The appointment and employment of United Nations officials is within the exclusive competence of the Secretary-General, who acts on behalf of all member states in line with his functions as Chief Administrative Officer of the organization under Article 97 of the Charter. As a result, the nomination of a United Nations official to a position in a given country cannot be revised or modified by a single member state on a unilateral basis. As a result of this multilateralism, the concept of ‘reciprocity’ on which the *persona non grata* doctrine is based, cannot apply to relations between the United Nations and its member states. In the case of officials of the United Nations, any request to leave the country addressed directly to an official

122 Article 9 of the Vienna Convention (supra n. 25) reads as follows: “1. The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is *persona non grata* or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. 2. If the sending State refuses or fails within a reasonable period to carry out its obligations under paragraph 1 of this Article, the receiving State may refuse to recognize the person concerned as a member of the mission.”.

123 The General Convention, in its Section 17, provides that the names of officials shall from time to time be made known to the Governments of Members. The Secretary-General has developed a practice of sending lists of its officials’ names to its member states on a yearly basis and considers itself duty-bound to share such list every time a Member State asks for it. However, the United Nations has consistently maintained that the fact that a name was present or absent from such list would in no way impact the status or the privileges and immunities of the official concerned.

124 Miller, Andrew (2007), “The Privileges and Immunities of United Nations Officials”, *International Organizations Law Review*, 4, at 217.

of the United Nations has always been considered “inconsistent with the fundamental principles of the international civil service enshrined in the Charter of the United Nations”¹²⁵.

Nevertheless, when faced with such situations, the United Nations usually adopts a practical approach. Indeed, while the aforementioned norms and principles exist, maintaining an official in a country against the will of its government is likely to be detrimental to the interests of the organization.

(C) The distinction between acts « *jure imperii* » and acts « *jure gestionis* »

Under diplomatic law, there has been an evolution over the years from absolute immunity towards a more restrictive approach to state immunity from legal process. Under this more restrictive approach, state immunity would apply only with respect to a state’s sovereign acts and not its commercial acts. This is the distinction between the so-called *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, which is further recognized in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2 December 2004¹²⁶. As a consequence of an erroneous analogy, there appears to be an increasing number of attempts to apply this restrictive immunity regime to the United Nations. This trend is particularly noticeable in relation to employment disputes¹²⁷.

Under the UN immunity regime, the organization enjoys absolute immunity from legal process. While the terms of Article 105 of the Charter are quite broad, the General Convention clearly establishes an absolute immunity. Article II, Section 2 thus provides that “[t]he United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever

125 Note to the Ministry of Foreign Affairs of [State A] concerning a request to [State B] staff members of the United Nations to leave the country or face possible detention, UNJYB (2012), at 457-458.

126 See articles 10 and 11 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2 December 2004. Available at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en.

127 See, for instance, Note to the Minister of Foreign Affairs of [State] to the United Nations concerning certain labour claims filed against the United Nations Logistics Base in [City] in the Court of [City] by five former individual contractors, UNJYB (2012), at 459-461. See also the Statement by Mr. Miguel de Serpa Soares, Under-Secretary-General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel before the International Law Commission, Geneva, 17 May 2016, as published at http://legal.un.org/ola/legal_counsel.aspx in which the Legal Counsel states that “over the years, the United Nations, including its funds and programmes, has been increasingly confronted with a number of adverse judgments in connection with labour claims submitted by locally recruited personnel.”

held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity”.

In order to understand the reasons for such absolute immunity, it is again important to recall that states are different from international organizations. International organizations, unlike states, do not have the benefit of a territory, “only perform their functions on territory over which a State exercises jurisdiction”¹²⁸ and “have as their sole protection the immunities granted to them”¹²⁹. Immunity from legal process therefore is arguably even more important with respect to international organizations than it is for states. More generally, like every other international organization, and unlike states, the United Nations does not enjoy sovereignty. As a result, international organizations do not perform ‘sovereign acts’ *per se* and the distinction between sovereign and commercial acts cannot be relevant in the context of the United Nations.¹³⁰

It is also important to recall the structure of the United Nations and the features of its immunity regime. The member states of the United Nations have adopted through decisions of the General Assembly, *inter alia*, regulations concerning the staff of the organization and financial matters. These have been supplemented by rules, policies and practices promulgated by the Secretary-General. Through this body of internal law, the administrative rights and obligations of staff members (officials within the meaning of Article V of the General Convention) are determined, including provision for staff to seek judicial review of administrative decisions. With respect to other personnel, the organization explicitly provides for arbitration in its non-staff contracts, usually under UNCITRAL rules. This is consistent with Article VIII, Section 29 of the General Convention. As reflected in a recent legal opinion, the United Nations has consistently maintained that “[t]he exception to state immunity in situations where the state is undertaking commercial activities is not provided for under the United Nations Charter or the General Convention with respect to the United Nations. Instead, pursuant to article VIII, section 29 of the General Convention, the organization

128 Webb, Philippa (2013), “Should the 2004 UN State Immunity Convention Serve as a Model/Starting point for a Future UN Convention on the Immunity of International Organization”, *International Organizations Law Review*, 10, at 321.

129 Fourth Report on Relations between States and International Organizations, by Leonardo Díaz González, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/424 and Corr.1, at 158; *see also* Miller, Andrew (2009), “The Privileges and Immunities of the United Nations”, *International Organizations Law Review*, 6, at 38.

130 Webb, Philippa (2013), (*supra* n. 42), at 321.

shall make provisions for appropriate modes of settlement of, inter alia, ‘disputes arising out of contracts or other disputes of a private law nature to which the United Nations is a party’. Accordingly, there is no ‘commercial activity’ exception under the General Convention that would be applicable with respect to the United Nations.”¹³¹.

Conclusion

Seventy years after its conception, the immunity regime of the United Nations faces various challenges. However, the simple fact that it has served its purpose of enabling the organization to perform its activities for all these years demonstrates how well conceived it was. Indeed, the regime was established at a time when the status of the United Nations had not yet been clarified by the International Court of Justice, when peace-keeping missions were not even envisaged and when the United Nations only counted six principal organs. Yet, “it has served the UN well and continues to do so”¹³².

The flexibility provided by the possibility of concluding agreements has been essential in this respect. It has enabled the United Nations and its member states to adapt the immunity regime to the dynamic nature of the organization and address situations which had not been foreseen originally. The challenges arising therefrom are an inevitable consequence of this flexibility. However, efforts cannot be spared to preserve the coherence and homogeneity of the regime.

The challenges faced by the United Nations in ensuring the respect for its privileges and immunities in member states are of a different nature, but are also constantly addressed by the organization. As reflected by the legal opinions published in the United Nations Juridical Yearbook, the United Nations continuously explains and clarifies the norms governing its privileges and immunities. The challenges described above reflect in part the difficulty of some member states in differentiating between the immunity regime of the United Nations and that governing relations between states, and in particular their separate evolutionary paths. It remains an open question as to whether the regime governing the UN

131 See Note to the Minister of Foreign Affairs of [State] to the United Nations concerning certain labour claims filed against the United Nations Logistics Base in [City] in the Court of [City] by five former individual contractors, (supra n. 41), at 461.

132 Miller, Andrew (2009), (supra n. 43), at 113.

should take on some of the more recent developments in the state immunity regime. This is a question that can only be answered and addressed by the member states themselves. While the United Nations acts as a guarantor of its regime of privileges and immunities, it is ultimately for member states to change it if they so wish.

REFERENCES

Hill, Martin (1947), *Immunities and Privileges of International Officials: The experience of the League of Nations*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.

Miller, Andrew (2007), “The Privileges and Immunities of United Nations Officials”, *International Organizations Law Review*, 4, at 169-257.

Miller, Andrew (2009), “The Privileges and Immunities of the United Nations”, *International Organizations Law Review*, 6, at 7-115.

Reinisch, August (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*. Oxford: OUP.

Webb, Philippa (2013), “Should the 2004 UN State Immunity Convention Serve as a Model/Starting point for a Future UN Convention on the Immunity of International Organization”, *International Organizations Law Review*, 10, at 319-331.

3. Extra Dossier

Humanitarian Actor's Engagement with Accountability Mechanisms in Situations of Armed Conflict: Workshop Report

Dapo Akande & Emanuela-Chiara Gillard

The research leading to these results has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement No [340956 - IOW]. We would like to thank Anna Ventouratou and Rebecca Sutton for their assistance with preparation of this paper.

Workshop overview

The *Individualisation of War* Project at the European University Institute recently hosted a workshop on humanitarian actors' engagement with accountability mechanisms in situations of armed conflict. The workshop brought together practitioners – staff from international tribunals, fact-finding bodies, UN Sanctions Committee Panels of Experts, the UN, and humanitarian organisations.

The *Individualisation of War* Project explores the tensions arising from the increased prominence of the individual in the theory and practice of armed conflict¹³³. One manifestation of this process of individualisation are the endeavours to enhance accountability for violations of international humanitarian law (IHL) and international human rights law (IHRL). These include the establishment of international and national tribunals and non-judicial mechanisms such as commissions of inquiry, and the imposition of targeted sanctions. These are important measures for promoting compliance with the law and, consequently, enhancing the protection of civilians, but their implementation can give rise to tensions with humanitarian actors' activities to provide protection and assistance, often to the same civilians. Humanitarians frequently have valuable first-hand information on violations or are in direct contact with affected communities. However, the risk exists that if they share this information with accountability mechanisms – or are suspected of doing so – this may undermine their operations (and those of others) and put their staff and beneficiaries at risk. This is not a new tension, but it has become more prominent following the establishment of a number of international criminal tribunals in the 1990s.

133 For more on the background, scope and streams of *Individualisation of War* Project, see <http://iow.eui.eu>.

Its extent has increased further as the Security Council has imposed sanctions against groups and persons considered to have committed violations of IHL with increasing frequency.¹³⁴

Humanitarian actors have reacted to this tension in a variety of ways. At one end of the spectrum is the International Committee of the Red Cross (ICRC) which ordinarily will not cooperate with national or international tribunals. The majority of its headquarters agreements grant its staff immunity from being called to testify before national courts¹³⁵; and the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court (ICC) expressly note that information, documents or other evidence generated by the ICRC is not subject to disclosure, including by way of testimony.¹³⁶

United Nations (UN) agencies, funds and programmes are in a different position, at least when it comes to the ICC. In the 2004 Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the UN the UN has undertaken to cooperate with the ICC. This cooperation has included the provision of assistance to the Court's organs – the Prosecutor, but increasingly also the Defence – by making available documents and information generated or obtained by the UN¹³⁷. UN staff have also been made available for interviews, and some have testified before the Court. In an effort to balance the desire – and

134 The Consolidated United Nations Security Council Sanctions List includes numerous individuals and entities or other groups on account of violations of IHL. On this matter see for example the sanctions designation criteria concerning Mali, South Sudan and Yemen in S.C. Resolution 2374, U.N. Doc. S/RES/2374 (5 September, 2017); S.C. Resolution 2206, U.N. Doc S/RES/2206 (3 March, 2015); S.C. Resolution 2140, U.N. Doc S/RES/2140 (26 February 2014).

135 The ICRC has concluded bilateral status agreements with the majority of countries in which it is operational today, whereas in other places it is granted the same privileges and immunities on the basis of domestic legislation. The agreements are largely confidential but they are known to mirror, to a large extent, the provisions of the Vienna Convention on Diplomatic Relations and the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations. Some publicly available examples include the Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council to determine the legal status of the Committee in Switzerland (1993), Part II; Australia's International Organisations (Privileges and Immunities) Act of 1963, as amended by the International Organisations (Privileges and Immunities) (International Committee of the Red Cross) Regulation 2013, Australia's Select Legislative Instrument No. 237, 2013, (08 November, 2013); US International Organizations Immunities Act of 1945, as amended by Executive Order 12643 (June 23, 1988) and France's Loi n° 2003-475 du 4 Juin 2003 relative aux privilèges et immunités de la délégation du Comité International de la Croix-Rouge en France. On this issue see Debuf, Els (2016), 'Tools to do the job: The ICRC's legal status, privileges and immunities', *International Review of the Red Cross*, Volume 97, n.° 897-898, pp. 319-344, available at: <https://www.icrc.org/en/international-review/article/tools-do-job-icrcs-legal-status-privileges-and-immunities> [accessed 27 Sep. 17].

136 See Rules of Procedure and Evidence of the ICC, Rule 73, paragraph 4.

137 Negotiated Relationship Agreement between the ICC and the UN, Article 5 on Exchange of Information and Article 18 on Cooperation between the UN and the Prosecutor, paragraph 3.

obligation – to cooperate with the ICC with the possible adverse consequences of doing so, much of this information was, in the past, provided on condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence, in the understanding that it would not be disclosed to other organs of the Court or to third parties, without the UN's consent.

Accountability mechanisms also have tensions to address. In the case of the ICC the need to balance the protection of witnesses and other sources of information with the needs of a fair trial that respects the rights of the accused and the needs of victims came to the fore in two recent cases, where documents provided to the Prosecutor by the UN on this basis were considered to contain information that was potentially exculpatory or material to the preparation of the defence. As a result, it is not clear whether and, if so, to what extent UN agencies may continue to cooperate with the ICC in this manner.

Session 1 – What Are Accountability Mechanisms Looking for?

The first session focused on the position of accountability mechanisms, looking at the type of information that humanitarian actors may have that accountability mechanisms are interested in; and the measures they have taken to date to allay humanitarian actors' concerns about providing information.

Discussions started with three brief presentations addressing the question from the point of view of the ICC, UN sanctions panels of experts and commissions of inquiry.

A. International Criminal Courts

1. Type of information sought

Humanitarian actors are often the first responders on the ground, and investigators and prosecutors realise that they may have information that is extremely valuable to their work. It is not just information on suspected violations and their perpetrators that is of interest to criminal tribunals, but also background information that may be relevant in determining whether an armed conflict existed in a particular context at specific moment in time. Investigators might also be interested in speaking to the authors of reports in the public domain to identify the sources of information on which they relied and other useful people to contact at the local level.

Cooperation should not be considered as a one-way street; the ICC has been approached by humanitarian actors seeking guidance on the contextual elements necessary to prove a particular element of a crime and the type of information they should gather for proceedings relating to attacks against their staff.

2. Measures taken to allay concerns

Asking the staff of humanitarian organisations for information may put their operations and safety at risk, accordingly, the ICC has developed working methods that attempt to reconcile the desire to obtain information and evidence while it is still as fresh as possible in people's minds with these risks. Requests are made to humanitarian actors as a measure of last resort, if there is no one else likely to have the same information. In order to ensure consistency of approach and add a layer of protection, requests for information are addressed to humanitarian organisations' headquarters, rather than to the relevant field missions or to staff members. The information requested and the reasons why it is sought are explained clearly.

It is also essential that there be clarity as to the conditions under which information is provided, and, in particular, whether this can be done under strict confidentiality. This is important for humanitarian actors but also for others that have been asked to share relevant information, such as national intelligence services or multi-national forces such as NATO. In the past, in engaging with UN agencies, funds and programmes the ICC Prosecutor had relied extensively on the possibility foreseen under Article 54(3) ICC Statute and replicated in the 2004 ICC UN Agreement, to collect information on condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence. In the *Lubanga and Katanga and Chui* cases¹³⁸, however, the Prosecutor found that materials obtained on this basis contained information that was potentially exculpatory or material to the preparation of the defence. As the UN would not lift the conditions of confidentiality under which the information had been provided, so that it could be transmitted to the Defence, nor agreed to disclose the information to the Chambers to that the potential impact of

138 ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I (14 March, 2012); ICC, *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case) ICC-01/04-01/07 OA 8, Appeals Chamber (25 September, 2009).

their non-disclosure could be evaluated, the Trial Chamber stayed the proceedings¹³⁹. In reaching this decision, the Trial Chamber appears to have placed particular weight on the fact that the Prosecution had relied on Article 54 (3) ICC Statute arrangements on a routine basis rather than exceptionally, and also apparently in order to obtain evidence that could potentially be used at trial, instead of using the material solely to generate new evidence, as envisaged by the provision¹⁴⁰. While the difficulties were eventually resolved in these two cases, since then the Prosecutor avoids relying on this arrangement. Instead, providers of information are asked from the outset to provide information in a manner, possibly redacted, that can be shared with the Defence.

While the ICC does have a witness protection programme that could, in theory, be of relevance to staff members of humanitarian organisations who provide information¹⁴¹, in practice it is very difficult to get into the programme. Frustration has been expressed about the lack of clarity, if not conflicting information received from different parts of the ICC on key modalities of the programme, including on what amounts to “entering into contact” with the ICC, the consequences thereof, and on the division of labour within the ICC in relation to the programme. Moreover, while the witness protection programme may be of assistance to *individuals* who provide information it is unlikely to provide much protection to humanitarian *organisations*.

Acknowledging the importance of developing a relationship of mutual trust and respect, the ICC has strived to establish open channels of communications that allow “both sides” to explain their needs and concerns.

Looking beyond the ICC to criminal investigations more generally, it is essential that they be carried out in a well-planned and focused manner. This is beneficial for all involved. Identifying the specific information and documents that an accountability mechanism would like to obtain from a particular humanitarian actor can reduce the risks for the latter and also build confidence in the relationship. From the perspective of the investigating body, not only can an unfocused “fishing exercise” where all available information is collected lead to a significant amount

139 See Tamara Cummings-John, “Cooperation between the United Nations and the International Criminal Court”, *International Organizations Law Review*, Vol 10(1), 2013, 223.

140 See, for example, Rod Rastan, “Review of ICC Jurisprudence 2008”, *Northwestern Journal of International Human Rights Law*, Vol 7, Number 2 (Summer 2009), 261, 270-276.

141 See ICC Statute, Article 68 on Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings and Rules of Procedure and Evidence of the ICC, Rules 87 and 88 on protective measures.

unnecessary work, but it may also preclude it from relying upon valuable information because it was obtained improperly or because its chain of custody did not meet minimum due process standards.

B. Sanctions Panels of Experts

1. Awareness of concerns and measures taken to allay them

Humanitarian actors' engagement with UN sanctions panels of experts gives rise to additional issues, starting from the mutual lack of awareness of each other's mandates. Apart from the humanitarian expert, members of sanctions panels are unlikely to have had any previous engagement with humanitarian actors or awareness of their potential reservations about sharing information. On their side, most humanitarian actors also have extremely limited familiarity with sanctions panels and their mandate. The distrust is exacerbated by the reservations that certain humanitarian actors may have about sanctions more generally, which some view as politicising aid and further weakening fragile states.

A first step in enhancing the understanding by panels of experts of the issues and sensitivities would be for the UN Department of Political Affairs, on which they depend, to provide an introduction to this topic, together with a country-specific briefing upon their appointment to the panel. Equally important would be the sharing of experiences among current and past panels of experts. Following the positive example set by the ICC, panels of experts should systematically reach out to the headquarters of the humanitarian organisations operating in the country for which they have responsibility, explaining their mandate, operating modalities and objectives. This would also be an opportunity for humanitarians to highlight their concerns.

While in theory the experts should be able to gather information themselves, in some contexts they have extremely limited mobility and must comply with UN security rules, including those requiring them to wear blue helmets and body armour and travel with escorts. This makes it difficult for them to travel or engage with people in a discreet way or, indeed, to access areas deemed unsafe, thus increasing their reliance on information held by humanitarian actors.

On their side, however, humanitarian actors have the same reservations about engaging with panels of experts as with other accountability mechanisms. The fact panels of experts are, formally speaking, a UN body, does not automatically lead members of the UN country team to share information. This is the case even if the panels of experts have been tasked

to monitor violations committed against the same categories of people, for example, children, whom specific organisations are mandated to protect.

In fact, the risks associated with providing information can be even more marked for panels of experts than for criminal tribunals. In international criminal prosecutions, the aim is to transfer suspects from the state where the alleged crimes were committed and where humanitarians operate. However, persons listed in sanctions regimes are not removed from their environment. A listed person can remain in-country, aware of the fact that humanitarian actors operating in that same country may have provided information that led to the listing.

The risks are exacerbated by the fact panels of experts are not in a position to offer assurances to humanitarian actors as to how any information they provide will be used. There is no formal arrangement, like that in the ICC Statute, for sharing information in confidence. At best individual panel members can give their own personal assurances that the identity of sources will be protected and information will be treated confidentially. No witness protection arrangements exist.

All of this said, the reality is that in certain contexts panels of experts are the only accountability mechanism that exists and, despite the potential risks, humanitarian actors do provide them information, with the ultimate aim of putting an end to violations of IHL and IHRL.

2. Type of information sought

Sanctions panels of experts look to humanitarian actors for a wide range of information relating to violations of IHL and IHRL that they have been tasked to monitor, as well as to the identity of groups and individuals suspected of being responsible therefor. They are also likely to be interested in the adverse humanitarian impact of the sanctions – an aspect of their work which might of itself be less likely to expose humanitarian actors to risk but which cannot be separated from the other parts of their mandate.

While panels of experts also frequently need assistance to ascertain the biometrics (names and aliases, date of birth, nationality, passport number etc) of listed persons, they have not asked humanitarian actors for this type of information, because of the clear risks this could pose.

As is the case for criminal tribunals, sharing of information can be a two-way street. There have been instances when humanitarian actors have asked panels of experts for information that the latter have obtained (eg information relating to children in custody that only the panels of experts have access to) but were refused it, for the protection of the

children. If specific individuals or groups are listed on the basis of the information the children provided to the panel of experts and the names of the children became known to the perpetrators, it could put the children and their families at risk.

Session 2 – The Position of Humanitarian Actors

The second session focused on the position of humanitarian actors, looking at the reasons underlying their reservations about providing information to accountability mechanisms, and the range of approaches for reducing adverse consequences that they have adopted.

Discussions started with three brief presentations addressing the question from the point of view of the ICRC, the UN, and Save the Children (UK).

A. Reasons underlying the reservations

At the basis of humanitarian actors' reservations about cooperating with accountability mechanisms are concerns that if they provide information – or are suspected of doing so – parties to the conflict whose behaviour is under scrutiny with control of the territory where they operate may impede their activities or put the security of their staff or beneficiaries at risk.

While all operational actors share this starting point, the extent of their concerns and, consequently, of their interaction with accountability mechanisms extent varies. At one end of the spectrum, the ICRC takes the position that *any* provision of information to *any* accountability mechanism may jeopardise its acceptance by parties to a conflict. This is regardless of the nature of the accountability mechanism – national or international; criminal, civil or other – or of whether it is perceived as politicised or not. As the ICRC's operations are based on acceptance by all parties to a conflict, and the understanding that it will operate in a confidential manner, it takes the position that any provision of information may risk undermining its acceptance – in a particular context and more broadly.¹⁴²

142 ICRC Memorandum on the ICRC's Privilege of Non-disclosure of Confidential Information, *International Red Cross Review*, Vol 97, Spring/Summer 2015, 433 <https://www.icrc.org/en/international-review/article/memorandum-icrcs-privilege-non-disclosure-confidential-information>.

Other humanitarian actors adopt a case-by-case approach, depending on the accountability mechanism. The prime concern is not the nature of a particular mechanism, but rather whether it is perceived as politicised or somehow tainted, be it because it is considered as favouring a particular side to a conflict, or because its operating modalities do not meet minimum due process standards, in which case cooperating with it could undermine their neutrality or impartiality or the perceptions thereof.

While humanitarian actors' concerns are clear and understandable, it is less clear whether those who are in a position to impede operations are actually aware of the different positions adopted by humanitarian actors, or simply consider them all "foreigners working with the ICC". In certain contexts perceptions of humanitarian actors' impartiality, neutrality and independence are already tainted to such a degree that it is questionable whether cooperating with accountability mechanisms can in fact undermine them further.

Traditionally, human rights organisations have been considered less susceptible to the possible adverse consequences of providing information to accountability mechanisms as they tended not to have field presences and therefore were not exposed to the same risks of having their operations jeopardised or security threatened. Their principal concern was whether they would be issued entry visas. More recently, however, some organisations have established field presences and face the same security risks as humanitarian actors. Some human rights organisations are also concerned that too close proximity with accountability mechanisms may preclude them from expressing concerns about the due process standards applied or other aspects of the mechanisms' compliance with human rights.

In addition to these more operational concerns, a number of other considerations impact the nature and extent of humanitarian actors' engagement with accountability mechanisms. Some considerations relate to particular humanitarian actors' preferred approach to promoting compliance with IHL and IHRL. For example, when certain organisations have reliable information their preference will be, at least in the first instance, direct confidential dialogue with those responsible for the violations, rather than engaging with accountability mechanisms.

Other considerations relate to the fact that, for the most part, humanitarian actors are on the ground to implement programmes and not to gather information on possible violations of IHL and IHRL and on their perpetrators. This means, that even in those circumstances where they would want to cooperate, the information they have collected may not be admissible in criminal proceedings. In view of this, certain

humanitarian actors may feel that it is more effective to provide information to accountability mechanisms that have more flexible rules on admissible information than criminal tribunals, such as commissions of inquiry or fact-finding mechanisms.

Even human rights organisations, that tend to be on the ground to collect information on potential violations of IHL and IHRL, face this same problem. It is unlikely that their researchers have witnessed the perpetration of violations or have first-hand information that is admissible in criminal proceedings. At best, they could appear as “expert witnesses” on particular issues. In view of this, human rights organisations tend to engage at an earlier stage in criminal and other proceedings, when they can suggest issues that should be investigated, and possible sources to interview.

B. How have the concerns been addressed

Humanitarian actors have adopted a range of approaches to give effect to their positions on engagement with accountability mechanisms.

1. Red Cross Red Crescent Movement

In relation to the ICC, the ICRC has obtained an express recognition in Rules of Procedure and Evidence that information, documents or other evidence generated by the ICRC is not subject to disclosure, including by way of testimony.¹⁴³ This position reflects decisions on this topic by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)¹⁴⁴. At national level, the majority of its headquarters agreements grant the ICRC and its staff immunity from all forms of legal process and inviolability to documents.¹⁴⁵ Efforts are currently afoot to ensure that states that receive ICRC documents also refrain from permitting their use in legal proceedings without the ICRC’s consent.

¹⁴³ Article 73(6) ICC Rules of Procedure and Evidence 2002.

¹⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v Simić* (Decision on the Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness) Case No. IT-95-9 (27 July 1999) paras 72-74; ICTY, *Prosecutor v Brđjanin* (Decision on Interlocutory Appeal) Case No. IT-99-36, Appeals Chamber (11 December 2002) para. 32; ICTR, *Prosecutor v Muvunyi* (Reasons for the Chamber’s Decision on the Accused’s Motion to Exclude Witness TQ) Case No. ICTR-2000-55 (15 July 2005) paras 14-16. On this issue see ICRC (2016). ‘Memorandum – The ICRC’s privilege of non-disclosure of confidential information’, *International Review of the Red Cross*, Volume 97, n.º 897-898, pp. 1-12, available at: <https://www.icrc.org/en/international-review/article/memorandum-icrcs-privilege-non-disclosure-confidential-information> [accessed 27 Sep. 17].

¹⁴⁵ See above n 2 (need to change this in accordance with numbering in citation).

All these arrangements foresee the possibility for the ICRC to waive its privilege in specific cases. Recently, the ICRC has done so in a national inquest relating to the abduction and murder of a staff member. Considerations that led to the waiver included the fact the proceedings related to a staff member to whom the organisation owed a duty of care, and that the majority of the relevant information was in the hands of the ICRC. Moreover it was possible to ensure that documents were shared with a limited number of people, and to make redactions. The ICRC intends to develop internal criteria to provide guidance on the circumstances in which it could consider waiving its privilege.

The disclosure of information is not the only possible way to proceed. For example, the ICC Rules of Procedure and Evidence also foresee consultations between the Prosecutor and the ICRC.¹⁴⁶ If, in the course of this dialogue, the Prosecutor becomes convinced that the ICRC is in possession of exculpatory information, in all likelihood, rather than insist on its disclosure, the charges relating to that specific offence may be dropped.

National Red Cross and Red Crescent Societies do not benefit from similar arrangements, even though their staff often works in situations of armed conflict, including alongside the ICRC, where similar considerations apply.

2. UN agencies, funds and programmes

The position of the UN is different. As noted earlier, UN agencies, funds and programmes are under an obligation to cooperate with the ICC and an important dimension of this cooperation is the provision of information. Over time the nature of this cooperation has become more sophisticated to take into account the needs and concerns of all sides more effectively.

All requests are channelled through the Office of Legal Affairs (OLA) at Headquarters, which acts as a go between with the relevant UN substantive office. The Office of the Prosecutor is asked to be specific in its requests, and to explain the relevance of the requested materials to its investigations. On its side, the UN strives to reply to requests within thirty working days. The UN's starting premise is that it will cooperate, but there are circumstances in which it will not do so or only provide a redacted version of a requested document. These include in response to

¹⁴⁶ *Ibid.*

requests for information whose disclosure would endanger the safety and security of persons, or prejudice the proper conduct of UN operations and activities, or information whose disclosure would violate confidentiality (ie information received by the UN from third parties, such as NGOs).¹⁴⁷ It is for the substantive office to which the request is addressed to determine whether these exceptions apply.

As discussed earlier, in the past extensive use had been made of the possibility of providing information on the basis of Article 54(3) ICC Statute, but since the *Lubanga* ruling it has not been resorted to¹⁴⁸. Instead, if the UN accedes to a request to share information it now does so by preparing a document that may be placed in the public domain from the outset, if necessary by making redactions.

While it should not matter whether it is the Prosecution or the Defence that requests information, there is still a lingering discomfort in providing information to the Defence, as it is perceived as enhancing the risk that those associated with defendants may take measures against those providing the information. Of course this is not necessarily the case, and, in fact, the information provided by the UN could be of an exculpatory nature.

OLA is finalising a best practice manual to guide the organisation in deciding how to agree to requests from the ICC to provide information and, if so, on what basis¹⁴⁹.

The position is simpler with regard to requests from accountability mechanisms that can be considered “UN bodies”, like sanctions panels of experts and certain tribunals or fact-finding bodies. Usually, there will be a UN resolution requiring cooperation, as well as an underlying obligation to share information and not obstruct the course of justice.

Within this overarching framework, different UN agencies, funds and programmes have developed their own approaches and internal guidance. For example, the Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) will try to engage constructively with requests for information. In order to ensure consistency of approach and to avoid exposing staff in the field to pressure to cooperate all requests must go via OCHA

147 See Tamara Cumming-John, *supra*.

148 See above n 5 (need to change in accordance with numbering) and 135 (as numbered in the existing pdf file).

149 In september 2016 OLA issued the *Best Practices Manual for United Nations – International Criminal Court Cooperation*, available at: http://legal.un.org/ola/media/UN-ICC_Cooperation/Best%20Practice%20Guidance%20for%20UN-ICC%20cooperation%20-public.docx.pdf [accessed 27 Sep. 17].

Headquarters. Cooperation may undermine OCHA's ability to deliver against its core mandate if appropriate precautions are not taken. The accused may still be very powerful in their home countries with connections on the ground that may put the sources of information and their families at risk, affect the safety of staff, or undermine operations and access. Moreover, OCHA has a mandate to coordinate humanitarian actors, and some partners may not want to engage with it, should it provide information. As arrangements under Article 54(3) ICC Statute are no longer relied upon, information cannot be provided on a strictly confidential basis. This means that the staff member's identity and the content of the interview will be disclosed to the Defence. This is an additional consideration to bear in mind when deciding to accede to requests for information. In many cases even if material is redacted or summarised, the mere fact of cooperating could be problematic. At times, concerns may end up being overwhelming and requests will be turned down.

3. NGOs

A number of NGO have also elaborated internal positions and policies to ensure consistency and provide guidance to their staff on how to respond to requests for information from accountability mechanisms. Accessible and reliable witness and victim protection programmes would allay some of their concerns about cooperating, even though these may reduce the risk faced by individuals but not by the organisations employing them. Greater clarity from accountability mechanisms as to the modalities for sharing of information and as to the rules governing the use of that information once it has been provided would also have an important confidence-building role.

The provision of information is not the only way in which humanitarian actors can assist accountability mechanisms. Other, potentially less problematic, ways of doing so could be by sharing their expertise in particular fields. For example, child-protection NGOs could share their experience on age verification and age-appropriate interviewing of witnesses and training of translators.

While the adoption of internal policies on engagement with accountability mechanisms by individual organisations is an essential first step, it is unlikely to be sufficient to reduce potential negative effects. A common position setting minimum standards to be followed by as many humanitarian actors operating in a particular context as possible, is likely to have a more significant impact.

To date, this approach has only been adopted in one, particularly complex context: South Sudan, where there are a number of accountability mechanisms operating, with different mandates and all with limited access. This gives rise to an extremely challenging environment for humanitarian actors, compounded by mutual limited understanding of each other's mandates, operating modalities, and affiliations. Severe constraints on access also mean that the monitoring mechanisms frequently turn to humanitarian actors for information. Moreover, security arrangements are such that some NGOs are based in the same "humanitarian hubs" on UN Mission premises as some monitors, giving rise to formal and informal proximity, and sharing of information, including unintentionally. This has led an important number of the NGOs operating in South Sudan to adopt a common position on engagement with the various accountability mechanisms. While there is no way of monitoring compliance with it, this is nonetheless an important step in raising awareness of the concerns and how to respond to them.

International NGOs' increased reliance on national partners to implement their programmes raises an additional complexity. Possibly paradoxically, considering national staff face greater risks than international staff, in a number of contexts they indicated they want to be more outspoken and to engage with accountability mechanisms. Ways must be found of allowing this engagement in a manner that does not undermine the position adopted by the international partners. Doing so will be particularly challenging in contexts where parties to conflict are unlikely to distinguish between the various humanitarian actors.

Session 3 – The Criminal Law Dimension

The third session focused on the criminal law dimension, looking at the tensions raised by criminal proceedings, most notably, the need to balance the protection of witnesses and other sources of information with the duty to carry out fair trials that respect the rights of the accused and the needs of victims.

The session started with three presentations highlighting certain challenges that may arise during the investigation phase and in the course of national and international criminal proceedings.

A. Suspected perpetrators of violations of IHL and IHRL

Prosecutors must ensure that all exculpatory material in their possession is turned over to the Defence. Complying with this basic element of a fair

trial may give rise to difficulties when exculpatory information is provided in confidence, including by humanitarian actors.

Prosecutors involved in international criminal proceedings have developed a range of possible ways of complying with this requirement in a manner that reduces the risks for the sources of information as far as possible. Sensitive material may be provided to the judges who determine whether it should be turned over to the Defence¹⁵⁰. Documents could be provided to the Defence after changes have been made to protect sources. They could be summarised or redacted; or not handed over but instead read to Defence counsel in the Prosecutor's office. Ultimately, if a Prosecutor has material that should be provided to the Defence, but is unable to find an acceptable way to share it, it might be necessary to drop the charge in question¹⁵¹. This might, on occasion, be a more effective way to maintain the credibility of the judicial system as well as the ongoing relationship between criminal tribunals and humanitarian actors.

While the Prosecution's obligation is clear, the position of humanitarian actors is far less so. What responsibility – legal, moral, or ethical – if any, does a humanitarian organisation bear if material in its possession is exculpatory? Should it proactively provide it to the Defence? Or at least not turn down requests to do so?

Although sanctions regimes are frequently described as preventive rather than punitive in nature, listing clearly impairs a person's rights in various ways. Moreover, the Security Council has consistently called upon national authorities to bring listed persons to justice including, in certain contexts, by calling upon states to exercise universal jurisdiction, while in others (the DRC and the Central African Republic), it has specifically mentioned the ICC¹⁵². There is thus a disconnect between the public discourse about the nature of sanctions, and the clear limitations on human rights and the criminal law consequences of listing.

150 See Rules of Procedure and Evidence of the ICC, Rule 81 and Rules of Procedure and Evidence of the ICTY, Rule 66.

151 See for example ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Urgent Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/704-01/06, Trial Chamber I (13 June, 2008) and on appeal ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06 OA 13, Appeals Chamber (21 October, 2008).

152 See most recently S.C. Resolution 2360, U.N. Doc S/RES/2360 (21 June, 2017); S.C. Resolution 2339, U.N. Doc S/RES.2339 (27 January, 2017).

B. Witnesses

While the ICTY and ICTR had the power to compel witnesses to appear¹⁵³, there is a divergence of views as to the nature and extent of the ICC's power in this regard. Crucial to this is the interplay of two provisions of the ICC Statute. Article 64(6)(b), that gives the Trial Chamber the authority to require the attendance and testimony of witnesses by obtaining, if necessary, the assistance of states parties; and Article 93 which requires states parties to facilitate the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court. Recent ICC jurisprudence would suggest that the Court can compel an appearance, but this is to be done via national courts¹⁵⁴. Inasmuch as under this system national institutions also have a role in deciding whether to compel the staff of a humanitarian organization to testify, it is important to familiarise them with humanitarian actors' concerns and with possible ways of addressing them.

In the treatment of witness statements the ICC draws a clear distinction between disclosure to the accused and disclosure to the public¹⁵⁵. To date it has not compelled the staff of international organizations to testify. If a UN staff member were to appear as a witness, the ICC would agree the modalities for this with the UN. The UN is likely to grant its consent to this under certain conditions, such as not revealing sources or demanding that the questioning by the Court not go beyond the scope of information that the UN staff member has already provided.

An alternative to the staff of humanitarian organisations appearing as witnesses is the possibility for them to provide information as "expert witnesses". This allows them to bring important information before international tribunals on the context and trends. In a recent case before the ICC, two psychiatrists/psychologists testified, one extrapolated trends on sexual violence from available data, and the other gave an overview of how such abuses could affect victims and communities; something that could also be of relevant at the sentencing or reparations phases of the proceedings. While providing information in this manner

153 Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Article 19 paragraph 2; Statute of the International Tribunal for Rwanda, Article 18 paragraph 2; ICTY Rules of Procedure and Evidence, Rule 54; ICTR Rules of Procedure and Evidence, Rule 54.

154 See *The Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation) ICC-01/09-01/11, Trial Chamber V (A) (17 April, 2014)

155 Rules of Procedure and Evidence of the ICC, Rule 81 and cf. Rule 87 paragraph 3.

could side step issues of admissibility, it is unlikely to address humanitarian actors' concerns about being seen as cooperating with criminal tribunals.

C. Preservation of evidence

Information provided to accountability mechanisms must be gathered and preserved in a manner that meets the standards applied by such mechanisms and which, in the case of criminal courts, are understandably high. In the past failure to do so made it impossible for tribunals to rely on valuable information.

Efforts are being made to develop software including social media applications to overcome these problems. For example, the application *EyeWitness to Atrocities*, that anyone can download, can take photos, videos and recordings and stamp them with GPS coordinates, time and date indicating precisely when the material was recorded and whether it has been edited. The information can be transmitted anonymously from a secure internet connection to a secure database owned by the project where legal experts can then examine it and decide whether it is suitable for use in courts.¹⁵⁶

While such approaches can resolve some of the problems related to preservation and authenticity of evidence, they may also give rise to suspicions that all carriers of mobile telephones will use them in this manner and make it even harder for parties to an armed conflict to agree to humanitarian actors' use of telecommunications equipment.¹⁵⁷

D. Victims

Humanitarian actors' engagement with accountability mechanisms also needs to be considered from the perspective of victims of violations of IHL and IHRL. In addition to the reservations related to the potential adverse impact of cooperation on humanitarian actors, another concern is that in order to provide accurate information it may be necessary to return

¹⁵⁶ www.eyewitnessproject.org

¹⁵⁷ On the impact – positive and potentially adverse – of new technologies see *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, (ICRC, 2013 edition), Chapter 6, “Managing sensitive protection information – Collecting information from afar: understanding the risks and advantages linked to new technologies and methodologies”, 81-83.

to victims of violations to ask for additional information or for them to be interviewed – even repeatedly, as accountability mechanisms apply different standards of evidence – with the consequent risk of “re-victimisation”.

Also central is the question of victims’ consent to the transmission of the information they provide to humanitarian actors to accountability mechanisms. In view of the very clear risks such transmission may entail, humanitarian actors must be scrupulous in assuring themselves that the provision of consent is truly voluntary and informed. They must refrain from putting pressure on victims or beneficiaries of their programmes to agree to provide information.¹⁵⁸

Conversely, victims and affected populations must not be prevented from providing information to accountability mechanisms should they wish to do so. To the extent they can, humanitarians should guide them to actors that can provide accurate advice on how to cooperate and the risks of doing so.

E. Professional privilege

Medical certificates issued by humanitarian actors that have provided medical treatment to victims of IHL and IHRL violations who want to rely on these certificates in accountability proceedings raise important issues. One relates to disclosure. Many national and international tribunals foresee the possibility of exempting communications made in the context of a professional relationship, most notably those with legal advisers or doctors from obligations of disclosure.¹⁵⁹ There is no common position, however, as to which party has the power to waive this professional privilege – ie whether, in the case of a medical certificate it lies with the patient or with the care-provider.

From the perspective of humanitarian actors who have provided assistance and medical certificates, disclosure in proceedings of a certificate indicating violations of IHL and IHRL could have significant adverse consequences on their capacity to continue to carry out operations – both in the context with which the medical certificate is associated and beyond. From the point of view of victims, on the other hand, the certificate could have important evidentiary value.

¹⁵⁸ On the question of the information providers’ consent see *Professional Standards for Protection Work* (*supra*), Chapter 6, “Managing sensitive protection information – Preparing interviews and ensuring informed consent and privacy”, 92-98.

¹⁵⁹ See, for example, Rule 73(2) and (3) ICC rules of Procedure and Evidence.

The starting point of a discussion of medical certificates should be that the primary objective of medical humanitarian organisations is to provide medical assistance to people in need. This treatment also includes the provision of a medical certificate but undue emphasis should not be placed on this. The certificates provided by humanitarian organisations are unlikely to have been issued by forensic doctors, and consequently, be admissible as such in criminal proceedings. This said, collectively and anonymously are of value in identifying trends. Medical humanitarian organisations have gone to great lengths to develop ways of encoding the names of patients and health providers to protect them should their facilities be raided.

Session 4 – How Can Tensions Be Reduced?

The final session focused on additional measures that could be taken by accountability mechanisms or by humanitarian organisations, either individually or collectively, to further reduce tensions.

In the two decades since the establishment of the ICTY and ICTR, humanitarian actors' engagement with international criminal tribunals has become increasingly sophisticated and constructive. Both sides have familiarised themselves with each other's needs and constraints and, [for the most part,] have found efficient ways to co-exist. Similarly, the tensions that existed between humanitarian actors adopting different approaches to engagement with criminal tribunals, and also between operational and human rights organisations have eased, as organisations have found the way to navigate their relationship with tribunals that most suits their identity. International criminal tribunals, and the ICC in particular, and humanitarians have progressively developed policies and working methods that enable them to engage in a manner that reduces adverse consequences for both sides.

Humanitarian actors' engagement with other accountability mechanisms, and in particular with UN sanctions panels of experts, is not at the same stage of maturity and sophistication. The same process of gradual familiarisation needs to occur and consideration should be given to replicating some of the good practices developed by and in relation to international tribunals, adjusted as necessary.

A number of recommendations were made for further reducing the tensions:

Recommendations addressed to international criminal tribunals:

- The confidence-building dialogue with humanitarian actors at headquarters level should continue, and be expanded to include other relevant humanitarian organisations. Efforts should continue to be made to address areas where further clarification is needed, such as for example, the functioning of the ICC witness protection programme.
- Good investigation practices developed by the ICTY, ICTR and ICC should be continued and disseminated to other bodies carrying out similar tasks. These include asking humanitarians for information as a last resort and in a focused manner, and explaining why particular information is needed, how it will be used and with whom it will be shared.

Recommendations addressed to UN sanctions panels of experts:

- The UN Department for Political Affairs should organise an induction for members of panels of experts on engaging with humanitarian actors, and facilitate the sharing of experience in this regard among current and past panels of experts.
- Panels of experts should systematically reach out to the headquarters of the humanitarian organisations operating in the country for which they have responsibility to explain their mandate, operating modalities and objectives, and hear humanitarians' concerns.
- Panels of experts should develop common modalities on how to engage with humanitarian actors.
- Panels of experts should explore ways of providing binding assurances for humanitarian actors as to how information they share will be used and with whom it will be shared.

Recommendations relevant to all accountability mechanisms:

A significant body of good practices guiding accountability mechanisms' engagement with humanitarian actors already exists. The challenge is putting them into practice: there are limited resources for disseminating them and ensuring they are applied. Compliance should be included in conditions of services and resources should be made available to facilitate their dissemination to all relevant accountability mechanisms.

- The position of humanitarian actors before national accountability mechanisms should receive greater attention. Many of these mechanisms have the authority to compel the staff of humanitarian organisations to testify but are not necessarily aware of the concerns and risks. Efforts should be made to reach out to national bodies to bring to their attention humanitarian actors' concerns and possible ways of reducing the risks.

Recommendations addressed to humanitarian actors:

- Humanitarian actors should determine with greater clarity the reasons underlying their reservations about cooperating with accountability mechanisms. Doing so will enable them to adopt a coherent and consistent position of whether, and if so how, to share information.
- Humanitarian actors should develop internal policies regulating their engagement with the entire range of accountability mechanisms; train their staff on them; and disseminate them to the accountability mechanisms. They should include issues such as which section the organisation is responsible for receiving, reviewing and responding to requests for information; modalities for providing information; and rules on how the organisation will engage with victims whose testimony may be sought.
- Humanitarian organisations that enjoy immunity from testimony should also develop guidance on the circumstances in which they would be willing to waive it. Consideration should be given to always waiving it in proceedings relating to attacks against their staff.
- Humanitarian actors operating in a particular context should consider developing a common position on engagement with relevant accountability mechanisms.
- Consideration should be given to including the question of engagement with accountability mechanism in professional standards for humanitarian actors and to developing Inter-Agency Standing Committee guidance on this topic.

List of Participants

Dapo Akande Professor of Public International Law, University of Oxford & Co-Director, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict & Oxford Martins Programme on Human Rights for Future Generations.

Véronique Aubert Senior Conflict & Humanitarian Policy and Research Adviser, Save the Children UK.

Giulio Bartolini Associate Professor of International Law, University of Roma Tre.

Françoise Bouchet-Saulnier Legal Director, Department of Humanitarian Law, Legal Affairs, Médecins sans Frontières.

Claudio Cordone Director of the Human Rights, Transitional Justice and Rule of Law Division of the United Nations Support Mission in Libya.

Tamara Cummings-John Legal Officer, The Office of the Legal Counsel, United Nations Office of Legal Affairs.

Federica D'Alessandra Benjamin Ferencz-Carr Center for Human Rights Policy Fellow, Harvard Kennedy School of Government.

Alvaro De Soto Senior Fellow, Ralph Bunche Institute.

Emanuela-Chiara Gillard Research Fellow, The Individualisation of War Project, European University Institute, Senior Research Fellow, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict.

Dakshinie R. Gunaratne UN Panel of Experts, Sudan.

Lindsay Hamsik Policy and Advocacy Adviser, South Sudan NGO Forum.

Josephine Liebl Humanitarian Policy Advisor, Oxfam.

Kate Mackintosh Deputy Registrar, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

Joanne Mariner Senior Crisis Response Adviser, Amnesty International.

Jenny McAvoy Director of Protection, InterAction.

Jonathan Prentice Director of London Office and Senior Advocacy Adviser, International Crisis Group.

Rod Rastan Legal Advisor, Office of the Prosecutor, International Criminal Court.

Ruben Reike Research Associate, The Individualization of War Project, European University Institute.

Roberto Ricci Chief, Emergency Response Section, Office of the High Commissioner for Human Rights.

James Ross Legal and Policy Director, Human Rights Watch.

Dan Saxon Assistant Professor, Department of Governance and Global Affairs, Leiden University College The Hague.

Göran Sluiter Professor of International Criminal Law, University of Amsterdam .

Rebecca Sutton PhD candidate in International Development, London School of Economics and Political Science.

Hannah Tonkin Humanitarian Affairs Officer, Policy Development and Studies Branch, Office for the Coordination of Humanitarian Affairs.

Beth Van Schaack Leah Kaplan Visiting Professor in Human Rights, Stanford Law School (2014-15), Senior Adviser, Office of Global Criminal Justice, U.S. Department of State, Professor of Law, Santa Clara University School of Law.

Sylvain Vité Legal Adviser, International Committee of the Red Cross.

Jennifer M. Welsh Professor and Chair in International Relations, European University Institute, Special Adviser to the United Nations Secretary-General Ban Ki-moon on the Responsibility to Protect.

Kristele Younes Humanitarian expert, Somalia-Eritrea Sanctions Monitoring Group 2011-2013.

Bibliography

Book Chapters

Duffy, Helen, Hall, Christopher and Rastan, Rod (2016). ‘Article 73: Third-party information or documents’, in Triffterer, O. and Ambos. K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. München. Beck.

Rastan, Rod (2016). ‘Article 72: Protection of national security information’, in Triffterer, O. and Ambos. K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. München. Beck.

Journal Articles

Cummings-John, Tamara (2013). “Cooperation Between the United Nations and the International Criminal Court, Recent Developments in Information Sharing and Contact with Persons Subject to Warrants or Summonses”. *International Organizations Law Review*. Volume 10, n.º 1: pp. 223-246.

Debuf, Els (2016). “Tools to do the job: The ICRC’s legal status, privileges and immunities”. *International Review of the Red Cross*. Volume 97, n.º 897-898: pp. 319-344. Available at: <https://www.icrc.org/en/international-review/article/tools-do-job-icrcs-legal-status-privileges-and-immunities> [accessed 27 Sep. 17]

ICRC (2016). “Memorandum – The ICRC’s privilege of non-disclosure of confidential information”. *International Review of the Red Cross*. Volume 97, n.º 897-898: pp. 1-12. Available at: <https://www.icrc.org/en/international-review/article/memorandum-icrcs-privilege-non-disclosure-confidential-information> [accessed 27 Sep. 17]

Jeannet, Stéphane (2000). “Recognition of the ICRC’s long-standing rule of confidentiality – An important decision by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”. *International Review of the Red Cross*. Volume 82, n.º 838: pp. 403-425. Available at: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jqhq.htm> [accessed 27 Sep. 17]

Jeannet, Stéphane (2000). “Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court”. *International Review of the Red Cross*. Volume 82, n.º 840: pp. 993-1000. Available at: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jqte.htm> [accessed 27 Sep. 17]

La Rosa, Anne-Marie (2006). “Humanitarian organizations and international criminal tribunals, or trying to square the circle”. *International Review of the Red Cross*. Volume 88, n.º 861: pp. 169-186. Available at: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_861_larosa.pdf [accessed 27 Sep. 17]

Mackintosh, Kate (2004). “Note for humanitarian organizations on cooperation with international tribunals”. *International Review of the Red Cross*. Volume 86, n.º 853: pp. 131-146. Available at: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_mackintosh.pdf [accessed 27 Sep. 17]

Mackintosh, Kate (2005). “The development of the International Criminal Court: some implications for humanitarian action”. *Humanitarian Exchange*. Volume 32: pp. 29-31. Available at: <http://odihpn.org/wp-content/uploads/2005/12/humanitarianexchange032.pdf> [accessed 27 Sep. 17]

Pfanner, Toni (2006). “Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross”. *International Review of the Red Cross*. Volume 88, n.º 862: pp. 363-373. Available at: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_862_pfanner.pdf [accessed 27 Sep. 17]

Rastan, Rod (2009). “Review of ICC Jurisprudence 2008”. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Volume 7, n.º 2: pp. 261-298. Available at: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1090&context=njihr> [accessed 27 Sep. 17]

Electronic Publications

Bouchet-Saulnier, Françoise and Dubuet, Fabien (2007). “Legal or Humanitarian Testimony? History of MSF’s interactions with investigations and judicial proceedings”. Centre de Réflexion sur l’Action et les Savoirs Humanitaires (CRASH), Fondation Médecins Sans Frontières, Papers. Available at: <https://www.msf.fr/sites/www.msf.fr/file/s/8b5612b1e8a5df8dc69e09b4c46dadb6.pdf> [accessed 27 Sep. 17]

Compendium – High Level Review of United Nations Sanctions (November 2015). Available at: http://www.onpcsb.ro/pdf/HLR_Compendium_2015.pdf [accessed 27 Sep. 17]

ICC Guidelines Governing the Relations between the Court and Intermediaries for the Organs and Units of the Court and Counsel working with intermediaries (March 2014). Available at <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/lt/GRCI-Eng.pdf> [accessed 27 Sep. 17]

Ratner, Steven (2013). “Should ICRC Reports on Detainee Visits be Turned Over to Military Commission Defense Counsel?”. Available at: <https://www.justsecurity.org/3116/icrc-reports-military-commission/> [accessed 27 Sep. 17]

Rona, Gabor (2004). “The ICRC privilege not to testify: confidentiality in action”. Available at: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/5wsd9q.htm> [accessed 27 Sep. 17]

UN Office of Legal Affairs. “Best Practices Manual for United Nations – International Criminal Court Cooperation”, 26 September 2016, Available at: http://legal.un.org/ola/media/UN-ICC_Cooperation/Best%20Practice%20Guidance%20for%20UN-ICC%20cooperation%20-public.docx.pdf [accessed 27 Sep. 17]

Weissman, Fabrice (2009). “Humanitarian aid and the International Criminal Court Grounds for divorce”. Centre de Réflexion sur l’Action et les Savoirs Humanitaires (CRASH), Fondation Médecins Sans Frontières, Papers. Available at: https://www.msf-crash.org/sites/default/files/2017-06/7d9b-fw-2009-humanitarian-aid-and-international-criminal-court-grounds-for-divorce.-_fr-art-p._.pdf [accessed 27 Sep. 17]

Treaties

Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90 (July 17, 1998)

Domestic Legislation

Australia’s International Organisations (Privileges and Immunities) Act of 1963, as amended by the *International Organisations (Privileges and Immunities) (International Committee of the Red Cross) Regulation 2013*, Australia’s Select Legislative Instrument No. 237, 2013, (08 November, 2013)

Loi n° 2003–475 du 4 Juin 2003 relative aux privilèges et immunités de la délégation du Comité International de la Croix-Rouge en France

US International Organizations Immunities Act of 1945, as amended by Executive Order 12643 (June 23, 1988)

Judgments

ICC, *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case) ICC-01/04-01/07 OA 8, Appeals Chamber (25 September, 2009)

ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision

on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06 OA 13, Appeals Chamber (21 October 2008)

ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I (14 March, 2012)

ICC, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Urgent Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01704-01/06, Trial Chamber I (13 June, 2008)

ICC, *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation) ICC-01/09-01/11, Trial Chamber V (A) (17 April, 2014)

ICTR, *Prosecutor v Muvunyi* (Reasons for the Chamber's Decision on the Accused's Motion to Exclude Witness TQ) Case No. ICTR-2000-55 (15 July 2005)

ICTY, *Prosecutor v Brdjanin* (Decision on Interlocutory Appeal) Case No. IT-99-36, Appeals Chamber (11 December 2002)

ICTY, *Prosecutor v Simić* (Decision on the Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness) Case No. IT-95-9 (27 July 1999)

Other documents

Agreement between the International Committee of the Red Cross and the Swiss Federal Council to determine the legal status of the Committee in Switzerland (1993)

Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations, ICC-ASP/3/Res.1 (4 October, 2004)

Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court, ICC-ASP/1/3 and Corr.1 (3-10 September, 2002)

S.C. Resolution 2140, U.N. Doc S/RES/2140 (26 February 2014)

S.C. Resolution 2206, U.N. Doc S/RES/2206 (3 March, 2015)

S.C. Resolution 2339, U.N. Doc S/RES.2339 (27 January, 2017)

S.C. Resolution 2374, U.N. Doc. S/RES/2374 (5 September, 2017)

II. AÇÃO EXTERNA

1. Discursos de Portugal na 6ª Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas na 71ª Sessão

i. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts¹⁶⁰

Mr. Chairman,

It has been nearly 70 years since the International Law Commission decided to embark on what was certainly one of its most important projects. The topic has been maturing since 1949, when the Commission first selected the subject of State Responsibility as being suitable for codification, together with the Law of Treaties and Diplomatic Relations. In 2013, the General Assembly decided again to include the topic in the provisional agenda of its seventy-first session and to further examine, within the framework of a Working Group of the Sixth Committee and with a view to taking a decision, the question of a convention on responsibility of States for internationally wrongful acts or other appropriate action on the basis of the articles on the matter, of which the General Assembly had taken note in 2001 and discussed every three years since then.

The articles have thus undergone a long period of maturation and Portugal feels that time has come to seek agreement on a way forward and that the adoption of a convention could be the best way ahead. This was indeed the second stage the International Law Commission itself recommended, in its Report to the General Assembly in 2001, in light of the importance of the topic. This path is also the one that honors best the work of the ILC and of its Special Rapporteurs, but the one that confers upon States a leading role on international law-making process on such crucial legal domain.

Mr. Chairman,

Portugal recognizes the importance of taking an informed decision on the opportunity of opening negotiations on a Convention on State Responsibility. Past discussions in the Sixth Committee, written comments by Governments, as well several informal panels recently organized by a

¹⁶⁰ Discurso proferido por Cristina Pucarinho (Representante Permanente Adjunta junto da Missão Permanente de Portugal junto da Organização das Nações Unidas) – 7 de outubro 2016

group of countries, including our own, have helped to identify points in common and of divergence among Member States. Portugal recognizes that Member States have different views as to the future of the articles that range from supporting a convention to merely adopting the articles in a General Assembly resolution or to keeping the *status quo*.

Mr. Chairman,

As Portugal has already had the opportunity to state before the Sixth Committee and in its previous written comments on the matter in 2007, 2010, 2013 and 2016, it continues to believe that this is an area of international law that deserves to be incorporated into a legal instrument that will certainly contribute in a decisive manner to respect of international law and to peace and stability in international relations. States must not be overcautious about moving forward in this area since the only concern is to establish the consequences of the international wrongful acts and not to provide a definition of the wrongful act itself. State responsibility pertains only to the secondary rules and not the primary rules which define the obligations of States. If one wants convincing evidence for the opportunity and fundamental need to proceed in this field one only has to turn to State practice and to the decisions of international courts and tribunals, including the case law of the International Court of Justice.

The various reports prepared by the Secretary-General containing a compilation of nearly 300 decisions of international courts, tribunals and other bodies clearly illustrate this. Furthermore, it would be senseless not to proceed in the development and codification of this matter and to continue to proceed in others, also present in the agenda of this Committee such as diplomatic protection, liability and responsibility of international organizations, when the main principles that guide the development of these latter subjects are the same that apply to State responsibility.

Mr. Chairman,

For all these reasons, Portugal considers that the articles on responsibility of States for international wrongful acts should be adopted as a binding international convention.

We remain open to discuss possible intermediary steps in order to better identify the points of agreement and disagreement and to step into a process for the drafting of a convention on a safe ground and on the basis of the current articles. This should be the task of the upcoming Working Group. Among the issues to be discussed could be the following:

- The periodicity of the meetings of the Working Group, which could meet on a yearly basis in order to allow a thorough and step-by-step discussion on the question of a convention on responsibility of States for internationally wrongful acts or other appropriate action on the basis of the articles;
- The possibility of requesting the Secretary-General to prepare an options paper on the different methods of work and procedures for structuring the discussions, based on the practice of previous codification processes, and without prejudice to any particular outcome;
- How to identify the main concerns of Member States regarding the substance of the draft articles;
- How to delimit (e.g. through a questionnaire for Member States) a list of substantive issues to be put in the agenda of the Working Group for discussion, given that the draft articles of the International Law Commission should be the basis for an international convention on State Responsibility and bearing in mind that most of the articles reflect customary law and are accepted by States.

Thank you Mr. Chairman.

ii. Diplomatic Protection¹⁶¹

Mr. Chairman,

The International Law Commission completed a set of 19 draft articles on Diplomatic Protection in 2006, already 10 years ago, and recommended the elaboration of a convention on the basis of the draft articles.

Portugal has welcomed the work of the ILC in this important topic and continues to consider that Diplomatic Protection is a useful institute in contemporary international relations and that its main rules are ripe and adequate for codification.

Mr. Chairman,

Diplomatic Protection has an important function as a last resort device in the protection of human rights. Although there is a recognizable trend of giving greater autonomy and capacity to individuals and groups to assure the protection of their own rights, Diplomatic Protection conducted by States remains an important remedy for individuals.

As it was said by Professor John Dugard, one of the Special Rapporteurs for this topic, “diplomatic protection remains an important weapon in the arsenal of human rights”.¹⁶²

Mr. Chairman,

Portugal is in agreement with the draft articles in general and with their suitability for an international convention, regardless of certain aspects that could still be improved if we embark on a process leading to the elaboration of a convention.

However, it should be pointed out that there is a clear link between this topic and that of State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. In our view, the two processes regarding State Responsibility and Diplomatic Protection should go hand in hand and lead to the elaboration of two parallel conventions. This would represent a major step for the consolidation of the law on international responsibility.

Thank you Mr. Chairman.

¹⁶¹ Discurso proferido por Cristina Pucarinho (Representante Permanente Adjunta junto da Missão Permanente de Portugal junto da Organização das Nações Unidas) – 7 de outubro 2016.

¹⁶² A/CN.4/506, para. 302.

iii. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eight session

Mr. Chairman,¹⁶³

Let me thank through you the Chairman of the International Law Commission, Mr. Pedro Comissário Afonso, for presenting the Report on the work carried out by the Commission during its sixty-eight session. Allow me also, at the end of their current mandates, to pay tribute to all the members of the ILC, commend the Special Rapporteurs for the comprehensive reports presented and recognize the continued relevance of the work of the Drafting Committee.

In today's statement, we will begin by making some general comments on the Commission's work. We will then address the topics "Protection of persons in the event of disasters", "Identification of customary international law" and "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties". 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 XIII of the Report)

Mr. Chairman,

Portugal has followed with much interest the work and outputs of the sixty-eight session of the International Law Commission. It has been a productive session that marks the end of the current quinquennium, and important progress was made on different topics.

We would highlight, in particular, the adoption on second reading of the draft articles on "Protection of Persons in the event of Disasters" and the adoption on first reading of draft conclusions on the topics "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties" and "Identification of customary international law".

¹⁶³ Discurso proferido por Susana Vaz Patto (Diretora de Serviços de Direito Internacional do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – 25 de outubro de 2016.

Mr. Chairman,

Regarding the continued efforts to improve the interaction of the ILC with the Sixth Committee, we note with satisfaction that the Commission recommended to hold the first part of its seventieth session in New York and that a commemorative event be held in 2018 both in New York and in Geneva. We also welcome the more frequent practice of informal briefings by the Special Rapporteurs in New York, before and after the annual sessions of the ILC.

We trust that both these approaches contribute to increase the interaction between States and the ILC and to make this process as inclusive and plural as possible. In this regard, we reiterate the importance of furthering 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 all of us, States, that are members of the international community and should be encouraged.

Mr. Chairman,

As to the future work of the Commission and possible new topics, we note with satisfaction that the ILC again reconstituted its Working Group on Long-Term Programme of Work and has included two new topics relating to “settlement of disputes to which international organizations are parties” and “succession of States in respect of State responsibility”. We also take good note of the six potential topics mentioned in paragraph 313 of the Report proposed by the Secretariat as well as of the recommendation of the Commission that they should be furthered considered by the Working Group on the Long-Term Programme of Work at the next session, which will mark the beginning of a new quinquennium.

Portugal continues to study carefully all topics that are proposed and reiterate our view that when including new topics in the programme of work the ILC should continue to be attentive to the needs of States and respect their concerns. At the same time, we maintain our belief that the UN wider membership should also be more vocal and active in guiding the Commission, including regarding the identification of possible new topics that could address the current legal and institutional challenges of today’s world.

Protection of persons in the events of disasters (Chapter IV of the Report)

Mr. Chairman,

Allow me now to turn to Chapter IV of the Commission's Report on the topic **"Protection of persons in the event of disasters"** and start by expressing our appreciation to the Special Rapporteur, Mr. Eduardo Valencia-Ospina, not only for the thorough report presented this year, but again for his comprehensive work during these past years, which enabled the Commission to progress steadily in its study and adopt the set of draft articles we have now before us.

The Commission submitted a set of 18 draft articles on the protection of persons in the event of disasters, together with the recommendation to the General Assembly that it elaborates a convention on the basis of these draft articles.

Mr. Chairman,

Portugal maintains its position that, overall, this work constitutes a good framework and is a relevant contribution for this important subject, even though there are some issues we would have liked to see further studied or clarified by the Commission.

We are pleased to see that this final set of draft articles reflects the rights-based approach that the Commission took while conducting its analysis of this topic and we share the view that they contain a balance between State sovereignty and the need to protect human rights.

Mr. Chairman,

Regarding the final form that this set of draft articles should take, Portugal has stated in many instances, as a matter of principle, that the results of the work of the Commission should be translated into legally binding instruments. It is our view that this allows for stronger ownership by States of the work of the Commission. However, as in other cases, due to the complexity and sensitivity of the topic, it could be beneficial to have some more time to reflect on this matter, before taking a final decision.

Identification of customary international law (Chapter V of the Report)

Mr. Chairman,

Portugal continues to follow with great interest the topic **"Identification of customary international law"** included in the programme of work of

the ILC in 2012 and commends the Special Rapporteur, Mr. Michael Wood, for his work and the ILC for the speedy adoption on first reading of 16 Draft Conclusions with commentaries.

As we have stated before, this is a topic of high practical value for legal advisors and practitioners around the world and having a set of practical and simple conclusions, aiming at assisting in the identification of rules of customary law, is certainly a useful tool.

Mr. Chairman,

Portugal thanks the Special Rapporteur for the amendments proposed to the Draft Conclusions in light of the comments received, in particular with regard to Draft Conclusions 3 on “Assessment of Evidence for the two elements” and 12 on “Resolutions of International Organizations and Conferences”, that are a step in the right direction to alleviate some of the concerns our delegation had expressed last year.

Portugal believes that the draft conclusions can still be improved and we will be looking forward for a second reading. We hope that a further review of the commentaries will also help to address some of the issues that this Committee has discussed and that were well identified in Section II of the Fourth Report of the Special Rapporteur.

As a final remark, concerning the future outcome of the present topic, we welcome the proposal of a further review of ways and means for making the evidence of customary international law more readily available and look forward to the memorandum that the Secretariat was requested to prepare.

Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties (Chapter VI of the Report)

Mr. Chairman,

Allow me to turn finally 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 the thorough report he presented this year and again for his comprehensive work during these past years, which enabled the Commission to successfully conclude its first reading of the draft conclusions.

Portugal once again states that this work offers valuable guidance in the interpretation of treaties and reflects the existent customary international law. We are pleased to see that the Commission’s work

remains creatively within the limits of the Vienna Convention and we welcome the draft conclusion on the role of expert treaty bodies and the extensive commentary on this important question.

To conclude, we will continue to follow with interest this topic and look forward to its second reading.

Thank you, Mr. Chairman.

Crimes against humanity (Chapter VII of the Report)¹⁶⁴

Mr. Chairman,

Let me start by addressing Chapter VII of the Commission's Report devoted to the topic **"Crimes against humanity"**.

I would like to begin by commending the Special Rapporteur, Mr. Sean Murphy, for the detailed report presented this year. We would also like to thank the Secretariat for the Memorandum prepared on this topic regarding information on existing treaty-based monitoring mechanisms which may be of relevance to the future work of the International Law Commission.

Mr. Chairman,

As we have had the opportunity to state before this Committee, Portugal considers that the Commission must conduct its study on this subject with caution and resorting to the existing rules and practice so as to prevent entering into conflict with the existing legal framework dealing with crimes against humanity.

Particularly, the Rome Statute and the language contained therein should continue being one of the key references to the work of the ILC and, as expressed by some members of the Commission, it is important to have in consideration the relations between these draft articles and the Statute.

Mr. Chairman,

Overall, the draft articles presented this year constitute a good basis and the Commission should continue to look into solutions already adopted while drafting.

¹⁶⁴ Discurso proferido por Patrícia Galvão Teles (Consultora Jurídica do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – 28 de outubro 2016.

We would like to offer some brief comments on the issue of the liability of legal persons. Indeed from the discussion it raised within the Commission, it is not a consensual subject and not all States recognize such liability.

In our delegation's view, the wording proposed for paragraph 7 of draft article 5 is a good basis for a solution, since it offers flexibility and gives discretion on the matter to States. However, there may be merit in further studying this question.

The Commission should also consider whether it is necessary to adapt draft article 6 on the establishment of national jurisdiction, and its commentary, since this provision was initially designed to take into consideration cases where the offender is an individual and not a legal person.

Mr. Chairman,

Portugal will continue following with utmost interest the work of the Commission on this topic, namely in what regards the provisions on judicial cooperation, which can contribute to the fight against impunity and ensuring accountability where crimes against humanity are committed.

Protection of the atmosphere (Chapter VIII of the Report)

Mr. Chairman,

I will now turn to 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 third report on this pressing matter.

Portugal reaffirms its understanding that this topic must be addressed in a balanced and positive way. It must also be addressed having in mind all the areas related with environmental law and also the progress of scientific knowledge on environmental dynamics. For that reason, we welcome the dialogue with scientists that preceded the debate in the Commission.

Mr. Chairman,

Environmental damages know no borders. Nor do the people and the ecosystems affected by environmental disasters that may have occurred in the territory of other State. Therefore, the references to the joint action of States in the Draft Guidelines could be more assertive, as the joint action may be – in many cases – the most effective way to face and remedy environmental damages.

Mr. Chairman,

We have no doubts that the atmosphere is a natural resource and must be dealt with as such. At the same time, we share the doubts of some of the Commission's members as to whether the atmosphere can be legally addressed in the same way as transboundary aquifers or watercourses are, for instance. Thus, we are of the view that this question deserves a deeper reflection by the Commission.

As a final point, we would also like to encourage the Commission to further develop its work on the consequences of the recognition of the obligations related to the protection of atmosphere as *erga omnes* obligations.

Jus cogens (Chapter IX of the Report)

Mr. Chairman,

Let me now turn to Chapter IX of the Commission's Report devoted to the new topic "***Jus cogens***" and thank the Special Rapporteur, Mr. Dire Tladi, for his first report.

The historical overview, the analysis of the conceptual foundations of *jus cogens* and also the mapping of the disagreements and different views on this topic provided a good starting point for the Commission's work and prompted a fruitful debate during this year's session, confirming our understanding that this was – and is – a pressing topic.

Mr. Chairman,

The inclusion of the topic of *jus cogens* in the programme of work of the Commission was a remarkable achievement. This is a topic of vital importance for the development of international law, since the existence of peremptory norms protects the core values of the international community.

As we all also know, this remains a contentious topic. While there is widespread consensus that there are peremptory norms of international law, there is far from consensus on the particular norms that already have achieved that status or what are requirements for a norm to be considered a *jus cogens* norm.

The main challenge of the Commission for the next years will be to deliver tangible and concrete results. For this reason, we think that the road to take on this topic should be a pragmatic and realistic one.

Mr. Chairman,

The possible drafting of an illustrative list of norms of international law that have reached the status of *jus cogens* was one of the most heated topics of the Commission's debate.

For our part, we would find the exercise challenging and interesting on itself, as it would require the Commission to analyse a wide set of norms in all fields of international law. It might also be useful to devise guidelines in the jurisprudence and State practice that would shed light on how to identify a *jus cogens* norm.

Still, such an exercise might be premature at this stage. It would imply an overwhelming work and might consume much of the Commission's time on the subject. This excessive focus on making such a list may be harmful for the development of the theme, as the chance to explore the understanding of *jus cogens* norms from other standpoints would be lost. It would also drift from the methodology proposed by the Rapporteur.

Mr. Chairman,

To conclude, this a topic that we will continue to follow with great interest and look forward to analysing a complete set of draft conclusions, an outcome that, for the moment, seems to our delegation to be the appropriate one.

Thank you, Mr. Chairman.

Protection of the environment in relation to armed conflicts (Chapter X of the Report)¹⁶⁵

Mr. Chairman,

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 her work.

This is a topic that has particular relevance in a world where an increased number of armed conflicts affect the environment. We welcome therefore 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.

¹⁶⁵ Discurso proferido por Susana Vaz Patto (Diretora de Serviços de Direito Internacional do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – 1 de novembro de 2016.

Mr. Chairman,

As we have already stated, we strongly believe this topic must be approached in a comprehensive manner and should include the human rights dimension of environmental damages caused in the course of armed conflicts. We share, therefore, the view of the members of the Commission that supported the inclusion of references to human rights in the draft principles.

However, it should not be forgotten that the focus of the work is the protection of the environment and, therefore, references to environmental damages or environmental protection have to be clearly expressed in the text of the draft principles, especially in Principles III.3 and III.4, regarding remnants of war.

Mr. Chairman,

We continue support a temporal approach to the subject, covering all three phases of an armed conflict – before, during and after conflict. However, the systematic of the draft principles does not have to follow strictly that temporal line and we agree with the Special Rapporteur such systematic could be further analyzed.

On another point, would also be very much interested if the Commission would focus its attention on the responsibility of non-state actors, and we would also wish to encourage the Commission to keep and foster consultations with other entities, like the ICRC, UNESCO, UNEP and other international organizations with relevant expertise. We strongly believe that in an interdependent world, the connection between related fields of knowledge is crucial for an effective development of the law.

Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction (Chapter XI of the Report)

Monsieur le Président,

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, pour son cinquième rapport sur ce sujet.

Dans le même esprit que les remarques faites au cours des années précédentes, permettez-nous de réaffirmer notre conviction que 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.

Monsieur le Président,

Le cinquième rapport et les débats qui se sont suivis au sein de la CDI ont abordé des questions revêtant une importance capitale pour comprendre le sujet, telles que les situations dans lesquelles l'immunité n'est pas applicable, les exceptions et les limitations à l'immunité ou encore la nature juridique de l'immunité. Un premier débat a révélé des points de vue divergents quant à l'approche suivie par la Rapporteuse spéciale, ainsi que sur la voie à suivre para la Commission.

Étant donné que la Commission a décidé de poursuivre le débat sur le rapport de la Rapporteuse spéciale dans sa prochaine session, le Portugal considère que des commentaires substantiels à ce stade seraient prématurés et, par conséquent, réserve sa position sur cette question pour l'année prochaine. Le caractère délicat et la complexité du sujet exige que les résultats des travaux menés par la Commission découlent d'un débat approfondi et mûré. Ce débat n'a pas été conclu cette année.

Monsieur le Président,

Pour conclure notre intervention, nous aimerions – une fois de plus – manifester notre soutien à une approche engagée et rigoureuse sur ce sujet, lequel revêt une importance fondamentale pour la communauté internationale et dont l'évolution nous continuerons à suivre avec énorme intérêt.

Provisional application of treaties (Chapter XII of the Report)

Mr. Chairman,

I will now turn to the topic “**Provisional Application of Treaties**” included in the programme of work of the ILC in 2012. Let me commend the Special Rapporteur, Ambassador Gómez-Robledo, for the work conducted so far.

It is a topic that Portugal continues to follow with great interest and of important practical value for legal advisors around the world. It is also a topic of considerable political interest, given the increasing need for rapid responses in international relations that are not fully compatible with the sometimes slow process of entry into force of international treaties.

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.

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, specially having in mind that many States have domestic restrictions, including at constitutional level, as it is the case of Portugal concerning the acceptance of provisional application of treaties.

Mr. Chairman,

As we had the occasion to state before, we consider that it would be useful for the ILC to undertake a comparative study of domestic provisions and practice on provisional application. In spite of the fact that we understand the complexities of this endeavor, 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.

In our view, the Commission's work has to base itself in this diversity of solutions that exist at the national level. It is certainly useful that States themselves contribute with examples of their practice and domestic regime, but it seems also necessary that the ILC conducts a comparative study of relevant domestic law and State practice with respect to provisional application.

We thus welcome, as a positive step in this direction, the Commission's decision to request the Secretariat to prepare a memorandum analyzing State practice in respect of treaties (bilateral and multilateral), deposited or registered in the last 20 years with the Secretary-General, which provide for provisional application, including treaty actions related thereto.

It would be likewise useful to include in the study the practice of regional international organizations, as suggested by the Special Rapporteur. In this regard, we very much welcome the addendum to the Fourth Report of the Special Rapporteur that contains examples of recent European Union practice on provisional application of agreements with third States. The European Union has an extensive practice of provisional application, which takes into account the different national regimes of its Member States, thus constituting 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.

Mr. Chairman,

To conclude, Portugal welcomes in general the text of the Draft Guidelines 1 to 4 and 6 to 9 provisionally adopted by the Drafting Committee. The revised version of these guidelines meets many of the concerns we have expressed before this Committee. As to Draft Guideline 5 regarding the issue of provisional application by unilateral declaration, we believe that a cautious approach is warranted and we look forward to resuming the discussion on this issue next year.

I thank you, Mr. Chairman.

2. Discurso de Portugal na Assembleia Geral das Nações Unidas na 71^a Sessão relativo ao Tribunal Internacional de Justiça.

Report of the International Court of Justice (ICJ)¹⁶⁶

Monsieur le Président,

Permettez-moi de commencer par exprimer la reconnaissance de la délégation du Portugal au président de la Cour internationale de justice, le Juge Ronny Abraham, pour son rapport annuel si détaillé sur les travaux de la Cour (A/71/4).

À l'occasion du soixante-dixième anniversaire, le rôle fondamental de la Cour dans l'ordre juridique international doit être souligné et rappelé, étant donné qu'elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies et, en cette qualité, accomplit une des tâches les plus importantes dans la communauté internationale: le règlement pacifique des différends entre États et le renforcement de l'état de droit international.

Comme le rapport pour l'année judiciaire 2015-2016 l'indique, le volume de travail de la Cour continue d'augmenter régulièrement. A titre d'exemple il est remarquable qu'au mois de juillet 2016, le nombre d'affaires pendantes devant la Cour s'élevait à 14 et que 3 affaires litigieuses nouvelles lui avaient été récemment soumises. Au cours de la période en question, la Cour a rendu 5 arrêts et 11 ordonnances et tenu des audiences publiques dans 5 affaires.

Mr. President,

We note with satisfaction the growing activity of the Court. More and more States trust the ICJ with the settlement of their complex and sensitive disputes. It is important to note that these cases before the ICJ come from all over the world and relate to diverse areas of international law, such as law of the sea, use of force, sovereignty, immunities and international humanitarian law, demonstrating not only the universality of the Court, but also the expansion of the scope of its work and its growing specialization. This strengthens dramatically the contribution of the ICJ to the progress of international law, and therefore the Court should count on the full support of all members of the international community.

¹⁶⁶ Discurso proferido por Patrícia Galvão Teles (Consultora Jurídica do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – 27 de outubro 2016.

It is also to be recalled that although the International Court of Justice is a leading player in the international judicial arena, as the truly universal court in the exercise of general jurisdiction, there are other international courts and tribunals whose existence and importance should be also underlined. In this regard, Portugal welcomes the continued contacts and cooperation between international courts and tribunals as a very positive development. It is our strong view that all of them work together in the enhancement of the international legal order and must complement each other in the furtherance of this goal.

Mr. President,

As of July 31 of 2016, 193 States were parties to the Statute of the Court and 72 of them had deposited with the Secretary-General a declaration of acceptance of the Court's compulsory jurisdiction in accordance with article 36, paragraph 2, of the Statute. Moreover, more than 300 bilateral or multilateral treaties provide for the Court to have jurisdiction in the resolution of disputes arising out of their application or interpretation. This highlights the role of the Court as the main judicial body in the interpretation and application of international law. In that context, Portugal – as a State that accepts the compulsory jurisdiction of the Court since its admission to the UN in 1955 and has been party to proceedings before it – would like to recall the recommendation of the 2005 World Summit that States that have not yet done so consider accepting the jurisdiction of the Court, in accordance with the Statute. It would also be desirable, in our view, that in multilateral or bilateral agreements more consideration should be given to accepting the jurisdiction of the Court, including on an optional basis.

To conclude, we would like to state that, while recognizing that in contemporary international law there is an intrinsic – but unavoidable – paradox between the obligation of States to settle their disputes in a peaceful manner and the paramount need for sovereign consent to put into practice such settlement mechanisms, it is the firm conviction of Portugal that the International Court of Justice plays a crucial role in the international legal order and that this role is more and more accepted by the whole of the international community.

Thank you, Mr. President.

3. Discurso de Portugal na 15^a Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁶⁷

Mr. President,
Distinguished Delegates,

It is a great honour for me to address today the Fifteenth Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute. Portugal shares, obviously, the views expressed by the Presidency of the European Union. Allow me to underline some particular aspects of relevance to my country.

Mr. President,

This past year the Court has had an unprecedented level of activity, which is a testimony that the ICC is now a fully established institution. In view of such level of activity, it remains important that the Court endeavours to improve its efficiency and effectiveness. We praise, therefore, the continuation of the work and discussions in this matter and we welcome the adoption of the Chambers Practice Manual, the Policy Paper on Case Selection and Prioritisation and the Draft Policy on Children. We trust that the implementation of the measures included in these documents will enhance the accomplishments of the Court.

Mr. President,

With the increasing workload of the Court, all cooperation efforts are fundamental for the ICC to perform the role it was given by the Rome Statute, not only to ensure accountability of the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community as a whole but also – and perhaps above all – to ensure that the rights of the victims prevail.

At the same time, the complementary nature of the ICC must not be forgotten: the ICC was not created to replace States and bringing to justice those responsible for the most serious crimes is, first and foremost, a responsibility of States. The Court should only act where national authorities fail or are not in a position to take the steps necessary to ensure accountability for such crimes.

¹⁶⁷ Discurso proferido por Susana Vaz Patto (Diretora de Serviços do Departamento de Assuntos Jurídicos – MNE) – 17 de novembro 2016.

Mr. President,

Portugal continues to strongly support the International Criminal Court as a fully independent judicial institution and will continue to contribute to preserve the integrity and promote the universality of the Statute.

Portugal shares therefore the concerns expressed by many other delegations regarding to the latest developments related to the Court. The withdrawal from the Rome Statute is a sovereign decision of each State that we must respect. However, for the last fifteen years, State Parties have remained committed to promoting the universality of the Rome Statute and we cannot help but regret any withdrawal decision and we hope that the concerned States may reconsider.

Mr. President,

Portugal continues and will continue to listen attentively to the concerns that have been raised regarding the ICC and remains committed to having a comprehensive and constructive dialogue within the framework of the Assembly of State Parties to address such concerns. A frank dialogue is important and Portugal believes that the challenges that the Court faces can be overcome through this dialogue.

In particular, we recognise that improvements can be made with regard to the mechanism of consultations foreseen in Article 97 of the Statute and we remain ready to discuss this and other issues that may be raised.

Mr. President,

Humanity has witnessed too much large scale violence, suffering and destruction. The world has to continue to say “never again” to horrific crimes and to advance the fight against impunity through the ICC and national jurisdictions.

Let us continue to build on what we have historically started in Rome in 1998.

To this end, it is my honour to inform this Assembly that both the Kampala Amendments, including on the Crime of Aggression and the Amendment to Article 124 of the Rome Statute have been submitted by our Government to the Parliament for approval and hopefully they will be very soon ratified.

I thank you, Mr. President.

III.

JURISPRUDÊNCIA¹⁶⁸

¹⁶⁸ Jurisprudência selecionada.

1. Jurisprudência dos Tribunais Internacionais (Tribunal Internacional de Justiça, Tribunal Permanente de Arbitragem e Tribunal Internacional do Direito do Mar)

Patrícia Galvão Teles

Nota introdutória

O Anuário de Direito Internacional passa a contar, a partir da presente edição, também com uma secção sobre a Jurisprudência dos principais Tribunais Internacionais, entre eles o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA) e Tribunal Internacional do Direito do Mar.

Esta secção conta com uma tabela identificando os principais casos – mesmo não tendo relação com o Estado português – decididos em 2016 por esses tribunais, seja por meio de uma decisão definitiva ou de uma decisão relativa a uma determinada etapa processual (como por exemplo, ao pedido de indicação de medidas provisórias ou uma decisão sobre a fase de objeções preliminares ou sobre a competência da instância em causa).

Pela sua importância, como será *infra* melhor explicado, decidiui incluir-se também um caso que não está a ser tratado numa instância judicial, mas sim através de um meio de resolução pacífica de conflitos político-diplomático ou não-judicial, que diz respeito a um processo de conciliação entre Timor-Leste e a Austrália.

Para além de uma listagem de casos, identificaram-se os casos mais relevantes do ponto de vista político e de interesse doutrinal, relativamente aos quais se apresenta um breve resumo da questão de facto e da decisão do tribunal ou da comissão de conciliação.

Assim, foram elaborados resumos dos seguintes casos:

- “Obrigações decorrentes das negociações relativas à cessação da corrida às armas nucleares e ao desarmamento nuclear”, constituído por três processos paralelos instaurados pelas Ilhas Marshall contra, respetivamente, a Índia, o Paquistão e o Reino Unido, no Tribunal Internacional de Justiça;
- “Imunidades e procedimentos criminais”, apresentado pela Guiné Equatorial contra França no Tribunal Internacional de Justiça;
- “Arbitragem do Mar do Sul da China”, caso levado ao Tribunal Permanente de Arbitragem pelas Filipinas contra China; e
- “Conciliação entre Timor-Leste e a Austrália”.

Os casos identificados têm em comum o facto de terem sido apresentados por países de uma pequena ou média dimensão contra um Estado de maior dimensão e peso político e económico, incluindo contra alguns dos membros permanentes do Conselho de Segurança, como é o caso do Reino Unido, França e China.

Tratam de questões politicamente sensíveis e juridicamente complexas, como o regime das armas e desarmamento nucleares, as imunidades penais de altos funcionários do Estado, a corrupção e a inviolabilidade dos locais das missões diplomáticas, e questões de soberania e delimitação de zonas marítimas.

Tratam ainda de algumas questões de interesse para o Estado português, como a qualificação de ilhas ou rochedos para efeitos de eliminação marítima de acordo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Por outro lado, no caso da Conciliação entre Timor-Leste e a Austrália, é a primeira vez que se faz recurso a este mecanismo de resolução de conflitos ao abrigo também da Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar e do seu Anexo V.

i. Tabela dos Casos perante Tribunais Internacionais em 2016

Tribunal Internacional de Justiça			
Nome do caso	Tipo de decisão	Data de início do caso	Data da decisão
Imunidades e Procedimentos Criminais (Guiné Equatorial c. França)*	Pedido de indicação de medidas provisórias	13/06/2016	7/12/2016
Obrigações decorrentes das Negociações relativas à Cessação da Corrida às Armas Nucleares e ao Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall c. Índia)	Decisão final	24/04/2014	05/10/2016
Obrigações decorrentes das Negociações relativas à Cessação da Corrida às Armas Nucleares e ao Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall c. Paquistão)	Decisão final	24/04/2014	05/10/2016
Obrigações decorrentes das Negociações relativas à Cessação da Corrida às Armas Nucleares e ao Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall c. Reino Unido)	Decisão final	24/04/2014	05/10/2016
Alegadas Violações dos Direitos Soberanos e Espaços Marítimos no Mar das Caraíbas (Nicarágua c. Colômbia)	Decisão quanto às Objeções Preliminares	26/11/2013	17/03/2016
Questão de Delimitação da Plataforma Continental entre Nicarágua e Colômbia além das 200 milhas náuticas a partir da Costa Nicaraguense (Nicarágua c. Colômbia)	Decisão quanto às Objeções Preliminares	16/09/2013	17/03/2016

Tribunal Permanente de Arbitragem				
Nome do caso	Tipo de caso	Tipo de decisão	Data de início do caso	Data da decisão
Copper Mesa Mining Corporation (Canadá) c. República do Equador	Arbitragem de investimento	Decisão final	20/01/2011	12/07/2016
Financial Performance Holdings B.V. (Reino dos Países Baixos) c. Federação da Rússia	Arbitragem de investimento	Decisão final	26/07/2010	28/06/2016
Consortio Sogecsa-Tilmon (Costa Rica) c. Instituto Tecnológico da Costa Rica	Arbitragem ao abrigo da UNCITRAL	Decisão final	11/03/2016	26/07/2016
Sr. Kristian Almás e o Sr. Geir Almás c. República da Polónia	Arbitragem de investimento	Decisão final	01/11/2013	27/06/2016
Peter A. Allard (Canadá) c. Governo de Barbados	Arbitragem de investimento	Decisão final	21/05/2010	27/06/2016
Dunkeld International Investment Limited (Ilhas Turcas e Caicos) c. Governo do Belize	Arbitragem de investimento	Decisão final	26/07/2010	28/06/2016
Arbitragem do Mar do Sul da China (República das Filipinas c. República Popular da China)	Arbitragem interestadual	Decisão final	22/01/2013	12/07/2016
Arbitragem entre a República da Croácia e a República da Eslovénia	Arbitragem interestadual	Decisão parcial (<i>Partial Award</i>)	4/11/2009	30/06/2016

Tribunal Internacional do Direito do Mar				
The M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy)	–	Decisão quanto às Objecções Preliminares	17/12/2015	4/11/2016
Outros				
Conciliação entre Timor-Leste e a Austrália	–	Decisão sobre Competência da Comissão de Conciliação	17/12/2015	16/09/2016

ii. Obrigações concernentes às negociações relativas à interrupção da corrida a armamento nuclear e ao desarmamento nuclear – Ilhas Marshall *versus* Reino Unido, Paquistão e Índia – Decisão quanto às exceções preliminares

Joana Ferreira

CONVENÇÃO: TRATADO DE NÃO PROLIFERAÇÃO DE ARMAS NUCLEARES DE 1968

QUESTÕES JURÍDICAS:

- VIOLAÇÃO DE OBRIGAÇÕES RELATIVAS À REALIZAÇÃO DE NEGOCIAÇÕES COM VISTA À CESSAÇÃO DE CORRIDA A ARMAMENTO NUCLEAR EM DATA PRÓXIMA E AO DESARMAMENTO NUCLEAR
- EXISTÊNCIA DE UMA CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES COMO CONDIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

1. Enquadramento Geral

A 24 de abril de 2014, as Ilhas Marshall apresentaram, ao Tribunal Internacional de Justiça (doravante TIJ), nove ações separadas contra os Estados que considera detentores de armas nucleares, concretamente os Estados Unidos da América, Rússia, China, Reino Unido, França, Índia, Paquistão, Israel e Coreia do Norte.

Porém, apenas prosseguiram as ações instituídas contra o Reino Unido, a Índia e o Paquistão devido ao facto de somente estes Estados terem aceite a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória do Tribunal, estabelecida no número 2 do artigo 36.º do Estatuto do TIJ.

Esta cláusula estabelece que “*Os Estados partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição do Tribunal em todas as controvérsias jurídicas que tenham por objecto (...)*”.

Assim sendo, os restantes seis Estados foram convidados a aceitar a jurisdição do Tribunal, de acordo com número 5 do artigo 38.º do referido Estatuto, porém, como não o fizeram, as ações contra os mesmos não procederam.

As Ilhas Marshall arguíram, assim, que aqueles três Estados violaram as obrigações convencionais e costumeiras, nomeadamente o Artigo VI

do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP), de 1968, o qual estipula: *“Cada uma das Partes no Tratado compromete-se a efectuar negociações de boa fé sobre medidas eficazes relativas à cessação da corrida aos armamentos nucleares numa data próxima e ao desarmamento nuclear; e sobre um tratado de desarmamento geral e completo sob um controlo internacional estrito e eficaz.”*.

Consideraram, por conseguinte, que estes Estados não cumpriram as suas obrigações relativas à realização de negociações com vista à cessação de corrida a armamento nuclear em data próxima e ao desarmamento nuclear.

Para efeitos de simplificação de leitura, incluem-se no presente artigo as relevantes considerações relativas às três referidas ações, sem desconsiderar o facto de as mesmas haverem sido intentadas separadamente. Desta forma, os factos relatados são comuns às três ações, salvo as questões especificamente assinaladas como sendo referidas a uma das mesmas.

a. Pedidos das Ilhas Marshall

As Ilhas Marshall intentaram as aludidas ações em abril de 2014, tendo presente o seu inventário coletivo enquanto local de realização de programas de testes nucleares pela parte dos Estados Unidos da América entre 1946 e 1958, alicerçando, assim, o seu interesse na apresentação destes pedidos em fundamentos históricos e morais.

Para justificar a jurisdição deste Tribunal nestes casos, as Ilhas Marshall chamaram a atenção para o facto de, tanto o requerente, como cada um dos Estados Requeridos terem aceite a jurisdição do TIJ, nos termos no número 2 do artigo 36.º do Estatuto do TIJ.

Desta forma, tendo por base as normas convencionais, nomeadamente as constantes do TNP, mas também as devidas regras costumeiras, acusaram o Reino Unido, o Paquistão e a Índia de incumprirem as obrigações internacionais de prosseguir de boa-fé e concluir negociações conducentes ao desarmamento nuclear, de terem violado e continuarem a violar as suas obrigações internacionais ao tomarem, em vez disso, medidas tendentes a melhorar o seu sistema de armamento nuclear e a permitir a manutenção dos mesmos por um período indefinido.

Alegaram, ainda, que não foi cumprida a obrigação de prosseguir, de boa-fé, negociações conducentes ao desarmamento nuclear em

todos os aspetos sob controlo internacional estrito e eficaz e, ao invés, se têm oposto aos esforços de diversos Estados para iniciar tais negociações.

Além disso, arguíram que, quanto ao Reino Unido, apesar de este ser parte do Tratado, tem modernizado, atualizado e aprimorado a sua capacidade para armamento nuclear e que mantém a sua declarada política de armamento nuclear por um período ilimitado de tempo.

Por fim, declararam que o Reino Unido impede, desta forma, os Estados-Parte do Tratado não detentores de armas nucleares de cumprirem as suas obrigações de negociações previstas no Artigo VI do referido Tratado e nas regras costumeiras de Direito Internacional que têm em vista o desarmamento nuclear e a cessação da corrida às armas nucleares em data próxima.

Quanto ao Paquistão e à Índia, referiram que, mais de quatro décadas após a entrada em vigor do referido Tratado, nenhum destes Estados aderiu ao mesmo como um Estado não detentor de armas nucleares e, ao invés, testaram armamento nuclear e adquiriram um arsenal nuclear que têm mantido, melhorado, diversificado e expandido. Além disso, não têm cumprido as citadas obrigações constantes de direito internacional costumeiro. Assim, as Ilhas Marshall requereram ao Tribunal o reconhecimento do incumprimento das mencionadas obrigações e da obrigação destes Estados de tomarem as medidas necessárias ao cumprimento das suas obrigações no prazo de um ano a contar da data do Julgamento, o que incluía a prossecução de negociações de boa-fé com vista à conclusão de uma convenção sobre desarmamento nuclear em todos os seus aspetos e sob estrito e eficaz controlo internacional.

b. Exceções Preliminares do Reino Unido, Paquistão e Índia

Em 2015, os três Estados requeridos invocaram exceções preliminares, no sentido da falta de jurisdição do Tribunal sobre a ação apresentada e de que esta carecia, por isso, de admissibilidade. Assim, as exceções preliminares formuladas por estes Estados respeitaram, em particular:

- 1) Ao facto de que as Ilhas Marshall não demonstrarem que existia, ao tempo da entrada do pedido, uma controvérsia entre as Partes, que permitisse a decisão do Tribunal sobre o mérito

da causa, o qual respeita a um alegado incumprimento na prossecução de negociações de boa-fé tendo em vista a cessação da corrida às armas nucleares em data próxima e o desarmamento nuclear;

- 2) À jurisdição do Tribunal se encontrar precluída devido a reservas efetuadas pelas Partes ao abrigo do número 2 do artigo 36.º do Estatuto do TIJ;
- 3) À ausência, nos procedimentos, de Partes terceiras indispensáveis ao processo, concretamente os restantes Estados detentores de armas nucleares e cujos interesses essenciais se encontravam envolvidos nos procedimentos;
- 4) À falta de consequências práticas que teria um julgamento sobre o mérito da causa no presente caso, devendo, deste modo, o Tribunal declinar o exercício da sua jurisdição.

Em março de 2016 realizaram-se as audiências públicas sobre as *supra* mencionadas exceções alegadas pelos Estados Requeridos.

Por sua vez, as Ilhas Marshall defenderam a rejeição de todas as exceções preliminares, alegando a existência de jurisdição por parte do Tribunal no que concerne à ação apresentada e a admissibilidade da mesma.

c. Decisão sobre as Exceções Preliminares

As decisões paralelas aos três casos sobre as exceções preliminares datam de 5 de outubro de 2016 e contaram com uma cronologia do processo, uma introdução referente aos antecedentes históricos e aos procedimentos que correm os seus termos no Tribunal e, finalmente, com a decisão referente à primeira exceção preliminar apresentada por cada um dos Estados.

No enquadramento histórico realizado pelo Tribunal, foi referida a preocupação com o desarmamento nuclear como um dos principais focos da Organização das Nações Unidas desde a sua criação, de acordo com o artigo 1.º da Carta.

Foi, ainda, mencionada, quanto ao Reino Unido, a sua qualidade de membro permanente do Conselho de Segurança e o facto de tanto este Estado como as Ilhas Marshall serem Estados-Parte do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares, que se encontra em vigor desde 1970.

Por fim, as decisões aludem às inúmeras Resoluções adotadas pela Assembleia Geral relativamente ao encorajamento para o desarmamento nuclear.

Após esta introdução histórica, o Tribunal faz menção aos procedimentos que correram os seus termos no Tribunal, nos quais se incluem os pedidos das Ilhas Marshall contra os nove *supra* referidos Estados, as exceções preliminares suscitadas por cada Estado Requerido e as observações escritas e submissões finais das Ilhas Marshall, nas quais estas requerem ao Tribunal que rejeite as exceções preliminares, que se considere com jurisdição e que julgue o pedido como admissível.

Finalmente, o Tribunal considerou a primeira exceção preliminar exposta pelos Estados requeridos, relativa à ausência de uma controvérsia entre as Partes.

Em primeiro lugar, esclareceu que a existência de uma controvérsia entre as Partes é uma das condições para a sua jurisdição. Esta condição é aferida face à demonstração de que a posição de uma Parte relativamente ao cumprimento ou não de certas obrigações internacionais é claramente contraposta pela outra Parte. Esta aferição não se trata de uma questão de forma ou de procedimento, mas sim de uma matéria de substância.

Assim, o Tribunal deve examinar os factos, em particular as declarações ou documentos trocados entre as Partes, incluindo em contextos multilaterais. Ao fazê-lo, analisa o autor da declaração ou documento, o seu visado ou atual destinatário e o seu conteúdo.

No caso de ausência de troca de correspondência diplomática ou outros intercâmbios desta natureza, a conduta das Partes também se torna relevante. Em particular, o Tribunal decidiu, anteriormente, que a existência de uma controvérsia pode ser deduzida da falta de resposta a uma reclamação, em circunstâncias nas quais essa resposta seria necessária.

As provas devem demonstrar que as Partes “apresentam claramente perspectivas opostas”, relativamente ao assunto cuja discussão tem lugar no presente âmbito jurisdicional.

Uma controvérsia existe quando, com base em provas, o Estado Requerido estava ciente, ou não poderia deixar de estar, de que as suas posições eram “positivamente contrapostas” pelo Estado Requerente: o denominado “*awareness test*”.

O Tribunal explicou que, em princípio, a data da determinação da existência de uma controvérsia é a data na qual é submetida a ação. Clarificou, ainda, que a conduta subsequente das Partes pode ser relevante para variados propósitos, nomeadamente para confirmar a existência da controvérsia, para clarificar o seu assunto ou para determinar se a disputa já teve um fim à data da decisão do Tribunal. Contudo, como esclarece o TIJ, nem o Pedido nem a conduta subsequente das Partes poderá, *per se*, levar o Tribunal a decidir sobre a existência ou não de uma controvérsia. Aliás, se o Tribunal adquirisse jurisdição tendo em conta disputas resultantes de intercâmbios nos procedimentos que correm termos na presente instância, o requerido não teria a possibilidade de contraditório quanto às queixas referentes à sua conduta. E, dessa forma, seria subvertida a regra de que a controvérsia deve, em princípio, existir *a priori* em relação à data na qual a ação foi intentada.

Não obstante, o Tribunal admitiu que as Ilhas Marshall, em virtude do sofrimento suportado pela sua população pelo facto de terem sido realizados, neste Estado, extensos programas de testes nucleares, têm especiais razões para a sua preocupação com o desarmamento nuclear.

Todos os três Estados Requeridos, para sustentar as suas afirmações de que não existia controvérsia entre as Partes, invocaram o facto de que as Ilhas Marshall não terem iniciado negociações nem efetuado notificações sobre as alegações que são objeto do pedido.

Tanto o Reino Unido como a Índia conferiram, ainda, particular ênfase ao artigo 43.º do “Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados”, o qual estabelece que um Estado lesado deve notificar sobre a sua reclamação o Estado alegadamente responsável.

Porém, o Tribunal notou que os Comentários a este Projeto indicam que estes Artigos não se preocupam com questões de jurisdição de tribunais internacionais, ou, em geral, com a admissibilidade dos casos que correm termos nos tribunais. Por outro lado, o Tribunal rejeitou a tese segundo a qual a notificação ou as negociações prévias são exigidas quando tenha sido intentada uma ação com base em declarações feitas nos termos do número 2 do artigo 36.º do Estatuto do TIJ, a menos que uma dessas declarações assim o preveja.

A jurisprudência do Tribunal trata a questão da existência de um litígio através da sua substância e não sobre a forma que esse litígio toma ou se o Requerido foi notificado, não sendo, assim, exigível o aviso de intenção de apresentar um pedido.

De qualquer das formas, o ónus da prova de que existe uma controvérsia cabe ao requerente, o qual deve demonstrar os factos que o comprovem.

As Ilhas Marshall referiram-se, em primeiro lugar, a uma série de declarações realizadas em fóruns multilaterais antes da data de submissão da ação, as quais, na sua opinião, eram suficientes para provar a existência de uma controvérsia. Assim, basearam-se na declaração efetuada na Reunião de Alto Nível da Assembleia Geral sobre o Desarmamento Nuclear, realizada em 26 de setembro de 2013 pelo seu Ministro dos Negócios Estrangeiros, no qual este manifestou a sua vontade de que exista um desarmamento nuclear geral, “instando todos os Estados com armas nucleares a intensificarem os seus esforços para cumprir as obrigações de condução a um desarmamento eficaz e seguro”. No entanto, o Tribunal considerou que esta declaração foi formulada em termos gerais e não pode ser entendida como uma alegação de que o Reino Unido, o Paquistão ou a Índia (ou qualquer outra potência nuclear) violaram quaisquer das suas obrigações legais. A declaração invocada não mencionava a obrigação de negociar, nem referia que os Estados detentores de armas nucleares não cumpriam as suas obrigações a este respeito. O Tribunal acrescentou que uma declaração só pode dar origem a um litígio se se referir ao objeto do pedido com clareza suficiente para permitir, ao Estado contra o qual esse pedido é realizado, identificar que existe ou pode existir uma controvérsia respeitante a esse assunto. Por estes motivos, a declaração invocada não preenchia estes requisitos.

Outra declaração mencionada pelas Ilhas Marshall, neste contexto, para justificar a existência de uma disputa, teve lugar na conferência de Nayarit a 13 de fevereiro de 2014 e foi além da anterior declaração supracitada, na medida em que contém uma afirmação de que “os Estados que possuem arsenais nucleares não cumprem as suas obrigações legais”, de acordo com o artigo VI do TNP e do direito internacional consuetudinário. No caso do Reino Unido, este não esteve sequer presente na conferência de Nayarit, nem foi criticado o seu comportamento em particular. Além disso, considerou o Tribunal, o tema da conferência não era

especificamente a questão das negociações com vista ao desarmamento nuclear, mas o assunto mais amplo do impacto humanitário das armas nucleares. Dado o seu conteúdo, esta declaração não exigia uma reação específica de nenhum dos três Estados acusados. Consequentemente, nenhuma oposição de pontos de vista pode ser deduzida da ausência de tal reação. A declaração Nayarit era, assim, também insuficiente para criar, entre as Ilhas Marshall e o Reino Unido, o Paquistão ou a Índia, um diferendo específico quanto a esta matéria.

De acordo com o entendimento do Tribunal, nenhuma das outras declarações mais gerais invocadas pelas Ilhas Marshall sustentavam a existência de uma disputa, uma vez que nenhuma referia as alegadas violações pelo Reino Unido, Paquistão ou Índia de obrigações consagradas convencional ou consuetudinariamente. Desta forma, não se podia afirmar que qualquer um destes Estados tivesse conhecimento, ou não pudesse ignorar, que as Ilhas Marshall alegavam que estes violaram as suas obrigações.

Em segundo lugar, o Tribunal consideriu o argumento das Ilhas Marshall segundo o qual a própria submissão do Pedido e as declarações feitas no decurso do processo por ambas as partes seriam suficientes para demonstrar a existência de uma controvérsia. O Tribunal considerou que a jurisprudência invocada pelas Ilhas Marshall não sustentava, sequer, esta consideração. Assim, no caso *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2005*, a existência de um litígio foi claramente aferida tendo em conta intercâmbios bilaterais entre as partes antes da data do pedido.

Quanto ao caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, este relacionava-se com o âmbito do litígio e não com a questão da sua existência.

Já no que concerne ao caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, que envolvia um conflito armado à data em curso, o comportamento prévio das partes foi suficiente para provar a existência de um litígio.

O Tribunal reiterou que, embora as declarações feitas ou as alegações subsequentes ao pedido possam ser relevantes para vários fins, nomeadamente para esclarecer o âmbito do litígio

apresentado, não podiam criar um diferendo *de novo*, um litígio que ainda não existisse aquando da submissão da ação.

Em terceiro lugar, o Tribunal observou que as Ilhas Marshall se referiram aos registos de votação das Partes em resoluções, adotadas no âmbito de fóruns multilaterais sobre desarmamento nuclear, para demonstrar a existência de um conflito. No entanto, na opinião do Tribunal, seriam necessários cuidados consideráveis antes de deduzir a existência de um litígio sobre uma questão abrangida por uma Resolução de um órgão político a partir dos seus votos expressos, como é o caso das conclusões da Assembleia-Geral. Isto uma vez que, algumas Resoluções contêm um elevado número de diferentes considerandos e a votação de um Estado sobre tais deliberações não pode, por si só, ser considerada como indicativa da posição desse Estado em relação a cada um dos considerandos inseridos nessa Resolução, e muito menos da existência de uma controvérsia entre esse Estado e outro no que se refere a uma dessas proposições.

O Tribunal avaliou, ainda, o argumento das Ilhas Marshall de que a conduta destes Estados, no que toca à recusa em cooperar com certas iniciativas diplomáticas, à falta de iniciativas de negociações para o desarmamento e à substituição e modernização das suas armas nucleares, juntamente com as alegações destes de que o seu comportamento é consistente com as obrigações convencionais, demonstrava a existência de diferendos entre as Partes.

O Tribunal recordou que a questão de saber se existe uma controvérsia num caso contencioso específico gira em torno das provas de oposição de pontos de vista. E reconheceu, ainda, que a conduta tanto do Reino Unido, como do Paquistão e da Índia, não providenciava uma base para se verificar a existência de uma disputa entre as Ilhas Marshall e qualquer um destes Estado nos casos em questão.

Por fim, o Tribunal decidiu, quanto a cada uma das ações intentadas, que a primeira exceção preliminar formulada pelos Estados Requeridos devia ser acolhida. Consequentemente, o Tribunal decidiu que não tem jurisdição, de acordo com o número 2 do artigo 36.º do seu Estatuto, por motivo de inexistência de uma controvérsia entre as Partes. Por conseguinte, não seria necessário para o Tribunal lidar com as restantes exceções levantadas pelos Estados Requeridos, nem decidir sobre o mérito da causa de cada uma das ações.

A decisão de acolhimento da primeira exceção preliminar do Reino Unido quanto à ausência de controvérsia entre as Partes contou com oito votos a favor e oito votos contra, sendo que foi necessário o voto de qualidade do Presidente, enquanto nos casos contra o Paquistão e a Índia foram recebidos nove votos favoráveis e sete votos em contrário. Assim sendo, quanto ao juízo de que o Tribunal não pode, então, proceder para a decisão sobre o mérito da causa, obteve-se, na ação contra o Reino Unido, nove votos a favor, em detrimento dos restantes sete votos contra, ao invés das ações contra o Paquistão e a Índia, nas quais foram arrecadados dez votos a favor e apenas seis votos contra esta decisão.

iii. Imunidades e Procedimentos Criminais (Guiné Equatorial c. França) – Decisão sobre medidas provisórias

Francisca Balhau

CONVENÇÕES: CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS; CONVENÇÃO SOBRE CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL.

QUESTÕES JURÍDICAS: IMUNIDADE PESSOAL DE TITULARES DE ALTOS CARGOS PÚBLICOS; INVIOLABILIDADE DO LOCAL DE MISSÃO DIPLOMÁTICA

Factos

Em 2007, várias associações e indivíduos apresentaram queixas junto do Ministério Público em Paris contra alguns Chefes de Estado africanos e membros das suas famílias sobre alegadas “apropriações indevidas de fundos públicos no seu país de origem cujos rendimentos foram alegadamente investidos em França”.

Foi dado seguimento a uma das referidas queixas, apresentada a 2 de dezembro de 2008 pela Associação Transparência Internacional França. Consequentemente, foi aberta uma investigação judicial relativa a crimes de má gestão de fundos públicos (estes, por sua vez, adquiridos ilicitamente), cumplicidade na aquisição ilícita de fundos públicos, uso indevido de ativos empresariais, cumplicidade no uso indevido de ativos empresariais e a ocultação dos referidos crimes. A investigação centrou-se, em particular, nos métodos de financiamento usados para a aquisição de bens móveis e imóveis em França por vários indivíduos, incluindo o filho do Presidente da Guiné Equatorial, Teodoro Nguema Obiang Mangue, à data, Ministro da Agricultura e das Florestas da Guiné Equatorial.

As investigações diziam respeito especificamente à forma como o Teodoro Obiang adquiriu vários bens de valor elevado, entre os quais um prédio localizado no n.º 42 da Avenue Foch em Paris. No dia 28 de setembro de 2011, carros pertencentes a Teodoro Obiang, estacionados na referida morada, foram rebocados e apreendidos pela polícia. Nos dias 14, 15 e 16 de fevereiro de 2012, foram efetuadas buscas ao prédio em questão durante as quais foram apreendidos mais bens. O juiz de instrução criminal considerou que as investigações demonstraram, *inter alia*, que o prédio foi, no seu todo ou em parte, pago com os lucros obtidos pela prática de atos ilícitos sob investigação e que o seu verdadeiro dono era

Teodoro Obiang. O imóvel foi apreendido (*saisie pénale immobilière*) no dia 19 de julho de 2012. A apreensão foi mantida em sede de recurso perante a *Chambre de l'instruction*.

Durante a investigação, a polícia interrogou alguns indivíduos. Em particular, a polícia procurou interrogar Teodoro Obiang em duas ocasiões em 2012. Este, que entretanto se havia tornado Segundo Vice-Presidente da Guiné Equatorial responsável pela Defesa e Segurança de Estado no dia 21 de maio de 2012, alegou que teria imunidade de jurisdição face aos tribunais franceses e recusou-se a comparecer ou a responder às notificações do tribunal. No dia 13 de julho de 2012 foi emitido um mandato de detenção. Teodoro Obiang recorreu desta medida para a *Chambre de l'instruction* sendo que este tribunal considerou que não era detentor de qualquer imunidade de jurisdição em matéria penal por factos praticados como particular em França.

Dada a recusa em ser interrogado, as autoridades judiciais francesas, no dia 14 de novembro de 2013, requereram auxílio judiciário às autoridades judiciais guineenses de acordo com o artigo 18º da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, solicitando-lhes que notificassem Teodoro Obiang.

As autoridades judiciais da Guiné Equatorial aceitaram o pedido de auxílio judiciário a 4 de março de 2014. Foi prestado o referido auxílio e no dia 18 de março de 2014, após uma audiência em Malabo, Guiné Equatorial, em que os juízes de investigação criminal franceses participaram por *videolink*, Teodoro Obiang foi acusado pela justiça francesa “por ter em Paris e no território nacional durante 1997 até outubro de 2011...ajudado a fazer investimentos ocultos ou converter benefícios directos ou indirectos de um crime ou contra-ordenação...por adquirir um número de bens móveis ou imóveis e pagar por um número de serviços”.

No dia 31 de julho de 2014, Teodoro Obiang recorreu da acusação para a *Chambre de l'instruction de la Cour d'appel*, alegando imunidade de jurisdição dada a sua qualidade de Segundo Vice-Presidente da Guiné Equatorial responsável pela Segurança e Defesa de Estado. O *Cour d'appel* rejeitou o recurso por decisão de 11 de agosto de 2015. O *Cour de cassation*, por decisão de 15 de dezembro de 2015, rejeitou o argumento da imunidade e confirmou a acusação.

A investigação foi concluída no dia 23 de maio 2016 e, no dia 5 de setembro de 2016, os juízes de instrução do *Tribunal de grande instance* de Paris ordenaram que Teodoro Obiang – que, por decreto presidencial de 21 de junho de 2016 havia sido nomeado Vice-Presidente da Guiné Equatorial para a Defesa e Segurança – comparecesse para julgamento

perante o *Tribunal Correctionnel* por alegadas ofensas cometidas entre 1977 e outubro de 2011. No dia 21 de setembro de 2016, foi emitida uma ordem para que este comparecesse perante o *32^o Chambre correctionnelle do Tribunal correctionnel* de Paris a 24 de outubro de 2016 para uma “audiência sobre os méritos”.

O advogado de Teodoro Obiang foi informado no dia 26 de setembro de 2016, que a audiência tinha como objetivo discutir “questões processuais” relativas à ordem de encaminhamento para o *Tribunal correctionnel*. No dia 24 de outubro de 2016, o processo foi remetido para o Ministério Público que, por sua vez, encaminhou o caso para o juiz de instrução para regularização da ordem de encaminhamento. As audiências de julgamento decorreriam de 2 a 12 de janeiro de 2017.

A Guiné Equatorial intentou então uma ação junto do Tribunal Internacional de Justiça, alegando que França estaria a violar a imunidade pessoal de Teodoro Obiang e a violar os locais de uma missão diplomática, solicitando a aplicação de medidas provisórias para proteger a imunidade pessoal e a inviolabilidade da missão diplomática.

A Imunidade de Teodoro Obiang

O Tribunal Internacional de Justiça considera habitualmente que pode indicar medidas provisórias se se encontrar fundamentada pelo requerente a jurisdição do Tribunal, a título preliminar, quanto à questão de fundo.

A Guiné Equatorial fundamentou a jurisdição do Tribunal no artigo 35^o da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transacional e no Protocolo Adicional à Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Durante as audiências, a Guiné Equatorial sustentou na Convenção sobre a Criminalidade Organizada Transnacional a imunidade de Teodoro Obiang e no Protocolo Opcional da Convenção de Viena a inviolabilidade do prédio sito no n.º 42 da Avenue Foch.

Como tal, o Tribunal fez uma análise preliminar sobre a sua competência para decidir a causa quanto ao mérito para que pudessem ser aplicadas medidas provisórias.

A Guiné Equatorial e a França são partes na Convenção Contra a Criminalidade Organizada e na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e respetivo Protocolo Adicional.

O parágrafo 2º do artigo 35º da Convenção Contra a Criminalidade Organizada Transnacional e o artigo I do Protocolo Adicional condicionam a jurisdição do Tribunal à existência de uma disputa quanto à interpretação ou aplicação da Convenção à qual se refere. De acordo com o referido

artigo, apenas será remetido para o Tribunal uma disputa que não possa ser resolvida por via de negociação dentro de um prazo razoável. O artigo estabelece igualmente que, se no prazo de seis meses após a data do pedido de arbitragem os Estados Partes não chegarem a um acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer deles poderá submeter o diferendo ao TIJ, mediante petição, em conformidade com o Estatuto do Tribunal.

A Guiné Equatorial entendeu que a disputa tem por base a aplicação do artigo 4º da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, cuja epígrafe lê “Protecção da Soberania”. A Guiné Equatorial defendeu que a imunidade pessoal do Vice-Presidente e a inviolabilidade do edifício localizado no n.42 Avenue Foch em Paris derivam da igualdade dos Estados, do princípio de não ingerência nos assuntos internos, princípios expressos no primeiro parágrafo do artigo 4º da Convenção. Segundo a Guiné Equatorial, este artigo consagraria igualmente regras de direito internacional costumeiro e de direito internacional geral. Como tal, ao investigar o Vice-Presidente da Guiné Equatorial, a França estava obrigada ao aplicar a Convenção e a respeitar as regras de imunidade *ratione personae* do Vice-Presidente da Guiné Equatorial que derivam do artigo 4º da Convenção.

A França considerou, ao invés, que não existia uma disputa quanto à aplicação da Convenção sobre a Criminalidade Organizada Transnacional e, conseqüentemente, o Tribunal não teria jurisdição. A França entendeu ainda que o artigo 4º informava como deverão ser aplicadas outras provisões da Convenção, pelo que constitui um “guia geral... que clarifica a forma em que outras provisões do tratado deverão ser implementadas” e não era criador de obrigações jurídicas autónomas.

Segundo a França, as disposições que a Guiné Equatorial alega não terem sido implementadas de acordo com o artigo 4º apenas obrigam o Estado a legislar ou regular. Em particular, a França notou que, relativamente à aplicação do artigo 18º da Convenção, a Guiné Equatorial não levantou qualquer objecção ou questão de imunidade *ratione personae* durante o processo de auxílio judiciário. A França afirmou que a ação foi instituída contra Teodoro Obiang com base em disposições do Código Penal francês, disposições estas que “não foram adoptadas de forma alguma para dar efeito à Convenção” uma vez que a legislação penal francesa já tinha “completa conformidade com as obrigações expressas...na Convenção”.

O Tribunal notou que a maioria dos artigos da Convenção requerem que os Estados Parte introduzam na sua legislação interna provisões que criminalizem certas condutas de carácter transnacional e que tomem medidas no sentido de combater determinados crimes. O objetivo do artigo 4º da Convenção é garantir que os Estados Parte exercem as suas

obrigações de acordo com os princípios da igualdade soberana, da integridade territorial dos Estados e da não intervenção em assuntos internos dos Estados. O artigo 4º não pareceria atribuir novas regras relativas à imunidade dos titulares de altos cargos públicos ou incorporar regras de direito internacional costumeiro sobre imunidades. Como tal, qualquer disputa que surtiria em relação à “interpretação ou aplicação” do artigo 4º da Convenção apenas diria respeito à forma como os Estados Parte executam as suas obrigações ao abrigo da Convenção.

O Tribunal entendeu, assim, que a alegada disputa não tinha relação com a forma como a França exerceu as suas obrigações presentes na Convenção e invocadas pela Guiné Equatorial. A disputa parecia ser relativa a outra matéria, nomeadamente a questão de saber se o Vice-Presidente da Guiné Equatorial goza de imunidade *ratione personae* no direito internacional costumeiro e, se sim, se a França violou a referida imunidade ao instituir um processo contra ele.

O Tribunal considerou que, *prima facie*, não existia uma disputa enquadrável nas disposições da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, em particular no seu artigo 4º. O Tribunal não teria, portanto, jurisdição *prima facie* pelo segundo parágrafo do artigo 35º do referido instrumento para analisar o pedido da Guiné Equatorial quanto à imunidade de Teodoro Obiang. Sendo a Convenção o único instrumento invocado para servir de base à jurisdição sobre a alegada imunidade de Teodoro Obiang, concluiu, pelo que foi acima exposto, que não poderia indicar medidas provisórias de protecção em relação à alegada imunidade.

A inviolabilidade do local de Missão Diplomática

A Guiné Equatorial alegou a existência de uma disputa entre as Partes quanto à aplicação do artigo 22º da Convenção de Viena, considerando que, no decurso do processo contra Teodoro Obiang, foi desrespeitado o estatuto jurídico do “local de missão em França”.

O requerente alegou que, no dia 4 de outubro de 2011, informou o Ministério dos Negócios Estrangeiros francês que tinha já há alguns anos o prédio localizado no n.º42 Avenue Foch à sua disposição e que este era usado para “desenvolver as funções da missão diplomática sem que tivessem notificado oficialmente o Ministério”. Alegou que tinha, desde então, afirmado continuamente o estatuto diplomático do edifício através de pelo menos 30 comunicações diplomáticas. Apesar de a imunidade que entende que o edifício goza, a Guiné Equatorial afirmou que este foi alvo de buscas em quatro ocasiões, entre 2011 e 2016, e que foi apreendido

(*saisie pénale immobilière*) a 19 de julho de 2012. Como tal, o requerente considerou que “pelo não reconhecimento do edifício como a sede da missão diplomática”, a França violou as obrigações perante a Guiné Equatorial à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, em particular o artigo 22º.

A Guiné Equatorial sublinhou que manifestou o seu protesto e que procurou resolver o litígio por negociação, conciliação e arbitragem. A Guiné chamou a atenção para um memorando de 26 de outubro de 2015 no qual manifestou o interesse em recorrer à “conciliação ou arbitragem” com base nos artigos 1º e 2º do Protocolo Opcional da Convenção de Viena. A Guiné Equatorial reiterou esta posição, por via de uma Nota Verbal de 6 de janeiro de 2016, na qual reiterava o seu compromisso em encontrar uma solução diplomática para a disputa sobre o caso de “ganhos ilícitos”. Por fim, a Guiné Equatorial lembrou que, no dia 2 de fevereiro de 2016, transmitiu à França, por Memorando, a sua posição sobre as questões subjacentes à disputa e que nessa ocasião reiterou o seu interesse em resolver o diferendo por meio de conciliação ou arbitragem. O requerente afirma que, no dia 17 de março de 2016, o Ministério dos Negócios Estrangeiros francês respondeu que “não era possível aceitar a oferta de acordo” pelo que “os factos foram alvo de decisão judicial francesa e continuam a ser alvo de processo judicial”.

A Guiné Equatorial considerou que, face ao exposto, o Tribunal tinha jurisdição para analisar o caso à luz do Protocolo Adicional pelos artigos 1º, 2º e 3º.

Por seu lado, a França afirmou que o edifício localizado no n.º 42 da Avenue Foch não poderia ser considerado local de missão da Guiné Equatorial em França. Esta afirmou que antes da receção da Nota Verbal de 4 de outubro de 2011, o Departamento de Protocolo do Ministério dos Negócios Estrangeiros nunca foi informado da existência dessas instalações; que nunca foi recebida correspondência da referida morada; que não foram pedidas medidas, nomeadamente de segurança, em relação a esse edifício, assim como nunca foi submetido um pedido de isenção fiscal “como foi feito quanto às outras instalações conhecidas pelas autoridades francesas, localizadas em 29 Boulevard de Courcelles”. O Ministério dos Negócios Estrangeiros francês informou a Guiné Equatorial a 11 de outubro de 2011 que “não considera o edifício como sendo parte das instalações da missão diplomática”.

A França alegou que, só a partir de 27 de julho de 2012, é que a Guiné Equatorial passou a referir-se ao edifício em questão como sendo o local de missão. Na audiência, a França afirmou que aparentemente o local de missão transferiu-se para o n.º 42 Avenue Foch, mas que este não era

considerado parte da missão diplomática da Guiné Equatorial “mesmo que as autoridades francesas tenham consentido ocasionalmente medidas de protecção desse edifício”.

A França afirmou que as buscas foram conduzidas a pedido das autoridades judiciárias francesas e de forma legal, entre 2011 e 2012 e que, desde então, não foram tomadas quaisquer medidas em relação ao edifício ou levada a cabo qualquer intrusão. Relativamente à apreensão (*saisie pénale immobilière*) do edifício, a França reitera o seu carácter “provisório” e que esta medida era justificada uma vez que as investigações levadas a cabo permitiram concluir com elevado grau de certeza que o edifício em causa foi no seu todo ou em parte adquirido com os lucros de atividades ilegais a serem investigadas em relação a Teodoro Obiang.

A França considerou que, uma vez que o Tribunal não tem jurisdição *prima facie* para analisar a alegada imunidade de Teodoro Obiang, não terá também sobre pedidos relativos ao edifício em questão. Afirmou ainda que “não existe possibilidade do edifício ser confiscado ou vendido até à condenação definitiva de Teodoro Obiang por lavagem de dinheiro”.

Por fim, em relação à disponibilidade da Guiné para resolver por conciliação ou arbitragem a presente disputa, a França não podia aceitar essa possibilidade dado o princípio da independência dos órgãos judiciais e o facto de o Direito Penal francês não permitir a extinção de uma ação penal por via de acordo. Como tal, afirma, o Governo Francês não teria forma de pôr fim ao processo criminal contra Teodoro Obiang.

O Tribunal lembrou que o artigo 1º do Protocolo Opcional prevê que o Tribunal tem jurisdição sobre disputas relativas à interpretação ou aplicação da Convenção de Viena e que os artigos 2º e 3º do Protocolo Opcional prevêem que as partes podem acordar, num prazo de dois meses após notificação, submeter a disputa a arbitragem ou conciliação. Após o referido período, qualquer uma das partes pode remeter a disputa ao Tribunal. No presente caso, o Tribunal notou que a Guiné Equatorial manifestou vontade em recorrer à conciliação ou arbitragem e que a França não concordou. Os artigos 2º e 3º do Protocolo não põem no entanto, em causa a jurisdição do Tribunal pelo artigo 1º.

Como tal, o Tribunal analisou apenas o artigo 1º do Protocolo e procurou determinar se tinha jurisdição *prima facie* para ouvir os méritos do caso relativamente ao edifício em questão e se à data da remissão do processo para o Tribunal, existia uma disputa relativa à interpretação ou aplicação da Convenção de Viena entre as Partes.

Em relação ao edifício, o Tribunal considerou que as Partes apresentaram opiniões diferentes quanto ao seu estatuto jurídico, sendo que a Guiné Equatorial defendeu que este era onde se encontra a sua

missão diplomática e, como tal, deveriam ser reconhecidas as prerrogativas previstas no artigo 22º da Convenção de Viena. A França recusou-se desde sempre a reconhecer o edifício como sendo o “local da missão” o que, na perspectiva do Tribunal, pareceria indicar que à data da entrada do processo no Tribunal existia uma disputa entre as Partes.

Para determinar se tinha jurisdição, o Tribunal atendeu assim à competência *ratione materiae* à luz do artigo 1º do Protocolo Opcional. Considerou que os direitos aparentemente em debate poderiam estar enquadrados no artigo 22º da Convenção de Viena, que garante a inviolabilidade do local de missão, e que os alegados atos do requerente em relação ao edifício teriam posto em causa os direitos caso o local de missão seja efectivamente reconhecido enquanto tal. O facto de se terem efectuado buscas ao edifício que, alegadamente, é o local de missão torna-o suscetível de ser alvo de medidas similares no decurso da ação.

O Tribunal acrescentou que a possibilidade do Tribunal indicar medidas provisórias ao abrigo do artigo 41º do seu Estatuto, tem como objetivo preservar o respeito pelos direitos invocados pelas partes até à análise dos méritos do processo. O Tribunal apenas deverá exercer esta prerrogativa nos casos em que os direitos alegados pelas partes sejam, no mínimo, plausíveis e em que exista uma ligação entre os direitos que servem de base ao caso e o pedido de medidas provisórias solicitadas.

Dados os elementos expostos, considerou verificada a existência de uma disputa enquadrável no artigo 22º da Convenção de Viena. Como tal, o Tribunal considerou que tem jurisdição *prima facie* em virtude do artigo 1º do Protocolo Opcional da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas para analisar o caso e que poderá, como tal, aceitar o pedido de indicação de medidas provisórias relativas à inviolabilidade do edifício localizado no n.º42 Avenue Foch.

A decisão sobre as medidas provisórias

O Tribunal determinou, por unanimidade que a França, até à decisão final do presente caso, deverá assegurar que o local de missão da Guiné Equatorial em França sito no n.º 42 Avenue Foch receberá tratamento idêntico ao previsto no artigo 22º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de forma a garantir a sua inviolabilidade. Ao invés, nenhuma medida foi aplicada quanto à questão da alegada imunidade pessoal de titulares de altos cargos públicos relativamente a Teodoro Obiang.

iv. Arbitragem do Mar do Sul da China – República das Filipinas c. República Popular da China – Decisão

Pedro Gonçalo Farmhouse

CONVENÇÃO: CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

QUESTÖES JURÍDICAS:

- NÃO RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL
- DISPUTA TERRITORIAL
- ILHAS ARTIFICIAIS

Introdução

O Mar do Sul da China, ao longo das últimas décadas, tem sido alvo de uma disputa territorial entre diversos Estados. Sendo que é pelo referido Mar que passa uma das maiores rotas comerciais do Mundo, tendo ainda potencialidade de exploração de recursos e desenvolvimento de atividades económicas, nomeadamente, no que concerne à pesca, ao petróleo e ao gás natural. É, ainda, uma rota geoestratégica importante, em especial, para a passagem de navios militares. Os dois principais arquipélagos são as ilhas *Spratlys* e as *Paracel*, sendo que no total registam-se aproximadamente 30 mil pequenas ilhas e recifes nesta região. Tem-se verificado uma reivindicação de soberania sobre ilhas deste arquipélago entre diversos Estados na região, o que tem levado ao aumentar de tensões na região. Esses Estados são a China, Taiwan, Malásia, Filipinas, Vietname e Brunei. Com o fim de aumentar a capacidade de influência na zona em disputa e de marcar uma posição perante os Estados da região e outros Estados com interesses específicos, a China começou a construir ilhas artificiais, desafiadoras da liberdade de navegação em alto mar e da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM).

Nesta arbitragem, o Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA) decidiu, num processo em que a China não reconheceu jurisdição ao TPA, não tendo portanto apresentado defesa, que não existia base legal para a pretensões da China, tendo posteriormente a China recusado reconhecer a decisão do referido Tribunal.

Principais questões controversas

a) Disputa Territorial

O centro de desacordo e o principal gerador do conflito são as divergências em relação à distribuição das zonas marítimas e à soberania sobre as ilhas e rochedos existentes. É de relevar que o Vietname ocupa efetivamente 21 ilhas, as Filipinas 8, mesmo número que a Malásia, a China 7, sendo que Taiwan apenas ocupa uma, ainda que seja a maior: Itu Aba, que conta já com diversas infraestruturas. Considerando estes dados, é importante entender a evolução histórica até às tensões registadas hoje em dia. Entre 1940 e 1947, a República da China (Taiwan, tendo a República Popular da China sucedido à República da China nas pretensões) apresentou a *nine-dash line* reivindicando “soberania” (após a CNUDM de 1982, a expressão mais correta será jurisdição) sobre a maioria do Mar do Sul da China. Esta posição da China, levou a uma disputa até aos dias de hoje e a uma tensão na zona que conheceu vários incidentes de relevo, em especial, os conflitos navais entre China e Vietname entre 1974 e 1988. No entanto, este acontecimento não esgota várias situações dignas de nota neste âmbito. A China tem, por diversas vezes, sancionado navios de pesca de outros Estados que estavam na zona alvo de controvérsia. Em 2002, existiu um dos momentos de apaziguamento, pelo menos momentâneo, do conflito, com a assinatura entre a República Popular da China e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) da Declaração relativa à Conduta das Partes no Mar do Sul da China, em que os Estados acordaram pela procura de soluções pacíficas para o conflito. Desde 2011 falou-se ainda da possibilidade de um Código de Conduta, não tendo havido progressos nessa matéria. Em suma, a China alega ter direitos históricos sobre os recursos existentes dentro da área determinada pela *nine-dash line*, alegando ainda que historicamente tem feito uso das ilhas, exercendo controlo sobre os recursos e águas controversas.

b) Ilhas Artificiais

As ilhas artificiais são um resultado de toda a tensão no Mar do Sul da China. O executivo de Pequim decidiu, numa demonstração de soberania sobre as ilhas e de jurisdição sobre os mares, construir ilhas artificiais de forma a criar pontos estratégicos de controlo.

No entanto existe uma divergência em relação a quem exerce jurisdição sobre as águas. Desta forma surge um problema aparente que é entender em que zona foram construídas. Neste caso tem de se considerar como Alto Mar visto não ter existido uma delimitação das fronteiras marítimas ao abrigo da CNUDM de 1982, à exceção das ilhas construídas onde já existe essa delimitação, nomeadamente, no que concerne às Filipinas. Naturalmente a tensão causada por estas construções tem levado aos dificultar das relações entre os Estados desta região. No entanto, não se esgota nos Estados da região os interesses neste conflito, como se percebe pelo incidente do *USS Curtis Wilbur*. Neste incidente o referido navio da Marinha dos Estados Unidos da América (EUA), passou perto de uma ilha artificial da China, sendo considerado um desafio às autoridades de Pequim. No entanto, segundo um documento do *Department of State* datado de 2014, existem preocupações dos EUA em relação à liberdade de navegação no MSC¹⁶⁹, sendo considerado este desafio uma maneira de comprovar essa mesma liberdade. Dessa forma, entende-se a importância do tema, que leva a Estados que não são da região mas que tem interesses estratégicos a intervir no conflito. Sucintamente, as ilhas artificiais levantam muitas dúvidas. Primeiro a localização é controversa, sendo na ZEE filipina é uma grave violação da CNUDM. Segundo, mesmo no caso de as ilhas estarem em Alto Mar, existe a potencial violação do art. 87/1/a)¹⁷⁰, no caso de as ilhas estarem a limitar, qualquer que seja a forma, a liberdade de navegação em alto mar. Ainda que tanta a liberdade de navegação, como a liberdade de construção de ilhas artificiais sejam ambas liberdades de alto mar é necessário ter em conta que a primeira é a liberdade que está no centro de toda a construção da CNUDM e da dogmática das relações nos Mares desde o início do século XVII. Logo, se uma ilha artificial violar a liberdade de

169 <http://www.state.gov/documents/organization/234936.pdf>

170 “Artigo 87.º – Liberdade do alto mar

1 – O alto mar está aberto a todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral. A liberdade do alto mar é exercida nas condições estabelecidas na presente Convenção e nas demais normas de direito internacional. Compreende, inter alia, para os Estados quer costeiros quer sem litoral:

a) Liberdade de navegação;

b) Liberdade de sobrevoos;

c) Liberdade de colocar cabos e ductos submarinos nos termos da parte VI;

d) Liberdade de construir ilhas artificiais e outras instalações permitidas pelo direito internacional (...).”

navegação em alto mar, quem construir a ilha está a violar a CNUDM. O terceiro ponto é referente à violação do art. 88.^{o171} da CNUDM. Existem informações no sentido de que a China está a usar as ilhas artificiais para criar base militares ou para conterem algum tipo de equipamento militar. Sendo que o supramencionado art. 88.^o prevê utilização de ilhas artificiais para fins pacíficos, qualquer ilha desse género que tenha fins bélicos ou contenha material/infraestruturas que possam ser utilizadas de forma não pacífica são uma violação desta disposição. Por fim, levantam-se ainda questões ambientais relevantes. Sendo o alto mar um espaço onde o interesse da comunidade internacional em geral se sobrepõe ao interesse específico de um ou uma minoria de Estados, quando existe um sacrifício ambiental desproporcional ao bem levado a cabo pode existir uma violação da liberdade de alto mar, ainda que na recente jurisprudência do Tribunal Internacional de Direito do Mar (TIDM), o Tribunal tenha sido contido na análise das questões ambientais. Assim sendo, é de concluir que as ilhas artificiais construídas no decorrer desta disputa vieram causar mais tensões e levantar algumas questões a nível jurídico.

Decisão do Tribunal Permanente de Arbitragem

Em janeiro de 2013, as Filipinas deram início a um processo contra a República Popular da China, tendo em vista a declaração, por parte do TPA, da não jurisdição da China para além do previsto na CNUDM, a inexistência de soberania da China sobre a denominada *nine-dash line* e que a República Popular da China violou a CNUDM, em especial a nível da construção de ilhas artificiais, violação de obrigações ambientais ativas e passivas, violação da liberdade de navegação e, por fim, a omissão de prevenção de navios chineses explorassem, à margem da CNUDM, recursos pertencentes à zona económica exclusiva das Filipinas.

No entanto a China não reconheceu a competência do Tribunal, tendo informado o mesmo através de uma nota verbal, datada de 1 de agosto de 2013, que não aceitava a arbitragem iniciada pelas Filipinas. Desta forma, a primeira questão prendeu-se com saber se o tribunal tem jurisdição para conhecer do mérito da causa e se sim, se essa jurisdição abrange todos ou

171 “Artigo 88.^o – Utilização do alto mar para fins pacíficos
O alto mar será utilizado para fins pacíficos”

apenas alguns pedidos. O Governo chinês, como supramencionado, entregou essa nota verbal e reforçou com o *Position Paper*, de 7 de dezembro de 2014, em que reitera o não reconhecimento da jurisdição do TPA, sendo que estes documentos e as declarações não poderão ser vistas, de maneira alguma, como uma participação da China no processo, declarações essas que visavam argumentar pela falta de jurisdição do tribunal para apreciar o mérito da causa.

Nestes casos de revelia de uma das Partes, a CNUDM prevê no art. 288.º que o Tribunal decida sobre se tem ou não jurisdição¹⁷² e ainda dispõe no art. 9.º do Anexo VII¹⁷³, em especial sobre a revelia de uma das partes e as formas de continuação do processo, sendo que como plasmado no referido artigo não obsta à continuação do processo. Desta forma, foi o TPA chamado a decidir acerca da sua própria jurisdição e se a pretensão está de facto e de direito bem fundamentado. A China argumentou que o TPA não tinha jurisdição porque o objeto do processo é a soberania territorial sobre diversos espaços marítimos, logo não está no escopo da CNUDM, o que leva a não ser uma questão de interpretação dessa mesma Convenção. Seguidamente alegaram que a Declaração feita no âmbito da ASEAN previa uma resolução através das negociações e que as Filipinas tinham violado esta Declaração no momento em que, unilateralmente recorreram ao TPA. Por fim, defenderam que, mesmo assumindo que entra no escopo da CNUDM, a China tinha entregado uma declaração em 2006 que excluía a resolução de conflitos através de arbitragem compulsória.

172 “Artigo 288.º – Jurisdição

1 – A corte ou tribunal a que se refere o artigo 287.º tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com a presente parte.

2 – A corte ou tribunal a que se refere o artigo 287.º tem também jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com esse acordo.

3 – A Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos do Tribunal Internacional do Direito do Mar, estabelecida de conformidade com o anexo VI, ou qualquer outra câmara ou tribunal arbitral a que se faz referência na secção 5 da parte XI, tem jurisdição sobre qualquer das questões que lhe sejam submetidas de conformidade com esta secção.

4 – Em caso de controvérsia sobre jurisdição de uma corte ou tribunal, a questão será resolvida por decisão dessa corte ou tribunal.”

173 “Artigo 9.º – Revelia

Quando uma das partes na controvérsia não comparecer ante o tribunal arbitral ou não apresentar a sua defesa, a outra parte poderá pedir ao tribunal que continue os procedimentos e profira o seu laudo. A ausência de uma parte ou a não apresentação da defesa da sua causa não deve constituir impedimento aos procedimentos. Antes de proferir o seu laudo, o tribunal arbitral deve assegurar-se de que não só tem jurisdição sobre a controvérsia, mas também de que a pretensão está, de direito e de facto, bem fundamentada”

Após uma audiência realizada entre 7 e 13 de julho de 2015, o Tribunal decidiu que sendo ambas os Estados, Partes na CNUDM e que a mesma não permitia que um Estado se exclua de mecanismos de resolução plasmados na Convenção, que a não participação da China não retirava, por si só, jurisdição ao Tribunal, e ainda que o processo podia continuar, mesmo com a revelia de uma das Partes. O Tribunal recusou ainda o argumento que o objeto do processo seria a delimitação dos espaços marítimos, pelo que afastou a aplicação do art. 298.º da CNUDM. Afirmou ainda que a disputa se um Estado tem direito a um espaço marítimo é diferente de uma disputa acerca da delimitação de fronteiras marítimas, considerando, assim, não procedente o argumento chinês.

Para concluir, o TPA afirmou que nos pedidos que pudessem ter como objeto, ainda que parcialmente, a delimitação de fronteiras marítimas, apenas se pronunciaria caso conclui-se que não havia possibilidade alguma da China ter direito a alguma parte da ZEE que se sobrepusesse à ZEE filipina. O TPA decidiu ainda que todos os pedidos que se relacionavam com atividades militares também não faziam parte da jurisdição do Tribunal e, portanto, não seriam alvo de avaliação de mérito.

Decisão de Mérito

No dia 12 de julho de 2016, o Tribunal Permanente de Arbitragem proferiu, por unanimidade, a sua decisão final.

No que concerne aos direitos históricos e à *nine-dash line*, o Tribunal decidiu que a CNUDM atribuiu direitos aos Estados costeiros em relação aos espaços marítimos e que, ainda que tenha sido considerada a possibilidade de salvaguarda de direitos pré-existentes, esses direitos não ficaram salvaguardados na CNUDM. Assim sendo, os direitos alegados pela China estão extintos, na medida em que são incompatíveis com a ZEE atribuída às Filipinas decorrente da CNUDM. O Tribunal disse ainda que não havia qualquer prova do uso histórico da China das ilhas em controvérsia, nem qualquer prova do exercício de controlo exclusivo da China sobre aquelas águas e aqueles recursos, concluindo, portanto, que a República Popular da China não tem qualquer base legal para reclamar direitos históricos sobre os recursos que se encontram, dentro da *nine-dash line*.

Seguidamente o Tribunal pronunciou-se acerca dos recifes incluídos pelas China na *nine-dash line*, analisando se eram passíveis de atribuir ao Estado chinês qualquer tipo de espaço marítimos. Com o mesmo objetivo analisou as denominadas *Spratlys Islands*. Depois da análise o TPA

considerou que os recifes não seriam ilhas porque para isso teriam de cumprir os pressupostos do art. 121.^o¹⁷⁴. Em relação às *Spratlys*, o Tribunal conclui que nenhuma das ilhas cumpriria o disposto no art. 121.^o/3, não tendo, portanto, direito a ZEE, nem Plataforma Continental. Posto isto, o TPA decidiu que, sem delimitar fronteiras, que as Filipinas tinham jurisdição (ZEE) sobre certas áreas marítimas porque não havia possibilidade de o Estado chinês ter direitos sobrepostos aos das Filipinas.

Em relação à legalidade das ações da China, o Tribunal considerou que a China violou os direitos soberanos (melhor dizendo, jurisdição) constantes da ZEE das Filipinas interferindo com a pesca e exploração do petróleo por parte das Filipinas, construindo ilhas artificiais nessa área e ainda, não tendo prevenido os pescadores chineses de pescarem nesse espaço marítimo. Por fim, conclui ainda que os pescadores filipinos (e também os chineses) têm direitos tradicionais de pesca na zona da *Scaborough Shoal* e que a China restringiu o acesso dos filipinos a essa região, criando ainda a China perigo de colisão obstruindo os navios filipinos.

No que concerne ao perigo para o ambiente marinho, o TPA afirmou que a China violou obrigações de prevenção e proteção de ecossistemas frágeis e espécies em perigo, violando assim a CNUDM, com a construção de sete ilhas artificiais na zona das *Spratlys*. Mais afirma que as autoridades chinesas estavam ao corrente dos perigos que os pescadores chineses causavam, numa escala considerável, para o meio ambiente marinho e mesmo assim não cumpriram a sua obrigação de impedir a consumação desse perigo, violando mais uma vez as normas de direito internacional. Este ponto é mais relevante do que aparenta à primeira vista.

O Tribunal Permanente de Arbitragem foi mais além do que o próprio Tribunal Internacional do Direito do Mar, aplicando ineditamente as obrigações ambientais prevista na Convenção de Montego Bay. Relembrando casos já julgados por este último tribunal¹⁷⁵, poderá estar aqui uma influência jurisprudencial relevante para futuros litígios nestas matérias.

174 “Artigo 121.^o – Regime das Ilhas

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.”

175 Vide, a título exemplificativo, o caso *M/V Virginia G* (Panama c. Guiné-Bissau) parágrafos 196 a 209, em especial, 205 (https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment_published/C19_judgment_140414.pdf)

Por fim, os árbitros consideraram que a China agravou o conflito durante o processo de arbitragem. Essa afirmação é sustentada pela recente reclamação, em larga escala, de soberania sobre este território, pela construção de mais ilhas artificiais na ZEE filipina (incompatíveis com a CNUDM), causando ainda danos irreparáveis para o meio ambiente marinho. Concluiu o TPA que a China violou a sua obrigação de evitar e agravar a escalada do conflito durante a resolução do litígio.

Concluindo, o Tribunal Permanente de Arbitragem considerou que a China tinha de respeitar os direitos e liberdades do Estado filipino e cumprir com os seus deveres ao abrigo da CNUDM. Reafirmou que ambos os Estados ratificaram a CNUDM e, portanto, deveriam cumpri-la de boa fé. Indicou ainda que considera que nenhuma das Partes tem a intenção de violar nenhuma norma, no entanto existe um entendimento diferente dos respetivos direitos e obrigações ao abrigo da CNUDM, no que concerne ao Mar do Sul da China.

v. Conciliação entre Timor-Leste e a Austrália – Decisão quanto à competência da Comissão de Conciliação

Fransisca Balhau

CONVENÇÕES: CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

QUESTÕES JURÍDICAS: COMPETÊNCIA DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO À LUZ DA SUBALÍNEA i) DA ALÍNEA a) DO N.º 1 DO ARTIGO 298º E DA SECÇÃO 2 DO ANEXO V DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

I – Introdução

A Austrália e Timor-Leste são Partes na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM) tendo a Austrália ratificado a referida Convenção a 5 de outubro de 1994 e Timor-Leste aderido a 8 de janeiro de 2013. A Austrália e Timor-Leste são Estados vizinhos, separados pelo Mar de Timor a uma distância de 300 milhas náuticas, aproximadamente.

Com o recurso a esta conciliação, Timor-Leste baseou-se na conciliação obrigatória consagrada na subalínea i) da alínea a) do n.º1 do artigo 298º e na secção 2 do Anexo V da Convenção quanto à “implementação e aplicação dos artigos 74º e 83º da CNUDM para a delimitação da zona económica exclusiva e a plataforma continental entre Timor-Leste e a Austrália, incluindo o estabelecimento de limites marítimos permanentes entre os dois Estados”.

A Austrália argumentou inicialmente que a Comissão de Conciliação não seria competente para se pronunciar sobre este caso, tendo defendido que o recurso à conciliação obrigatória prevista na Convenção se encontrava afastada pelos tratados em vigor entre as Partes.

Como tal, nesta Decisão, a Comissão analisou a sua competência segundo a Convenção, não tendo sido analisada a questão de fundo da disputa entre as Partes.

Durante o período em que Timor-Leste esteve sob ocupação da Indonésia, a Austrália celebrou acordos com a Indonésia quanto à alocação de recursos do fundo marinho no Mar de Timor, designadamente o *Timor Gap Treaty* de 1989.

A 20 de maio de 2002, Timor-Leste tornou-se um Estado independente. Nesse mesmo dia, foi concluído o Tratado do Mar de Timor entre o Governo de Timor-Leste e o Governo da Austrália (Tratado do Mar de

Timor). De forma geral, o Tratado do Mar de Timor previa a criação e gestão conjunta de uma Área Conjunta de Desenvolvimento Petrolífero (ACDP) no Mar de Timor, entre a Austrália e Timor-Leste, até à delimitação definitiva das fronteiras marítimas entre os dois Estados.

A partir de 2003, iniciaram-se negociações para a delimitação de uma fronteira marítima permanente. A 12 de janeiro de 2006, foi concluído o Tratado sobre Determinados Ajustes Marítimos no Mar de Timor (CMATS, na sigla em inglês). O referido Tratado: a) estendeu a validade do Tratado do Mar de Timor até 50 anos após a entrada em vigor do CMATS; b) estabeleceu que Timor-Leste deveria exercer jurisdição sobre a coluna de água na ACDP; e c) determinou que os lucros que derivariam da produção de petróleo dos Campos do Sol Nascente seriam partilhados entre os dois Estados. No artigo 4º do CMATS incluiu-se uma moratória quanto à questão da delimitação de fronteiras marítimas e a resolução da disputa em relação às fronteiras marítimas.

A Austrália e Timor-Leste concluíram igualmente um Acordo relativo à Unitização dos Campos do Sol Nascente e do Trovador (Acordo de Unitização) que foi assinado a 6 de março de 2003 e entrou em vigor ao mesmo tempo que o CMATS a 23 de fevereiro de 2007. Tanto o CMATS como o Acordo de Unitização são anteriores à entrada em vigor da CNUDM entre as partes, que apenas ocorreu com a adesão de Timor-Leste em 2013.

II. Competência da Comissão de Conciliação

Timor-Leste recorreu à conciliação obrigatória de uma disputa “relativa à interpretação e aplicação dos artigos 74º e 83º da CNUDM para a delimitação da zona económica exclusiva e plataforma continental entre Timor-Leste e a Austrália incluindo o estabelecimento de fronteiras marinhas permanentes entre os dois Estados”.

A Austrália objetou à competência da Comissão. Em primeiro lugar, sustentou que “o artigo 4º do CMATS impede que as partes iniciem uma conciliação obrigatória pelo artigo 298º e Anexo V da CNUDM e debatam questões substantivas no decurso dos procedimentos”. Em segundo lugar, a Austrália argumentou que o “CMATS deve ser enquadrado no regime dos artigos 74º e 83º da CNUDM” dado que é um acordo temporário de natureza prática previsto na Convenção, concluindo que o CMATS não foi afastado pela entrada em vigor da CNUDM. Em terceiro lugar, a Austrália alegou que a competência da Comissão foi afastada pelo artigo 281º da Convenção que “reconhece o CMATS como uma escolha relevante das Partes na forma como a sua disputa deve ser determinada”. Em quarto lugar, a Austrália

considerou que a disputa começou em 2002, antes da entrada em vigor da Convenção entre as partes, logo, a previsão do artigo 4º da CNUDM que diz “depois da entrada em vigor desta Convenção” não estaria cumprida. Em quinto lugar, a Austrália acrescentou ainda que “não houve negociações sobre a linha marítima, que o artigo 298º estabelece como necessária antes que haja recurso a esse artigo, uma vez que o acordo CMATS tem sido cumprido pelas Partes”, não estando, segundo a Austrália, reunida a segunda condição de aplicação do artigo 298º da Convenção. Por último, a Austrália argumentou que seria “inadmissível” o recurso à conciliação uma vez que Timor-Leste estaria a violar os seus compromissos para com a Austrália. A Austrália solicitou que a Comissão não se pronunciasse no decurso do processo de conciliação sobre a validade do CMATS, uma vez que esta questão já estaria a ser analisada numa arbitragem que corria em separado no âmbito do Tribunal Permanente de Arbitragem.

Timor-Leste contestou as objeções apresentadas pela Austrália, tendo alegado que a Comissão era competente para aceitar o processo de Conciliação com base na CNUDM. Timor-Leste não considerou que o n. 1º do artigo 4º do CMATS impediria “as partes de debater ou negociar entre si a questão das fronteiras marítimas” e que “a Comissão não é um mecanismo de resolução de controvérsias no sentido atribuído no n.º4 do artigo 4º uma vez que a Comissão não pode decidir o litígio”. Timor-Leste alegou que o artigo 281º da CNUDM requer um acordo vinculativo, que uma troca de cartas em 2003 entre os respectivos Primeiros-Ministros não é um acordo vinculativo e que o “CMATS não é um acordo pelo significado do artigo 281º uma vez que não soluciona a disputa da fronteira marítima, pelo contrário, congela-a durante 50 anos”. Em relação à condição de negociação constante na subalínea i) da alínea a) do n.1º do artigo 298º da Convenção, Timor-Leste afirmou que “está estabelecido que o requisito de período razoável de tempo antes de serem instituídos procedimentos não exige que uma parte espere se não há perspectivas de negociação e se a outra parte não quer negociar não pode impedir a aplicação do artigo”. Por fim, Timor-Leste sublinhou a natureza não vinculativa da conciliação, que a Comissão de Conciliação não analisará matérias que estejam a ser analisadas noutras instâncias e que, se necessário, poria fim ao CMATS.

O artigo 13º do Anexo V da CNUDM prevê que em caso de desacordo quanto à competência da Comissão de Conciliação este será resolvido pela própria Comissão, tendo as partes concordado que a Comissão era competente para avaliar e decidir quanto à sua competência.

Timor-Leste iniciou o processo de conciliação a 11 de abril de 2016 ao abrigo da secção 2 do Anexo V da Convenção das Nações Unidas sobre

Direito do Mar. A Comissão foi constituída a 25 de junho de 2016, tendo, a 27 de junho de 2016, a Austrália solicita que a questão da competência da Comissão fosse “decidida como uma questão preliminar”.

A abertura do processo de Conciliação teve como base a subalínea i), da alínea a) do n.º1 do artigo 298º da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, que prevê uma conciliação obrigatória, e o Anexo V que estabelece as regras de formação e procedimento.

A Austrália afirmou que a Comissão de Conciliação não tinha competência para analisar o presente caso com base no CMATS, um acordo bilateral, que, segundo a Austrália, impedia o acesso a mecanismos de resolução de litígios da CNUDM. A Austrália alegou que o artigo 4º do CMATS impedia o recurso à conciliação obrigatória da Convenção.

Porém, a Comissão de Conciliação não concordou com as alegações da Austrália, uma vez que considerou a CNUDM como a sua base jurídica e não o CMATS. O processo de conciliação foi instituído com base no artigo 298º e de acordo com a competência da comissão que deriva do anexo V da Convenção. Considerou que acordos como o CMATS são relevantes quanto à questão da competência da Comissão apenas no contexto e na perspectiva da própria CNUDM. Além disso, considerou, que sendo a entrada em vigor da CNUDM entre as partes posterior à CMATS, este só poderia afectar a competência da Comissão até ao limite previsto naquela Convenção. De acordo com a CNUDM, devem as Partes primeiro recorrer aos meios de resolução de controvérsias previstos na secção 1 da Parte XV da Convenção para poderem depois recorrer aos meios conducentes a decisões obrigatórias previstos na secção 2 ou ao procedimento de conciliação obrigatória prevista na secção 3.

O artigo 281º estabelece que “os procedimentos estabelecidos na presente parte só serão aplicados se não tiver sido alcançada uma solução por esse meio e se o acordo entre as partes não excluir a possibilidade de outro procedimento”. O referido artigo aplica-se a qualquer meio previsto na parte XV da Convenção e é um requisito para a competência da Comissão de Conciliação prevista no artigo 298º.

A Austrália invocou a troca de cartas entre os Primeiros Ministros de Timor-Leste e da Austrália em 2003 e o CMATS como sendo constitutivos de acordos segundo o artigo 281º. A Austrália reconheceu que a troca de cartas não era uma forma vinculativa de acordo para efeitos do artigo 281º mas, mesmo assim, alegou que era um “acordo” de remissão da questão da delimitação das fronteiras para a negociação. Timor-Leste considerou que a troca de cartas era não vinculativa e que apenas um acordo juridicamente vinculativo se poderia enquadrar no artigo 281º.

Apesar de o artigo 281º não dizer expressamente que um “acordo” tem que ser juridicamente vinculativo para que se aplique, a Comissão considerou que teria de ser o caso, uma vez que o artigo 282º exige instrumentos juridicamente vinculativos e o texto da Convenção não parece atribuir sentidos muito diferentes entre os dois artigos, que surgem em paralelo. A Comissão considerou também que da leitura do artigo 281º não era possível concluir que fosse possível afastar a aplicação de meios de resolução de conflitos obrigatórios previstos na parte XV da Convenção através de um instrumento juridicamente não vinculativo, uma vez que seria contrário à própria vinculatividade da parte XV da Convenção.

A Comissão considerou, assim, que a troca de cartas entre os Primeiros Ministros da Austrália e Timor-Leste não constituía um acordo suscetível de ser considerado juridicamente vinculativo para efeitos do artigo 281º da CNUDM.

A Austrália alegou que o artigo 4º do CMATS, lido em conjunto com a troca de cartas, constituía um acordo que, para o efeito do artigo 281º, afastava a competência da Comissão. Ao contrário da troca de cartas, o CMATS era um tratado em vigor entre as Partes. O n.º 4 do artigo 4º teria sido redigido para excluir o recurso a meios de resolução de conflitos, incluindo os previstos na CNUDM. Mas a Comissão entendeu que o CMATS não preenchia os requisitos do artigo 281º, que afirma que as partes “tenham acordado em procurar solucionar-la [a controvérsia] por um meio pacífico de sua própria escolha”. O CMATS é, ao invés, um acordo para não prosseguir a solução da controvérsia quanto às fronteiras marítimas durante o período de aplicação da moratória.

O artigo 279º da Convenção afirma que “as Partes devem solucionar qualquer controvérsia entre eles (...) pelos meios indicados no n.1º do artigo 33º da Carta” das Nações Unidas, que inclui negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial e o recurso a organizações ou acordos regionais. A lista não é exaustiva, podendo as Partes recorrer a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. Não está no CMATS presente qualquer intenção de estabelecer um meio de solução de controvérsias. Pelo contrário, este parece reduzir os meios que as Partes podem recorrer para a solução de controvérsias relativas às fronteiras marítimas pelo que, mesmo que as cartas trocadas em 2003 tivessem estabelecido a negociação como forma vinculativa de solução de controvérsias, o CMATS parece recusar, e não confirmar, este meio de solução de controvérsias. Como tal, a Comissão concluiu que o CMATS não é um acordo no quadro do artigo 281º suscetível de limitar o recurso à conciliação obrigatória constante no artigo 298º e o Anexo V da Convenção.

A Austrália depositou a 22 de março de 2002 uma declaração relativamente ao n.º1 do artigo 298º na qual afirma não aceitar os procedimentos previstos na secção 2 da parte XV quanto a disputas relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15º, 74º e 83º, em particular a delimitações marítimas assim como baías históricas ou títulos. A Austrália consente a submissão de questões à conciliação presente no anexo V, secção 2 da Convenção. Argumentou, no entanto, que no presente caso não estariam reunidos os pressupostos necessários uma vez que Timor-Leste submeteu à conciliação uma disputa pré-existente que não foi submetida a negociação e que o artigo prevê “quando tal controvérsia surgir depois da entrada em vigor da Convenção e quando não se tiver chegado a um acordo dentro de um prazo razoável de negociação entre as partes”. Em particular, a Austrália considerou a troca de cartas de 2003 como uma prova de uma disputa pré-existente que não foi remetida a negociação e que é anterior à entrada em vigor em 2013 da Convenção em Timor-Leste. A Austrália alegou que mesmo que se considere que a disputa apenas surgiu depois de 2013, a moratória presente no artigo 4º da CMATS impedia as referidas negociações.

A Comissão analisou a questão de saber se a expressão “entrada em vigor da Convenção” constante no artigo 298º da Convenção deverá ser interpretada no sentido da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico internacional, a 16 de novembro de 1994, ou a entrada em vigor entre as Partes, nesse caso em 2013. Timor-Leste entendeu que os trabalhos preparatórios da Convenção são indicativos do sentido da expressão em análise se referir à entrada em vigor da Convenção no seu todo. Por outro lado, a Austrália alegava que a entrada em vigor refere-se às Partes de uma disputa em particular e invocou o princípio da não retroatividade dos tratados. A Comissão concordou com a interpretação de Timor-Leste.

Em relação ao segundo requisito da subalínea i), da alínea a) n.º1º do artigo 298º “dentro de um prazo razoável de negociações entre as partes” a Austrália alegou que não houve negociações entre as partes. A Comissão entendeu que não é necessário que tenham lugar negociações entre as partes antes da disputa existir e que, caso assim fosse, uma parte poderia vetar o acesso à conciliação obrigatória recusando-se a negociar, o que contrariaria a intenção do artigo. O “acordo” referido é relativo a uma decisão quanto à intenção de resolução das “controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15º, 74º e 83º referentes à delimitação de zonas marítimas”.

De facto, houve negociações que levaram à conclusão do CMATS, mas estas não visaram resolver de forma definitiva a disputa relativa às fronteiras marítimas. Como tal, se fosse entendido que havia uma disputa sobre os limites desde 2002, esta teria sido sujeita a negociações entre as Partes, negociações essas que não levaram à conclusão de um acordo relativo à delimitação de fronteiras marítimas.

Desde a entrada em vigor da Convenção em 2013, Timor-Leste tem tentado negociar as fronteiras marítimas com a Austrália, que se tem recusado com base no artigo 4º do CMATS. A Comissão de Conciliação considerou que esta recusa não impedia o preenchimento do requisito quanto ao “prazo razoável de negociações entre as partes”. Referiu ainda que em relação ao CMATS teve lugar, mas sem sucesso, entre setembro de 2014 e março de 2015 uma arbitragem sobre o Tratado do Mar de Timor.

A Comissão não considerou que o n.º 1º do artigo 4º do CMATS inibia toda e qualquer negociação entre as Partes, entendendo que este apenas se refere a atos das Partes que pretendem avançar ou melhorar a sua posição jurídica face à outra Parte. Entendeu também que os n.º 4 e n.º 5 do artigo 4º do CMATS não excluía negociações bilaterais previstas na subalínea i) da alínea a) do n.º 1º do artigo 298º da Convenção. A Comissão sublinhou que o n.º 4 do CMATS suspendeu a obrigação de negociar, mas não proibia negociações, tais negociações encontrando-se previstas nos artigos 9º e 11º do CMATS.

A Comissão concluiu que a disputa entre as Partes relativa à interpretação ou aplicação dos artigos 74º e 83º da CNUDM surgiram após a entrada em vigor desta Convenção e que não foi concluído qualquer acordo durante as negociações entre as Partes dentro de um período razoável de tempo, estando, como tal, preenchidos os requisitos da subalínea i), da alínea a) do n.º 1º do artigo 298º relativamente a competência da Comissão.

Outro artigo da CNUDM mencionado foi o artigo 311º, que se refere de forma geral à relação entre a Convenção e outros instrumentos internacionais. No entanto, a Comissão não considerou necessário uma análise deste artigo uma vez que o CMATS não limita a aplicação da Convenção e as partes não só não notificaram os Estados Parte da Convenção da modificação ou suspensão dos seus termos, como requer o n.º 4 do artigo 311º, como não explicitaram no artigo 4º a vontade de modificar ou suspender qualquer obrigação da Convenção.

Por último, a Austrália afirmou que a Comissão não deveria analisar o presente caso uma vez que Timor-Leste deu início ao processo de conciliação em violação do CMATS. A Austrália afirmou que o CMATS é uma

convenção válida, até que a Arbitragem do Mar de Timor-Leste a considere nula e pediu que o processo de conciliação fosse terminado ou, pelo menos, suspenso até que seja tomada uma decisão quanto à arbitragem em curso. A Comissão considerou que não era exigido nem o termo nem a suspensão da conciliação uma vez que não existia matéria de facto em comum a ser analisada nos dois processos. As partes concordaram que a Comissão não deverá decidir a questão da validade do CMATS. Timor-Leste informou a Comissão de que não pretendia ver a questão da compatibilidade entre o CMATS e a Convenção analisada na arbitragem, o que leva a concluir que estes dois processos não levarão a decisões contraditórias. A Comissão lembrou que se considera competente por razões que não requerem uma análise da compatibilidade entre o CMATS e a CNUDM.

A Austrália levantou uma objecção subsidiária, alegando que seria indevido a Comissão continuar a conciliação quando esta alegadamente permitiria a Timor-Leste ser beneficiado face a uma violação do CMATS, tendo pedido à Comissão que declarasse a violação do CMATS por parte de Timor-Leste e reflita a força jurídica dessa violação na decisão quanto à sua competência face à Convenção. Mas a Comissão considerou que a alegada violação do CMATS não fazia parte das competências, sendo que a validade do referido tratado estará a ser analisada na Arbitragem do Mar de Timor.

Na sua declaração de abertura Timor-Leste, afirmou que esperava que a Comissão ajudasse as Partes a chegar a um acordo sobre a delimitação das fronteiras marítimas, a criar um regime transitório a ser aplicado nas zonas marítimas disputadas e que, com o fim previsível do CMATS e do Tratado do Mar de Timor, assistisse as partes a desencadear o processo de dissolução das instituições e mecanismos previstos nesses instrumentos.

A Comissão disse não considerar que este pedido de Timor-Leste em relação à possibilidade de a Comissão prestar apoio a questões transitórias que as Partes possam acordar na sequência do termo do CMATS extravasa os limites dos artigos 74º e 83º e, correspondentemente, da subalínea i), da alínea a) do n.1º do artigo 298º.

III – Decisão

A Comissão decidiu por unanimidade que é competente relativamente ao processo de conciliação obrigatória sobre as questões levantadas por Timor-Leste na notificação para abertura da conciliação prevista na secção 2 do anexo V da CNUDM de 11 de abril de 2016.

2. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

i. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos/CASO SOARES DE MELO c. PORTUGAL

Maria de Fátima da Graça Carvalho

*«Artigo 8.º [da Convenção europeia dos direitos humanos]:
Direito ao respeito pela vida privada e familiar*

- 1 – Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*
- 2 – Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício desses direitos senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.»*

Entre a jurisprudência proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no ano de 2016, em queixas contra Portugal, destaco, pela atenção pública que mereceu e pelas repercussões que suscitou e continuará a suscitar no direito e nas práticas internas, o acórdão de 16 de fevereiro, proferido no caso acima identificado, e que declarou a violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Em causa estava uma decisão proferida pelos tribunais nacionais num processo de promoção e proteção de crianças e jovens em risco, no sentido de retirar à requerente e colocar em instituição, com vista à adoção, sete dos seus filhos.

O Tribunal Europeu considerou que a norma convencional tinha sido violada, invocando quatro fundamentos distintos: 1) devido aos próprios critérios em que se baseou a decisão interna; 2) devido à circunstância de esta ter tomado em conta a recusa da requerente em cumprir um acordo escrito que mencionava, entre outros aspetos, a submissão a laqueação das trompas; 3) devido à proibição, resultante da decisão judicial, de a requerente visitar os filhos nas instituições para onde foram conduzidos; 4) por esta não ter tido a possibilidade de participar, no processo interno,

de forma efetiva, em especial, por não ter estado representada por advogado em momentos cruciais do processo.

O acórdão foi proferido por unanimidade dos sete juízes que compõem a respetiva secção e vem na linha da jurisprudência deste Tribunal, segundo a qual, é do interesse da criança que os laços com a família sejam mantidos, salvo nos casos em que esta se mostre particularmente indigna. E que, as condições de vida insatisfatórias ou as privações materiais, só por si, não constituem fundamento para uma decisão que retire e coloque ou institucionalize as crianças, sendo exigível que acresçam outros elementos, tais como, as condições psíquicas dos pais, a sua incapacidade afetiva, educativa e pedagógica.

Em suma, segundo o Tribunal Europeu, o facto de os pais e filhos estarem juntos constitui um elemento fundamental da vida familiar, pelo que, o afastamento de uma criança da sua família é uma medida extrema a que apenas se deve recorrer num quadro de urgentes necessidades para proteger a criança de um perigo grave e imediato.

E considerou que tal situação não se verificava *in casu*, explicitando que, «*em nenhum momento do processo foram invocadas situações de violência ou maus tratos contra as crianças (...)*» e «*os tribunais internos também não constatarem carências afetivas (...) ou um estado de saúde inquietante ou um desequilíbrio psíquico dos pais (...). Pelo contrário, mostra-se que a ligação entre a requerente e os filhos era particularmente forte, tal como o tribunal de família relevou aliás na sua decisão (...).*»

O Tribunal Europeu valorizou, pois, a ausência de violência ou de abusos de qualquer ordem e, em contrapartida, a existência de laços afetivos fortes no seio da família, bem como a circunstância de não ter sido concedido à requerente apoio social e económico, sendo certo que era uma mãe de dez filhos e com fracos recursos.

Segundo a técnica legislativa adotada no artigo 8.º da Convenção (e em outras normas convencionais), e não se tratando de um direito absoluto, o n.º 1 da norma estabelece o direito em termos muito amplos e o n.º 2 prevê as hipóteses em que esse direito pode sofrer restrições, ou seja, aquelas em que pode haver “ingerência” das autoridades (desde que prevista na lei e necessária numa sociedade democrática). As finalidades legítimas, estabelecidas no n.º 2, são, quer de interesse geral (garantir a segurança e a defesa nacional; a ordem e a prevenção criminal; a proteção da saúde e da moral), quer ordenadas à proteção de interesses individuais (a proteção dos direitos e liberdades de outrem).

A *ingerência* das autoridades é um “conceito-chave” na jurisprudência do Tribunal Europeu, que aprecia, caso a caso, a sua legitimidade e

necessidade, numa sequência que comporta: em primeiro lugar, a indagação sobre se a medida adotada pelas autoridades (as mais das vezes, através da decisão interna definitiva que restringiu o direito) estava prevista no ordenamento jurídico interno; em segundo lugar, a indagação sobre se essa medida visou a prossecução de algumas das finalidades previstas no n.º 2, o que lhe conferirá legitimidade; e, por fim (esta a questão central e mais complexa), a ponderação sobre se essa medida era “necessária numa sociedade democrática” para alcançar tal ou tais finalidades. O conceito de *necessidade social imperiosa* é também abundantemente tratado pela jurisprudência do Tribunal Europeu e apela à ponderação dos interesses em presença, ao equilíbrio e à proporcionalidade.

Nesse percurso indagativo, o Tribunal Europeu aceitou que, no caso, a ingerência estava prevista na lei e visava uma finalidade legítima, que consistia em salvaguardar o interesse das crianças. Contudo, considerou que, apesar de legítima, a ingerência não era necessária numa sociedade democrática, uma vez que assentava, sobretudo, em razões ligadas a carências de ordem material; recordou, a este propósito, a sua jurisprudência anterior, segundo a qual, sempre que aceitou decisões internas de retirar e colocar crianças, as condições de vida não satisfatórias ou provações materiais nunca foram o único motivo que lhes servira de fundamento, pois, a esses motivos, devem sempre acrescer outros, relacionados com condições psíquicas dos pais, incapacidade afectiva, educativa e pedagógica, etc. O que, no caso *Soares de Melo c. Portugal*, não se verificava.

O Tribunal Europeu concluiu, pois, que, não obstante a margem de apreciação de que as autoridades nacionais dispunham, estas não tinham procedido a um justo equilíbrio entre os interesses em presença e que a ingerência não era necessária numa sociedade democrática.

O acórdão criticou também a proibição judicial de a requerente manter quaisquer contactos com os filhos, mesmo durante a pendência dos recursos, o que decorria da decisão interna e da própria lei aplicável, sem atender aos aspetos concretos do caso. E criticou também a circunstância de as crianças terem sido separadas entre si e colocadas em instituições diferentes.

De facto, naquilo que constituiu um outro aspeto peculiar deste caso, o Tribunal Europeu, antes de proferir o acórdão, aplicou uma medida provisória, dirigida às autoridades nacionais, no sentido de a requerente poder visitar os filhos institucionalizados e de estes poderem conviver entre si. De referir que as medidas provisórias (raramente adotadas em casos portugueses) estão previstas no artigo 39.º do Regulamento do

Tribunal, têm caráter excecional, obrigatório e urgente e são adotadas quando se entende que existe um risco iminente de ocorrência de um dano irreparável, podendo perdurar durante todo o tempo em que o processo esteja pendente para decisão no Tribunal Europeu, como aconteceu no caso.

Mas o caso *Soares de Melo c. Portugal* suscita ainda outros aspetos de interesse, designadamente ao nível procedimental.

Assim, sendo certo que, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Convenção, e de acordo com o princípio da subsidiariedade, que enforma este sistema de controlo jurisdicional, a queixa só deve ser apresentada ao Tribunal Europeu, após terem sido esgotados os meios de recurso internos, sob pena de inadmissibilidade, a verdade é que, no caso, aquele Tribunal aceitou e começou a apreciar a queixa num momento em que ainda não havia decisão interna definitiva (estava ainda pendente recurso no STJ). Para além disso, o acórdão do Tribunal Europeu foi proferido numa data em que o processo interno ainda continuava pendente, na sequência de recurso interposto, em seguida, pela requerente para o Tribunal Constitucional.

Apesar da exceção decorrente do não esgotamento das vias de recurso internas ter sido invocada pelo Governo português, o Tribunal Europeu não a admitiu, considerando que “*o recurso constitucional em Portugal apenas respeita a uma disposição normativa e não à decisão judicial*”, e que, na parte referente à falta de proporcionalidade da medida adotada (questão suscitada pela requerente perante o Tribunal Constitucional), o recurso estaria vocacionado ao insucesso. No mais, designadamente na parte referente à inconstitucionalidade suscitada com fundamento na não representação da requerente por advogado, durante o processo interno, o Tribunal Europeu considerou que não era exigível à requerente aguardar mais tempo pela decisão interna até porque a medida de institucionalização das crianças já tinha sido aplicada há mais de três anos.

Assim, os processos correram em paralelo, nas instâncias supremas nacionais e no Tribunal Europeu, o que não é habitual. Ora, após ter sido proferido acórdão por este último Tribunal, mas antes do seu trânsito, o Tribunal Constitucional proferiu também acórdão (em 4 de abril de 2016) e julgou procedente uma das inconstitucionalidades invocadas pela requerente: precisamente a que respeitava à não exigência de representação dos progenitores por advogado.

De facto, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, a norma extraída do artigo 103.º, na sua redação originária (aplicável no caso), da lei de promoção e proteção

de crianças e jovens em risco (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro), segundo a qual não era obrigatória a constituição de advogado aos progenitores, a partir da designação de data para o debate judicial, sempre que estivesse em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada ou a instituição com vista à adoção.

Na sequência desta declaração de inconstitucionalidade, o processo interno baixou às instâncias e a decisão interna – que suscitou a declaração de violação do artigo 8.º da Convenção pelo Tribunal Europeu – foi revogada. E, posteriormente, foi firmado um acordo com os pais das crianças, pelo qual estas foram entregues aos cuidados da requerente através de uma medida de promoção e proteção prevista na lei, acordo homologado pelo juiz do tribunal de primeira instância.

Assim, embora o Tribunal Europeu tivesse dito, na parte final do acórdão que proferiu, que *«as autoridades nacionais deverão reexaminar, em breve prazo, a situação da requerente e dos seus filhos M., Y., I.R., L., M.S., A. e R. à luz do presente acórdão e tomar as medidas apropriadas no superior interesse das crianças»*, o cumprimento desta exigência acabou por não implicar, por exemplo, a reabertura do processo interno através de um recurso extraordinário de revisão (com fundamento na alínea f) do artigo 696.º do CPC).

Entretanto, pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, a norma declarada inconstitucional tinha sido já objeto de alteração e, atualmente, exige-se a representação dos progenitores por advogado nos referidos processos, sempre que esteja em causa a aplicação de uma medida de confiança ou institucionalização da criança com vista à adoção.

Deste modo, e tendo também em conta as demais medidas adotadas, quer de ordem individual, quer de ordem geral, bem como a divulgação, a tradução e a sensibilização acerca do conteúdo do acórdão do Tribunal Europeu, este poderá, em nossa opinião, ser considerado cumprido pelas autoridades nacionais, tal como exigem as entidades competentes do Conselho da Europa (Comité de Ministros, através do Serviço de Execução de Acórdãos).

Manter-se-á, contudo, como acórdão de referência e a sua doutrina deverá ser tomada em consideração pelas jurisdições internas, enquanto interpretação autêntica da norma que, na Convenção Europeia, estabelece o direito à vida privada e familiar, aplicada em situações e casos de tanto melindre.

ii. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – Lista de casos em 2016

- **Freitas c. Portugal**, Acórdão de 12 de janeiro de 2016, Requetes n.ºs 8349/13 e 56418/13, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação.
- **Escalda Ferreira c. Portugal**, Acórdão de 12 de janeiro de 2016, Requete n.º 62252/12, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo executivo – prazo razoável), violação.
- **Meggi Cala c. Portugal**, Acórdão de 2 de fevereiro de 2016, Requete n.º 24086/11, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo penal – acesso ao direito), violação; CEDH, art. 41.º, reparação razoável.
- **Soares de Melo c. Portugal**, Acórdão de 16 de fevereiro de 2016, Requete n.º 72850/14, CEDH, art. 8.º § 1 (Respeito pela vida familiar), violação; CEDH, art. 41.º, reparação razoável.
- **Pinto Coelho c. Portugal (n.º 2)**, Acórdão de 22 de março de 2016, Requete n.º 48718/11, CEDH, art. 10.º § 1 (Liberdade de expressão), violação; CEDH, art. 41.º, reparação razoável.
- **Sousa Goucha c. Portugal**, Acórdão de 22 de março de 2016, Requete n.º 70434/12, CEDH, art. 8.º § 1 (Respeito pela vida familiar), violação; CEDH, arts. 14.º e 8.º § 1 (Proibição de discriminação), não violação.
- **Pereira da Silva c. Portugal**, Acórdão de 22 de março de 2016, Requete n.º 77050/11, CEDH, art. 6.º § 1 (Procedimento administrativo – imparcialidade), violação; CEDH, art. 6.º § 1 (Procedimento administrativo – prazo razoável), não violação.
- **Aparecida de Oliveira Nabor c. Portugal**, Acórdão de 5 de abril de 2016, Requete n.º 28041/13, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação; CEDH, art. 13.º (Direito a um recurso efetivo), violação.
- **Cunha Martins da Silva Couto c. Portugal**, Acórdão de 26 de abril de 2016, Requetes n.ºs 69053/13, 69374/13, 69377/13, 71135/13 e 8088/14, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação; CEDH, art. 13.º (Direito a um recurso efetivo), violação.
- **Martins Sousa, e outros, c. Portugal**, Acórdão de 10 de maio de 2016, Requetes n.º 23741/13, 45190/13, 63611/13, 3157/14 e 28637/14, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação; CEDH, 13.º (Direito a um recurso efetivo), violação.
- **Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal**, Acórdão de 17 de maio de 2016, Requete n.º 4687/11, CEDH, art. 6.º § 1

(Processo civil equitativo), não violação; CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil equitativo), violação; CEDH, art. 6.º § 1 (Processo constitucional – imparcialidade), violação; CEDH, art. 6.º § 1 (Processo constitucional – acesso ao direito), não violação; CEDH, art. 6.º § 1 (Prazo razoável), violação.

- **Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal**, Acórdão de 21 de junho de 2016, Requetes n.ºs 55391/13, 57728/13 e 74041/13, CEDH, art. 6.º § 1 (Procedimento administrativo – imparcialidade), violação; CEDH, art. 41.º, reparação razoável.
- **Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos, e Figueiredo c. Portugal**, Acórdão de 21 de junho de 2016, Requetes n.ºs 9023/13 e 78077/13, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo equitativo), violação.
- **Soares c. Portugal**, Acórdão de 21 de junho de 2016, Requete n.º 79972/12, CEDH, art. 10.º § 1 (Liberdade de expressão), não violação.
- **Veiga da Silva Braga c. Portugal**, Acórdão de 26 de julho de 2016, Requete n.º 39507/13, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação.
- **Medipress -Sociedade Jornalística, Lda c. Portugal**, Acórdão de 30 de agosto de 2016, Requete n.º 55442/12, CEDH, art. 10.º (Liberdade de expressão), violação; CEDH, art. 41.º, reparação razoável.
- **Nunes Lucas Saraiva e Trigo Saraiva c. Portugal**, Acórdão de 4 de outubro de 2016, Requetes n.ºs 63582/13 e 18347/14, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação; CEDH, art. 13.º (Direito a um recurso efetivo), violação.
- **Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal**, Acórdão de 4 de outubro de 2016, Requete n.º 53139/11, CEDH, art. 10.º (Liberdade de expressão), violação.
- **Marques de Almeida e Gomes Abrunhosa Marques de Almeida c. Portugal**, Acórdão de 13 de dezembro de 2016, Requetes n.ºs 63595/13 e 34996/14, CEDH, art. 6.º § 1 (Processo civil – prazo razoável), violação; CEDH, art. 13.º (Direito a um recurso efetivo), violação.

3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça (Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 28 de julho de 2016, no processo C-660/13 – *Conselho da União Europeia – Comissão Europeia*)

Alexandra Pimenta, Luísa Medeiros e Miguel Figueiredo

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 28 de julho de 2016 (C-660/13)

- Tipo:** Recurso de anulação nos termos do artigo 263.º TFUE
- Partes:** Conselho da União Europeia – Comissão Europeia
- Objeto:** Anulação da Decisão C (2013) 6355 final da Comissão Europeia, de 3 de outubro de 2013, relativa à assinatura da Adenda ao Memorando de Entendimento sobre uma contribuição financeira da Confederação Suíça.
- Dispositivo:** A Decisão C (2013) 6355 final da Comissão Europeia, de 3 de outubro de 2013, relativa à assinatura da Adenda ao Memorando de Entendimento sobre uma contribuição financeira da Confederação Suíça é anulada. Os seus efeitos mantêm-se até à entrada em vigor, num prazo razoável, de uma nova decisão que a substitua.

O Conselho tem sempre de conceder uma autorização expressa para que a União proceda à abertura de negociações sobre um instrumento não vinculativo com um Estado terceiro, bem como é igualmente necessária, no final das negociações, uma decisão expressa do Conselho que autorize a assinatura do referido instrumento em nome da União.

(Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)

de 28 de julho de 2016, no processo C-660/13 – Conselho da União Europeia – Comissão Europeia)

I. Introdução

O Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre o litígio que deu origem ao acórdão em análise, proferido no processo C-660/13, de carácter institucional, pelo qual o Conselho da União Europeia pediu a anulação do ato através do qual a Comissão aprovou uma ação externa da União sob a forma de um acordo internacional não vinculativo com um Estado terceiro e autorizou a assinatura desse acordo.

Na sua petição, o Conselho argumenta que a Comissão excedeu os limites das competências que lhe são atribuídas pelos Tratados, em especial pelo artigo 17.º TUE, e usurpou as prerrogativas do Conselho previstas no artigo 16.º TUE em violação do princípio da atribuição de competências consagrado no artigo 13.º, n.º 2, TUE, bem como o princípio do equilíbrio institucional.

O presente Acórdão refere-se à competência do Conselho em geral. Por conseguinte, embora tenha sido proferido no contexto de um instrumento bilateral com um país terceiro assinado pela Comissão, aplica-se a instrumentos bilaterais e multilaterais não vinculativos, acordados com países terceiros e organizações internacionais, independentemente da questão de saber se a Comissão ou a Alta Representante representa a União nas negociações.

Aplica-se também a todos os instrumentos não vinculativos que, em virtude do seu conteúdo, envolvam a União, independentemente da questão de saber se esses instrumentos são apresentados como tendo sido celebrados pela União ou por uma instituição ou serviço.

II. Os factos

A Confederação Suíça celebrou vários acordos bilaterais com a União Europeia e com os seus Estados-Membros por forma a estabelecer uma relação de livre acesso ao mercado interno após a sua decisão de não adesão ao Acordo sobre o Espaço Económico Europeu em 1992.

Em abril de 2003, deu-se início às negociações para a formalização das adaptações necessárias ao Acordo tendo em conta o alargamento da União em maio de 2004.

O Conselho autorizou então a Comissão a negociar também um acordo relativo a uma contribuição financeira para a coesão económica e social numa União alargada.

No âmbito de tais negociações, a Confederação Suíça havia indicado que, em razão de limitações que lhe diziam respeito, a contribuição financeira em questão não poderia ser objeto de um acordo vinculativo. Por esta razão optou-se por elaborar um Memorando de Entendimento que seria posteriormente operacionalizado através de acordos bilaterais com cada Estado-Membro beneficiário.

Por forma a adaptar a contribuição financeira suíça à adesão da República da Bulgária e da Roménia à União Europeia, as partes no Acordo assinaram, em junho de 2008, uma Adenda ao Memorando de entendimento.

Posteriormente, no âmbito da adesão da República da Croácia, o Conselho e os Representantes dos Governos dos Estados-Membros – numa decisão política do Conselho – convidaram a Comissão, em dezembro de 2012, para, em estreita colaboração com a Presidência do Conselho, encetar as negociações necessárias com o Conselho Federal suíço com vista à obtenção de uma contribuição financeira suíça a favor da República da Croácia.

A 3 de outubro de 2013, a Comissão adotou a Decisão C (2013) 6355 final da Comissão Europeia, de 3 de outubro de 2013, relativa à assinatura da Adenda ao Memorando de Entendimento sobre uma contribuição financeira da Confederação Suíça, a qual foi impugnada pelo Conselho no âmbito do processo em análise (e deu origem ao processo em análise). Esta decisão compreende oito considerandos, um artigo único e um anexo que contém uma nova Adenda, a “Adenda de 2013”.

O artigo único prevê que a Comissão aprova a Adenda de 2013 e que a Comissão autoriza o seu vice-presidente responsável pelas relações externas bem como o seu comissário responsável pela política regional a assinar a referida Adenda em nome da União.

O Grupo de Trabalho Associação Europeia de Comércio Livre (Grupo de Trabalho EFTA) que sempre acompanhou este processo negocial, foi sede, em outubro de 2013, de uma manifestação de oposição por parte dos Estados-Membros que contestavam a decisão de a Comissão assinar uma Adenda sem autorização prévia do Conselho, ignorando/violando assim as competências dos Estados-Membros a este respeito.

A 7 de novembro de 2013, o vice-presidente da Comissão responsável pelas relações externas e o comissário responsável pela política regional assinaram a Adenda de 2013 em nome da União. A 19 de novembro de 2013, o Conselho e os representantes dos Governos dos Estados-Membros mandataram a Comissão para exercer as suas funções de coordenação e supervisão. No dia 9 de dezembro de 2013, o Conselho adotou uma posição na qual expressava o seu desacordo pelo modo como a Comissão havia atuado. O acordo bilateral entre a Confederação Suíça e a República da Croácia para a redução das disparidades económicas e sociais na União Europeia alargada foi assinado a 30 de junho de 2015.

III. A questão submetida ao Tribunal de Justiça da União Europeia

a) Pedido

A decisão de 3 de outubro de 2013, aqui “decisão impugnada”, foi aprovada pela Comissão sem autorização prévia do Conselho para o efeito.

O Conselho vem, em consequência, pedir a anulação de tal decisão impugnada (sendo este pedido acompanhado da manutenção dos efeitos de tal decisão até à sua substituição).

Para este fim, o Conselho invoca dois fundamentos:

- a) a violação do princípio da atribuição de competências (artigo 13.º n.º 2 TUE) e, logo, do princípio da equilíbrio institucional;
- b) a violação do princípio da cooperação leal (artigo 13.º n.º 2 TUE).

Embora peça a anulação da decisão impugnada, o Conselho pede, da mesma forma, ao Tribunal de Justiça que mantenha os efeitos dessa decisão até à sua substituição.

A Comissão, por seu lado, pede o não provimento do recurso alegando que a decisão impugnada foi adotada no total respeito pelos limites e competências de cada instituição, tendo sempre respeitado o princípio da cooperação leal.

b) Admissibilidade

Embora não tenham sido suscitadas objeções à admissibilidade da fiscalização pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos termos do artigo 263.º TFUE, podemos concluir, acompanhando as Conclusões da Advogada-geral, Eleanor Sharpston, que o TJUE é competente para apreciar oficiosamente se o recurso é admissível, o que se justifica até por se considerar que o exame da admissibilidade precede logicamente o exame do mérito de cada fundamento.

Ora, a decisão impugnada, contendo a referida Adenda de 2013, não é desprovida da possibilidade de produção de efeitos jurídicos. Na verdade, esta Adenda fazia parte, como se viu, de um compromisso conducente à celebração de acordos setoriais vinculativos entre a União e a Suíça e estabelecia os parâmetros dos acordos bilaterais juridicamente vinculativos a celebrar entre a Suíça e cada Estado-Membro beneficiário. Ou seja, com base na Adenda de 2013, um Estado terceiro deu início a um processo parlamentar para encetar negociações com um Estado-Membro sobre um acordo vinculativo. Por força da assinatura autorizada pela Comissão, a União ficou assim vinculada pelas consequências associadas pelo direito internacional a essa assinatura e às relações entre as partes de um acordo não vinculativo.

Por outro lado, a decisão impugnada e a Adenda produzem efeitos jurídicos em relação a outras instituições da União e aos Estados-Membros (embora o Conselho não se pronuncie sobre este ponto). Tendo em conta que a União iria assinar um acordo com um Estado terceiro, a necessidade de garantir a unidade da representação externa da União e o princípio da cooperação leal aplicado à relação entre os Estados Membros e a União e entre as instituições da União geravam para as instituições da União e para os Estados-Membros a obrigação de cooperarem para atingir os objetivos da União, de não prejudicarem essa ação e de assegurarem a coerência entre as diferentes políticas da União.

Por estas razões considerou a Advogada Geral que o recurso interposto teria por objeto um ato suscetível de fiscalização ao abrigo do artigo 263.º TFUE.

c) Argumentos

Conselho

O Conselho afirma que a adoção da decisão impugnada e a assinatura da Adenda de 2013, pela Comissão, sem autorização prévia do Conselho, constituem uma violação do princípio da atribuição de competências e, por conseguinte, do princípio do equilíbrio institucional.

O Memorando de Entendimento que prevê a contribuição financeira suíça e as adendas ao mesmo são acordos não vinculativos. Constituem antes um compromisso político entre as partes.

Não há assim um procedimento formal a seguir e não se pode dizer que há violação do artigo 218.º do TFUE que estabelece o procedimento a seguir na negociação e celebração de acordos entre a União e países terceiros. No entanto, esta disposição continua a ser importante porque reflete a repartição geral de competências entre as instituições nos termos estabelecidos pelos artigos 16.º e 17.º do TUE.

Assim, o Conselho alega que o facto de um ato ser desprovido de força obrigatória não basta para investir a Comissão na competência para a sua adoção. Ou seja, ainda que não vinculativo, a Comissão não dispunha de competência para o assinar sem autorização prévia do Conselho. Atuando como atuou, a Comissão tinha-se concedido o poder de decisão sobre a política da União e violado o princípio da atribuição de competências enunciado no artigo 13.º n.º 2 e por conseguinte, o princípio do equilíbrio institucional.

Com tal atuação, a Comissão definia a política da União.

Comissão

A Comissão partilha da posição de que não se trata aqui de um instrumento vinculativo e que por isso não se aplica o artigo 218.º TFUE de modo que o princípio da atribuição de competências, estabelecido pelos artigos 13.º n.º 2, 16.º n.º 1 e 17.º n.º 1 do TUE, deve ser respeitado.

O desacordo interinstitucional respeita, desta forma, apenas ao procedimento a seguir para a aprovação e a assinatura de tais instrumentos.

De acordo com a Comissão, face ao disposto no artigo 16.º n.º 1 TUE, incumbe, de facto, ao Conselho definir a política da União

e assegurar a coerência da ação externa da União, competindo à Comissão executar tal política e assegurar a representação externa da União. Considera ainda a Comissão que o artigo 17.º n.º 1 TUE lhe confere uma certa autonomia para o exercício de tais competências. De facto, a Comissão é de opinião de que tal artigo a habilita diretamente a executar a política da União e a assinar instrumentos não vinculativos de natureza política em nome da União desde que reflitam uma posição definida pelo Conselho sem que seja necessária uma autorização prévia deste.

Além disso, a assinatura de um instrumento como a Adenda de 2013 constitui um ato de representação externa, na aceção do artigo 17.º n.º 1 TUE, no âmbito de uma posição política previamente fixada pelo Conselho. Para a Comissão, o Conselho havia já formalizado uma posição política nos termos da qual a contribuição financeira suíça a favor da República da Croácia devia corresponder aos mesmos cálculos que os utilizados e acordados no Memorando de Entendimento e na Adenda de 2008. Nem o Conselho vem alegar o contrário. E, de facto, o Conselho não suscita qualquer objecção no que se refere ao resultado das negociações com a Confederação Suíça nem ao mérito da decisão impugnada, sendo as suas objecções de natureza puramente processual. Neste contexto, para a Comissão, a assinatura da Adenda de 2013 faz parte das suas funções de execução de tal política.

Apreciação do Tribunal

Os Tratados criaram um sistema de repartição de competências entre as diferentes instituições da União. Este sistema atribui a cada instituição a sua própria missão na estrutura institucional da União e na realização das tarefas que a esta são confiadas.

Neste sentido, o artigo 13.º n.º 2, TUE estabelece, como vimos acima, que cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem. É no que se traduz o princípio do equilíbrio institucional, característica da estrutura institucional da União, que implica que cada uma das instituições exerça as suas competências com respeito pelas das outras.

Assim, no que se refere aos poderes do Conselho, o artigo 16.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, dispõe que este exerce funções de definição das políticas e de coordenação em conformidade com as

condições estabelecidas nos Tratados. No que toca, em especial, à ação externa da União, o artigo 16.º, n.º 6, terceiro parágrafo, TUE, dispõe que o Conselho dos Negócios Estrangeiros elabora a ação externa da União, de acordo com as linhas estratégicas fixadas pelo Conselho Europeu e assegura a coerência da ação da União.

Já no que se refere aos poderes da Comissão, o artigo 17.º n.º1, primeiro, quinto e sexto parágrafos TUE, prevê que esta promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para este efeito, exercendo funções de coordenação, execução e gestão e assegura a representação externa da União, com exceção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos nos Tratados.

Não obstante, o TJUE considera que o mero facto de a Comissão dispor de um poder de representação externa da União não basta para responder à questão de saber se o respeito pelo princípio da atribuição de competências exigiria que a assinatura da Adenda de 2013 fosse previamente autorizada pelo Conselho.

O Conselho autorizou, em 2012, a Comissão a encetar as discussões necessárias mas já não a assinar o resultado de tais negociações. Na verdade, a Comissão não apresenta qualquer documento que permita considerar que o Conselho lhe teria concedido tal poder de assinatura. Assim sendo, a Comissão não se pode considerar habilitada, ao abrigo do seu poder de representação externa, a assinar tal acordo com um país terceiro. Com efeito, a decisão relativa à assinatura de um acordo com um país terceiro respeitante a um domínio de competências da União, quer esse acordo seja vinculativo ou não, implica apreciar, no respeito das linhas estratégicas fixadas pelo Conselho bem como dos princípios e pelos objetivos da ação externa da União enunciados no artigo 21.º n.º 1 e 2 TUE, os interesses da União no âmbito das relações com país terceiro em causa e promover a conciliação entre os interesses divergentes dessas relações.

O facto de o Conselho já ter feito uma apreciação dos interesses da União quando da adoção da decisão relativa à abertura das negociações que conduziram à elaboração de um acordo não vinculativo não é suscetível de pôr em causa esta apreciação.

Isto porque a assinatura de um acordo não vinculativo pressupõe a apreciação, por parte da União, da questão de saber se esse acordo ainda corresponde ao seu interesse, tal como definido pelo

Conselho. Tal apreciação exige uma verificação, nomeadamente do conteúdo concreto do acordo, conteúdo esse que não pode ser nem preestabelecido nem previsto quando da decisão de encetar as negociações. Desta forma, o mero facto de o conteúdo do acordo não vinculativo negociado pela Comissão com um país terceiro corresponder ao mandato de negociação conferido pelo Conselho não é suficiente para investir a Comissão no poder de assinar esse ato sem autorização prévia do Conselho, com o fundamento de que está coberta por uma posição preestabelecido por este último.

Na verdade, os elementos constantes da Adenda relativos ao próprio montante da referida contribuição e sua duração constituem elementos essenciais da definição da política da União no contexto da adaptação da contribuição financeira suíça em razão do acesso da Confederação suíça a um mercado interno alargado na sequência da adesão da República da Croácia à União.

Por esta razão o Tribunal considera que a assinatura pela Comissão, em nome da União, da Adenda de 2013 carecia de autorização prévia do Conselho. Assim, ao assinar a Adenda de 2013 em nome da União sem autorização prévia do Conselho, a Comissão violou o princípio da atribuição de competências, e, em consequência, o princípio do equilíbrio institucional.

Tendo chegado a esta conclusão, o Tribunal decide pela anulação da decisão impugnada sem necessidade de apreciação do segundo fundamento, relativo à violação do princípio da cooperação leal, invocado pelo Conselho

No que respeita ao pedido de manutenção dos efeitos da decisão impugnada, o Tribunal não teve dúvida, tendo em conta jurisprudência na matéria, que motivos de segurança jurídica aconselham a manutenção nomeadamente quando os efeitos imediatos da sua anulação originariam consequência negativas graves para as pessoas em causa e a legalidade do ato impugnado não é contestada devido à finalidade mas somente por motivo de falta de competência do seu autor ou violação de formalidades especiais.

Assim, decidiu o Tribunal exercer o poder que o artigo 264.º, segundo parágrafo, lhe confere e manter os efeitos da decisão impugnada até à entrada em vigor, num prazo razoável, de uma nova decisão que a substitua.

IV. A Decisão do TJUE

O Tribunal de Justiça anulou a decisão da Comissão, mantendo os efeitos da mesma até nova decisão que a substitua. Desta forma, deu provimento à argumentação do Conselho, considerando que a decisão anulada excedeu os limites das atribuições da Comissão, em violação do disposto no artigo 13.º n.º 2 do TUE.

V. Conclusão

A decisão de assinar um instrumento, ainda que não vinculativo, no âmbito da representação externa da União exige que o Conselho aprecie os interesses da União no conjunto das suas relações com o terceiro em causa, em conformidade com as orientações estratégicas definidas pelo Conselho Europeu e com os princípios e objetivos de ação externa da União.

Na verdade, a definição de tais políticas exige que o Conselho avalie se o instrumento acordado continua a refletir os interesses da União, com base no texto do instrumento não vinculativo resultante das negociações. Neste sentido, não basta que o conteúdo do instrumento resulte de negociações a que corresponde um mandato de negociação já dado pelo Conselho. Porque uma autorização para negociar não pode ser entendida como uma autorização para assinar. Este raciocínio aplica-se *a fortiori* se o conteúdo do ato corresponder alegadamente a outras posições políticas previamente definidas pelo Conselho em contextos diferentes.

Ou seja, o TJUE confirma que, no âmbito da sua competência em matéria de definição de políticas, o Conselho tem sempre de conceder uma autorização expressa para que a União proceda à abertura de negociações sobre um instrumento não vinculativo com um terceiro, mesmo que tal instrumento reflita políticas já estabelecidas na União. É igualmente necessária, no final das negociações, uma decisão expressa do Conselho que autorize a assinatura do referido instrumento em nome da União.

Nesta matéria, o Tratado de Lisboa veio introduzir no Tratado da União Europeia, nos artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, TUE, e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos artigos 2.º a 6.º TFUE, um conjunto de novas disposições sobre competências da União e critérios de repartição de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros.

O método seguido no Tratado de Lisboa resulta da conjugação de duas abordagens diferentes, ou seja, por um lado, a codificação, pelo menos

em parte, da jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Justiça, sobretudo no que se refere à competência de vinculação internacional e aos fundamentos jurídicos da competência exclusiva da União, por outro lado, a afirmação da natureza limitada e atribuída da competência da União.

Assim se compreende a consagração expressa do princípio da competência por atribuição em duas disposições do TUE (artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.ºs 1 e 2), a definição do regime jurídico aplicável às diferentes modalidades da competência (artigo 2.º TFUE) e a determinação das categorias de matérias abrangidas pela competência exclusiva (artigo 3.º TFUE), pela competência partilhada (artigo 4.º TFUE) e pela competência de mera coordenação (artigo 6.º TFUE).

Após o Tratado de Lisboa, não podem ser ignoradas as consequências jurídicas do princípio geral da competência por atribuição e o condicionamento resultante das disposições específicas dos artigos 3.º, 4.º e 5.º TFUE. Embora o Tratado tenha tido o objetivo de clarificar o sistema, reforçar a segurança jurídica e imprimir maior previsibilidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem tido um papel decisivo na definição da competência externa da União para a celebração de acordos internacionais. E, entre decisões mais ou menos ambiciosas, a jurisprudência tem fornecido algumas pistas úteis para os processos negociais em curso incluindo, como no caso em apreço, para avaliar a competência para a ação externa da União no caso de um acordo internacional não vinculativo com um Estado terceiro.

No âmbito desta matéria o Tribunal de Justiça já tinha proferido o acórdão de 9 de agosto de 1994, França/Comissão, C-327/91, num processo que tinha por objeto a anulação de um acordo celebrado entre a Comissão das Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à aplicação do direito da concorrência. O TJUE declarou que a Comissão não tinha competência para adotar o ato impugnado, na medida em que, reconhecendo embora competência à Comissão, no plano interno, para adotar decisões individuais de aplicação das regras de concorrência, tal competência interna não é suscetível de alterar a repartição de competências entre as instituições comunitárias em matéria de conclusão de acordos internacionais, repartição essa, fixada, à época, pelo artigo 228.º do Tratado CEE.

Posteriormente, no processo C-233/02, que igualmente opunha a França contra a Comissão, o TJUE, no seu acórdão de 23 de março de 2004, estando em causa a questão da natureza juridicamente vinculativa de determinadas *Orientações* adotadas pela Comissão, esclareceu que o

facto de o ato não ter efeitos vinculativos não é suficiente para conferir competência à Comissão para a sua adoção. Como prossegue o acórdão, a determinação das condições em que pode ocorrer a adoção de um ato desse tipo exige que se tenham devidamente em conta a repartição de competências e o equilíbrio institucional estabelecidos pelo Tratado em cada domínio.

Em sentido oposto, no processo C-73/14, num litígio em que o Conselho pede a anulação de uma decisão da Comissão por considerar que esta, ao representar a União perante o Tribunal Internacional do Direito do Mar e aí apresentar observações escritas em nome da União sem consulta nem mandato aprovado pelo Conselho, que apenas foi informado, violou, com a sua atuação, o artigo 13.º n.º 2 TUE, desrespeitando o princípio da atribuição de competências e o princípio do equilíbrio institucional, e, em consequência, o princípio da cooperação leal, o TJUE concluiu pela não violação de tais princípios por ter entendido que a atuação da Comissão não configurou o exercício de uma função de definição de uma política na aceção do artigo 16.º n.º 1 TUE.

Com a presente decisão, o TJUE vem assim dar um novo contributo no que toca à repartição das competências entre as instituições e, mais concretamente, no sentido de esclarecer a diferenciação de tais competências em matéria de política externa da União.

Reconhece-se que esta apreciação parte sempre da verificação do conteúdo concreto da matéria em causa que a necessidade de aprovação pelo Conselho deve ser salvaguardada pela existência de uma estreita cooperação no seio da União pois só assim a União Europeia assegura a plena atuação na política externa.

Com este acórdão o TJUE deixa claro que a Comissão não poderá assinar um acordo internacional em nome da União sem autorização expressa do Conselho ainda que esse acordo não seja vinculativo.

4. 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 quinto ano consecutivo, uma secção de anotações a 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 prejudiciais¹⁷⁶. A obra teve seguimento nos Anuários relativos aos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014/2015. 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 quatro reenvios prejudiciais e duas ações por incumprimento objeto de decisão pelo Tribunal de Justiça em 2016. Os casos foram escolhidos com base na importância das questões jurídicas discutidas, que incidem sobre temas de direito do ambiente, direito da contratação pública 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.

¹⁷⁶ 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.

Por último, deixo uma palavra de agradecimento aos anotadores, não só por terem aceite 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, 28 de maio de 2017

B. Anotadores

Gustavo Gramaxo Rozeira

João Sérgio Ribeiro

Manuel Teixeira Fernandes

Miguel Mota Delgado

Ricardo Pedro

Tânia Carvalhais Pereira

Tiago de Melo Cartaxo

C. Decisões anotadas

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 15 de setembro de 2016

Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA

c. Autoridade Tributária e Aduaneira

(C-516/14)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 13 de julho de 2016

Brisal – Auto estradas do Litoral, SA e KBC Finance Ireland

c. Fazenda Pública

(C-18/15)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 7 de julho de 2016

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA

c. AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(C-46/15)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção) de 16 de junho de 2016

Comissão Europeia c. República Portuguesa

(C-200/15)

Despacho do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 7 de junho de 2016

Município de Vila Pouca de Aguiar c. Sá Machado & Filhos, SA

(C-214/15)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 22 de junho de 2016

Comissão Europeia c. República Portuguesa

(C-557/14)

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção),
de 15 de setembro de 2016**

(C-516/14)

Tipo: reenvio prejudicial do Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD).

Partes: Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira

Objeto: interpretação do artigo 178.º, alínea a), e do artigo 226.º, n.º 6, da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

Dispositivo: i) o artigo 226.º da Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, deve ser interpretado no sentido de que faturas que só contenham a menção «serviços jurídicos prestados desde determinada data até ao presente», como as que estão em causa no processo principal, não respeitam, em princípio, as exigências previstas no n.º 6 deste artigo e que faturas que só contenham a menção «serviços jurídicos prestados até ao presente» não respeitam, em princípio, as exigências previstas no referido n.º 6 nem as exigências previstas no n.º 7 do mesmo artigo, o que cabe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar; ii) o artigo 178.º, alínea a), da Diretiva 2006/112 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que as autoridades tributárias nacionais possam recusar o direito a dedução do imposto sobre o valor acrescentado pelo simples facto de o sujeito passivo possuir uma fatura que não cumpre os requisitos exigidos pelo artigo 226.º, n.os 6 e 7, desta diretiva, quando essas autoridades dispõem de todas as informações necessárias para verificar se os requisitos substantivos relativos ao exercício desse direito se encontram satisfeitos.

**i. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)
de 15 de setembro de 2016, *Barlis 06 – Investimentos Imobiliários
e Turísticos SA* contra *Autoridade Tributária e Aduaneira*,
proc. C-516/14, ECLI:EU:C:2016:690**

**Da perda do direito à dedução em IVA
em virtude da incompletude das faturas apresentadas**

Gustavo Gramaxo Rozeira

I. O litígio e a questão prejudicial

O acórdão proferido no caso *Barlis 06* tem por objeto a interpretação da denominada Diretiva IVA¹⁷⁷ no que concerne, mais especificamente, ao exercício do direito de dedução do imposto suportado a montante na cadeia de operações económicas.

Em síntese, a sociedade *Barlis*, que tinha por atividade a exploração de atividades de hotelaria, recorreu no período compreendido entre 2008 e 2010 a serviços jurídicos prestados por uma sociedade de advogados, que vieram a ser faturados por intermédio de quatro faturas das quais constavam apenas, como descritivo dos serviços prestados à *Barlis*, referências como “honorários por serviços jurídicos prestados entre [determinada data] até à presente data” ou, no caso de uma dessas faturas, “honorários por serviços jurídicos prestados até à presente data.”

Em todas essas quatro faturas foi liquidado IVA, suportado pela *Barlis*, e em relação ao qual esta exerceu o seu direito à dedução. Tendo sido apresentado um pedido de reembolso de IVA por este sujeito passivo, a administração fiscal determinou a realização de uma inspeção tributária relativa aos exercícios de 2008 a 2011.

Na sequência dessa ação inspetiva, a administração fiscal elaborou um projeto de relatório inspetivo no qual se concluía pela não dedutibilidade do IVA liquidado em tais faturas em virtude da incompletude dos descritivos delas constantes e, em consequência, se propunha a realização de correções à matéria coletável de IVA no montante total de €8.689,49.

¹⁷⁷ Diretiva n.º 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, publicada no *Jornal Oficial* n.º L 347, de 11 de dezembro de 2006, pp. 1-118, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado. Esta Diretiva foi subsequentemente retificada e alterada várias vezes por intermédio de diversos instrumentos normativos. A versão consolidada (sem caráter oficial) mais recente encontra-se disponível em <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/112/2016-06-01>.

Ainda durante a fase inspetiva, e no quadro do exercício do seu direito de participação procedimental, a *Barlis* procedeu à apresentação de documentos que continham uma discriminação mais detalhada dos serviços jurídicos a que se referiam tais faturas.

Não obstante, o projeto de decisão decorrente da ação inspetiva foi mantido. Para a administração fiscal a incompletude das faturas não poderia ser suprida pela apresentação dos documentos entretanto juntos pela *Barlis*: tal só poderia suceder se esses documentos cobrassem a natureza de “documentos equivalentes” a faturas dos quais deveriam, por seu turno, constar todos os elementos exigidos pela redação então em vigor do art. 36.º, n.º 5, do Código do IVA.

A *Barlis* interpôs seguidamente uma reclamação graciosa que veio a ser indeferida com expressa invocação do n.º 6 do artigo 226.º da Diretiva IVA. Subsequentemente, a *Barlis* requereu acerca desse litígio uma pronúncia arbitral no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), no seio do qual veio a ser constituído um tribunal arbitral singular.

Conhecendo do litígio, o tribunal arbitral tributário constituído no seio do CAAD começou por constatar que a interpretação da legislação nacional em matéria de requisitos que devem constar das faturas emitidas para efeitos de IVA deve ser conforme ao disposto no art. 226.º da Diretiva IVA – que regula, precisamente, tais requisitos¹⁷⁸ –, em consequência do que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: “A correta interpretação do artigo 226.º, n.º 6, da Diretiva IVA permite à Autoridade Tributária e Aduaneira considerar insuficiente o descritivo de fatura que contenha a menção ‘serviços jurídicos prestados desde determinada data até ao presente’ ou apenas ‘serviços jurídicos prestados até ao presente’, tendo presente que esta Autoridade pode, ao abrigo do princípio da colaboração, obter os elementos complementares de informação que entender necessários para confirmação da existência e das características detalhadas das operações?”

II. Apreciação crítica do Acórdão

II.1. A apreciação deste Acórdão suscita três questões diversas. Duas delas coincidem com a própria metodologia com que o Tribunal de Justiça aborda a questão prejudicial que lhe foi submetida. Na verdade, e

¹⁷⁸ Neste preceito dispõe-se que entre “as únicas menções que devem obrigatoriamente figurar, para efeitos do IVA, nas faturas emitidas” se incluem “a extensão e natureza dos serviços prestados” (item 6) e “[a] data em que foi efetuada, ou concluída, [...] a prestação de serviços” (item 7).

diferentemente da formulação algo equívoca dada pelo órgão de reenvio, é distinta a questão de saber quais os requisitos a que têm de obedecer as faturas emitidas para efeitos de IVA e, a jusante dessa, a questão de saber quais as consequências da inobservância desses requisitos. O Tribunal faz, acertadamente, essa distinção, não deixando de notar, como se verá melhor adiante, que a irregularidade formal das faturas não conduz necessariamente à sua imprestabilidade para efeitos de dedução do IVA suportado.

Preliminarmente, porém, este Acórdão suscita uma outra questão que contende com a própria admissibilidade da questão prejudicial colocada ao Tribunal de Justiça, em virtude da peculiar e especialíssima natureza jurídica do órgão de reenvio.

II.2. O Acórdão aceita, sem qualquer considerando preliminar ou ponderação, a admissibilidade da questão prejudicial que lhe é colocada por um tribunal arbitral tributário constituído no seio do CAAD. É certo que essa questão já havia sido ponderada e decidida, pela positiva, no Acórdão *Ascendi*¹⁷⁹ e subsequentemente reiterada no Acórdão *Lisboagás*¹⁸⁰. Esta é, por conseguinte, a terceira vez em que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se acerca de questões prejudiciais colocadas por tribunais arbitrais tributários constituídos no CAAD. E é também a terceira vez que o Tribunal considera tais questões como admissíveis.

É pois possível concluir-se que, com este Acórdão, se firmou definitivamente no Tribunal de Justiça uma jurisprudência constante e consolidada no sentido de configurar os tribunais arbitrais tributários constituídos no seio do CAAD como “órgãos jurisdicionais” para efeitos de aplicação do art. 267.º do TFUE.

Como o Tribunal o vem entendendo de forma reiterada, o conceito de “órgão jurisdicional” é um conceito puramente de direito europeu¹⁸¹, sendo para isso irrelevantes as qualificações decorrentes do direito nacional. Para a caracterização desse conceito o Tribunal tem-se socorrido de indícios que demonstrem a natureza jurisdicional de um organismo de

179 Acórdão 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, ECLI:EU:C:2014:1754.

180 Acórdão de 11 de junho de 2015, *Lisboagás GDL – Sociedade Distribuidora de Gás Natural de Lisboa, SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-256/14, ECLI:EU:C:2015:387.

181 Nesse sentido, cfr. João Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, 2.ª ed., Fund. Calouste Gulbenkian, 2001, p. 406; Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia – O Caso Português*, Coimbra Ed., 2013, p. 64; Maria José Rangel de Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia – Lições*, Almedina, 2013, p. 127.

direito interno. Entre outros indícios que a jurisprudência tem vindo a fixar pode encontrar-se a natureza permanente do organismo, o carácter vinculativo das decisões que profere, a forma adversarial do seu procedimento decisório e a sua independência¹⁸².

É bastante duvidoso – para não dizer inequivocamente certo – que os tribunais arbitrais tributários criados no seio do CAAD satisfaçam os apertados critérios que a jurisprudência do Luxemburgo definiu para o preenchimento do conceito de “órgão jurisdicional”.

Com efeito, não se duvida que os tribunais arbitrais tributários foram institucionalizados por um diploma legislativo adotado pelo Governo na sequência de uma prévia autorização legislativa parlamentar¹⁸³, mas dificilmente se pode vislumbrar neles o requisito da vinculatividade. Os tribunais arbitrais constituídos no seio do CAAD são, na verdade, tribunais arbitrais voluntários. Nenhuma das partes – nem o contribuinte, nem a administração fiscal – está necessariamente submetida à jurisdição da arbitragem tributária no CAAD. O contribuinte tem sempre a opção de decidir qual o *forum* onde pretende vir dirimido o seu litígio fiscal, optando entre a alternativa da jurisdição arbitral do CAAD ou do tribunal tributário estadual. Mas daí não decorre que a administração fiscal esteja vinculada a sujeitar-se à opção do contribuinte demandante. Na verdade, a vinculação da administração faz-se por via de uma declaração de vontade, expressa através de uma portaria do ministro das finanças,¹⁸⁴ que cobra assim uma natureza assimilada à de uma cláusula compromissória de aceitação da jurisdição de um centro de arbitragem. Da mesma forma que a administração fiscal aceitou vincular-se, por via de uma portaria, à jurisdição arbitral dos tribunais constituídos no seio do CAAD, também por via de uma portaria de sentido inverso pode o ministro das finanças, a qualquer altura, retirar essa aceitação. Daqui se vê, portanto, que a *vinculatividade* destes tribunais arbitrais tributários é muito ténue e, sobretudo, que ela não decorre diretamente (ou necessariamente) da lei,

182 Assim, cfr., por todos, Acórdão de 31 de maio de 2005, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) et alli c. GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE.*, C-53/03, EU:C:2005:333, § 29; Acórdão de 31 de janeiro de 2013, *Valeri Hariev Belov c. CHEZ Elektro Bulgaria AD et alli*, C-394/11, EU:C:2013:48, n.ºs 38-39.

183 Trata-se do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, denominado como “Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária” (doravante abreviadamente referido por RJAMT). A autorização legislativa foi concedida pela Assembleia da República no art. 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril.

184 No caso, a Administração Tributária e Aduaneira vinculou-se à jurisdição dos tribunais arbitrais a constituir nos termos do RJAMT ocorreu por força da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março. Esta vinculação, porém, não é total. Dela foram expressamente excluídos litígios relativos a tributos extrafiscais (art. 1.º) e a certas categorias de pretensões (art. 2.º), bem como os litígios de valor igual ou superior a 10 milhões de euros (art. 3.º).

mas antes da vontade das partes litigantes – da vontade da administração fiscal, ao aceitar por via de uma portaria ministerial submeter-se à sua jurisdição¹⁸⁵; da vontade dos contribuintes quando optam pela alternativa de submeter a apreciação dos seus litígios a um tribunal a constituir no seio do CAAD. Não se coloca em causa que, uma vez desencadeada uma arbitragem tributária, as decisões que nela vierem a ser proferidas pelo tribunal tributário são vinculativas para todas as partes nos mesmos termos em que o seriam decisões análogas proferidas por um tribunal estadual. Coloca-se em causa, isso sim, que os tribunais a constituir no seio do CAAD representem uma jurisdição vinculativa e obrigatória para as partes – para qualquer das partes¹⁸⁶.

Também se afigura que só muito dificilmente se conseguirá descortinar nos tribunais tributários constituídos no seio do CAAD o preenchimento do requisito da permanência. Com efeito, cada tribunal tributário é expressamente constituído para o julgamento de um específico e determinado processo. Concluído o julgamento da causa, o RJAMT, de modo aliás assaz impressionante, determina que “considera-se o tribunal arbitral dissolvido” após a notificação às partes da decisão arbitral e do subsequente arquivamento do processo¹⁸⁷.

É certo que o CAAD, enquanto *centro de arbitragem*, tem uma existência permanente. Mas dificilmente se poderá aceitar a qualificação do CAAD como um tribunal¹⁸⁸: este centro não dirime litígios – essa

185 Nesse sentido, cfr. Jorge Lopes de Sousa, “Comentários ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária” in Nuno Villa-Lobos e Mónica Brito Vieira (coord.), *Guia da Arbitragem Tributária*, Almedina, 2013, pp. 154-155, para quem, de resto, “[s]ó na medida desta vinculação é que se pode falar de um direito potestativo dos contribuintes em utilizarem a arbitragem tributária.”

186 O requisito do caráter obrigatório foi primeiramente consagrado no Acórdão de 30 de junho de 1966, *G. Vaassen-Göbbels c. Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, ECLI:EU:C:1966:39.

187 Art. 21.º do RJAMT. Alguma doutrina tem vindo a propugnar uma construção segundo a qual estes tribunais, depois de dissolvidos, podem ser reconstituídos quando se torne necessário proferir certas decisões no âmbito de recursos de constitucionalidade interpostos das suas decisões (nesse sentido, cfr. Carla Castelo Trindade, *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária – Anotado*, Almedina, 2016, pp. 440-443). Mesmo em tais casos, porém, a reconstituição do tribunal arbitral faz-se para permitir a prática de determinados atos processuais nesses mesmos processos.

188 O CAAD na realidade é uma associação de direito privado constituída ao abrigo do direito civil de associação através de escritura pública notarial, na qual outorgaram como associados fundadores a Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais e a Confederação de Comércio e Serviços de Portugal – CCP (art. 4.º, n.º 1, dos Estatutos do CAAD). Subsequentemente vieram a aderir como associados do CAAD várias outras associações sindicais. Nem o Estado, nem qualquer outra entidade de direito público, são associados do CAAD. Porém, o Tribunal de Justiça já admitiu uma questão prejudicial proveniente de um tribunal arbitral com origem numa associação de direito privado – cfr. Acórdão de 6 de outubro de 1981, *Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, ECLI:EU:C:1981:218, §§ 15-16. Esta decisão, no entanto, assentou na peculiaridade do sistema de justiça neerlandês no âmbito dos litígios que aí estavam em causa, já que os interessados não dispunham de qualquer outra alternativa contenciosa à jurisdição arbitral.

tarefa cabe a cada um dos tribunais tributais arbitrais constituídos no seu seio para o julgamento de processos determinados e específicos. No processo *Ascendi* o advogado-geral Maciej Szpunar pronunciou-se acerca do preenchimento do requisito da permanência – num parecer que viria a ser acolhido pelo Tribunal – no sentido de que “não há que abordar esta questão do ponto de vista das diferentes formações que decidem em processos concretos, mas do ponto de vista sistemático” para concluir que embora a jurisdição tributária arbitral portuguesa funcione “sob a forma de formações de julgamento efêmeras cuja atividade termina ao mesmo tempo que o processo para a resolução do qual foram designadas – no seu todo tem caráter permanente”¹⁸⁹. Esta conclusão – que, para alguns, corresponde ao “esvaziamento da autonomia do critério da permanência” como pressuposto da competência do Tribunal¹⁹⁰ – ignora por completo a circunstância de o CAAD ser uma associação de direito privado e não ter – nem poderia ter – entre o seu objeto social o exercício de atribuições materialmente jurisdicionais. Essas atribuições são exercidas pelos concretos tribunais arbitrais tributários constituídos *ad hoc* para cada específico e determinado processo, dissolvendo-se imediatamente de seguida à notificação do arquivamento do processo. E em relação a estes é inequívoca a sua falta de permanência. Levada às suas naturais consequências, esta posição jurisprudencial implicaria reconhecer o caráter de permanência a todos os tribunais arbitrais voluntários constituídos no seio de *quaisquer outros* centros de arbitragem, nomeadamente no seio de câmaras de comércio ou de institutos de arbitragem, como é hoje muito frequente no mundo internacional dos negócios.

Finalmente, embora não seja essa situação do caso presente, na arbitragem tributária no seio do CAAD está prevista a possibilidade de os árbitros serem livremente escolhidos pelas partes, sempre que essa seja a opção do particular que desencadeia o processo arbitral¹⁹¹. Tal faculdade

189 Conclusões do Advogado-Geral de 8 de abril de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-377/13, ECLI:EU:C:2014:246, n.º 37.

190 Francisco Pereira Coutinho, “Os Tribunais Arbitrais e o Reenvio Prejudicial”, in *Anuário Português de Direito Internacional – 2014-2015*, Inst. Diplomático, 2016, p. 349.

191 Assim, nos termos do art. 6.º, n.º 2, al. b), do RJAMT, e por opção do sujeito passivo, os árbitros que compõem tribunal arbitral colegial podem ser designados por cada uma das partes, cabendo-lhes depois escolher o árbitro-presidente. Em tal caso, as partes nem sequer estão adstritas à lista de árbitros elaborada pelo CAAD, podendo escolher para árbitro qualquer pessoa que preencha os requisitos abstratamente exigidos para o exercício da função (art. 6.º, n.º 3). Nesse sentido, cfr. Jorge Lopes de Sousa, “Regime Jurídico...”, cit., p. 159. A consequência desta opção é que, nesse caso, será o contribuinte a suportar integralmente as custas de arbitragem, mesmo que obtenha pleno vencimento no processo (cfr. art. 12.º, n.º 3, do RJAMT).

é dificilmente compaginável com a jurisprudência firmada no processo *Danfoss* em que o Tribunal de Justiça deixou bastante vincada a ideia de que um dos elementos da noção de órgão jurisdicional é a de que a sua composição não deve estar “confiada à livre decisão das partes”¹⁹².

É sabido como os critérios erigidos pela jurisprudência do Tribunal em torno do preenchimento do conceito de órgão jurisdicional se revelam, na realidade, como “meros guias orientadores”¹⁹³ não raras vezes sacrificados e objeto de uma aplicação pouco rigorosa e frequentemente contraditória e, sobretudo, “muito pouco formalista”¹⁹⁴. A jurisprudência que se tem vindo a consolidar em torno da admissibilidade de questões prejudiciais colocadas por tribunais tributários arbitrais constituídos no seio do CAAD é disso um bom exemplo – sobretudo se lida à luz de uma jurisprudência tradicional que aponta no sentido da rejeição dos tribunais arbitrais como interlocutores do Tribunal de Justiça^{195, 196}.

II.3. Quanto à substância da questão prejudicial colocada, o Tribunal começou por abordá-la metodologicamente em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, para o Tribunal revelava-se necessário saber se os requisitos de completude das faturas exigidos na lei portuguesa seriam conformes à Diretiva IVA. E, num segundo momento, determinar se o incumprimento desses requisitos poderia conduzir automaticamente, como se faz na lei portuguesa, à não dedutibilidade do IVA liquidado em tais faturas.

Em relação ao primeiro momento, o Tribunal concluiu sem margem para dúvidas que das faturas emitidas para efeitos de IVA devem constar “a extensão e natureza dos serviços prestados, sem contudo precisar que

192 Acórdão de 17 de outubro de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening* em representação da *Danfoss*, 109/88, ECLI:EU:C:1989:383, n.º 8.

193 Francisco Pereira Coutinho, *Os Tribunais Nacionais...*, cit., p. 66.

194 Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins, *Contencioso Comunitário*, Almedina, 2002, p. 60.

195 A propósito dessa leitura jurisprudencial cfr. Acórdão de 23 de março de 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, n.ºs 11-13; Acórdão de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, n.º 34; Acórdão de 27 de janeiro de 2005, *Guy Denuit and Betty Cordenier c. Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*, C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, n.º 16; Despacho de 13 de fevereiro de 2014, *Merck Canada Inc. c. Accord Healthcare Ltd, et ali*, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92, n.º 17.

196 Porém, no sentido de que a admissibilidade das questões colocadas por tribunais tributários constituídos no seio do CAAD se justificaria, numa abordagem essencialmente pragmática por parte do Tribunal, à circunstância de tais tribunais decidirem em única e última instância, cfr. Francisco Pereira Coutinho, “Tax Arbitration Courts and Preliminary References”, in Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (coord.), *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, Almedina, 2015, pp. 258-259.

é necessário descrever os serviços específicos prestados de forma exaustiva” (§ 26), exigências que não são porém um fim em si mesmo mas têm uma natureza instrumental para permitir que as administrações fiscais dos Estados-membros possam realizar operações de fiscalização quanto ao pagamento do IVA e da existência do direito a dedução.

Desse modo, o Tribunal conclui que menções como “serviços jurídicos prestados desde [determinada data] até ao presente” ou simplesmente “serviços jurídicos prestados até ao presente” não são aptas a indicar de forma suficiente e precisa a natureza dos serviços concretamente prestados. Também a omissão de indicação, em tais faturas, da data em que foi realizada, ou concluída, a prestação de serviços merece a censura do Tribunal¹⁹⁷. A consequência não poderia, assim, deixar de ser a de que as faturas em causa não preenchem os requisitos exigidos pelo art. 226.º, n.º 7, da Diretiva IVA.

Quanto ao segundo momento da abordagem à questão prejudicial, o Tribunal começa por salientar que, segundo a sua jurisprudência constante, “o direito dos sujeitos passivos a deduzir do IVA de que são devedores o IVA devido ou pago sobre os bens adquiridos e os serviços que lhes foram prestados a montante constitui um princípio fundamental do sistema comum do IVA”, de resto imprescindível à realização da neutralidade enquanto característica estruturante deste imposto¹⁹⁸ de modo a que o imposto não influa na formação dos preços¹⁹⁹. E o que torna possível este desiderato são as faturas²⁰⁰.

Daí que, segundo o Tribunal, para efeitos de exercício do direito à dedução há que distinguir entre requisitos materiais e requisitos formais (§§ 40-41), devendo as administrações fiscais relevar a circunstância “de a fatura não preencher os requisitos exigidos [...], se dispuser de todos os dados para verificar se os requisitos substantivos relativos a este direito se encontram satisfeitos” (§ 43). Este tipo de irregularidades, quando supridas por informações complementares prestadas pelos contribuintes, não podem ser impeditivas do exercício do direito à dedução – poderão,

197 Como se refere no n.º 90 do Acórdão, “a data da prestação dos serviços objeto da referida fatura permite controlar quando ocorreu o facto gerador do imposto e, portanto, determinar as disposições fiscais que devem, de um ponto de vista temporal, aplicar-se à operação a que respeita o documento.”

198 A esse propósito, cfr. Rui Manuel Pereira Costa Bastos, *O Direito à Dedução do IVA*, Almedina, 2014, pp. 45-52.

199 Como o Tribunal referiu impressivamente no Acórdão *Elida Gibbs*, “o princípio de base reside no facto de o sistema do IVA ter como objetivo onerar unicamente o consumidor final” (Acórdão de 24 de outubro de 1996, *Elida Gibbs Ltd v Commissioners of Customs and Excise*, C-317/94, ECLI:EU:C:1996:400, n.º 19).

200 Bruno Botelho Antunes, *Da Repercussão Fiscal no IVA*, Almedina, 2008, p. 84, n. 157.

é certo, ser sancionadas pela aplicação de coimas “desde que tais medidas não vão além do que é necessário para atingir tais objetivos nem ponham em causa a neutralidade do IVA” (§§ 47-48) –, pelo que o controlo pelas administrações fiscais não deve esgotar-se numa análise meramente formal das faturas: pelo contrário, deve atender-se a todas as informações complementares prestadas pelo contribuinte que relevem para compreender a real existência de um direito à dedução do IVA, respeitadas as regras do ónus da prova.

A conclusão do Tribunal é, portanto, inequívoca: o mero incumprimento dos requisitos formais das faturas, previstos no art. 226.º da Diretiva IVA, não permite às administrações fiscais rejeitar o exercício do direito à dedução do IVA se tiverem sido prestadas, ou por aquelas administrações tiverem sido obtidas, as informações complementares necessárias para verificar se os requisitos substantivos relativos ao exercício desse direito efetivamente se encontram satisfeitos.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção),
de 13 de julho de 2016**

(C-18/15)

Tipo: reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Administrativo.

Partes: Brisal – Auto estradas do Litoral, SA e KBC Finance Ireland c. Fazenda Pública.

Objeto: interpretação do artigo 56.º TFUE.

Dispositivo: i) artigo 49.º CE não se opõe a uma legislação nacional por força da qual a remuneração das instituições financeiras não residentes do Estado-Membro onde os serviços são prestados está sujeita a um procedimento de retenção na fonte do imposto, ao passo que a remuneração paga às instituições financeiras residentes desse Estado-Membro não está sujeita a tal retenção, desde que a aplicação da retenção na fonte às instituições financeiras não residentes seja justificada por uma razão imperiosa de interesse geral e não ultrapasse o necessário para alcançar o objetivo prosseguido; ii) o artigo 49.º CE opõe-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que, regra geral, tributa as instituições financeiras não residentes pelos rendimentos de juros obtidos no interior do Estado-Membro em causa, sem lhes dar a possibilidade de deduzir as despesas profissionais diretamente relacionadas com a atividade em questão, ao passo que essa possibilidade é reconhecida às instituições financeiras residentes; iii) cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, com base no seu direito nacional, quais as despesas profissionais que podem ser diretamente relacionadas com a atividade financeira em questão.

**ii. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção)
de 13 de julho de 2016, *Brisal* – Auto-Estradas do Litoral, SA e KBC
Finance Ireland contra Fazenda Pública, processo C-18/15**

João Sérgio Ribeiro

1. Resumo dos factos

O litígio no processo principal tem por objeto a aplicação do imposto português sobre o rendimento das pessoas coletivas aos rendimentos de juros obtidos em Portugal por uma instituição financeira com sede na Irlanda.

A sociedade de direito português *Brisal* – Auto-Estradas do Litoral, S.A. e o Banco irlandês *KBC Finance Ireland* estavam vinculados por um contrato de financiamento. No quadro desse contrato, a *Brisal* estava obrigada a pagar ao KBC juros. Sobre esses pagamentos, a *Brisal* fez retenções na fonte que entregou à administração tributária portuguesa.

Tanto a *Brisal* como o KBC opuseram-se a esta obrigação de retenção de uma parte dos juros para pagamento do imposto português sobre o rendimento das pessoas coletivas, pelo facto de discriminar as instituições financeiras não residentes, face às residentes de forma contrária ao direito da União. O KBC solicitou, em especial, que fossem fiscalmente considerados os custos de refinanciamento do empréstimo por ele suportados.

2. Quadro jurídico

a) Direito português

Em conformidade com o artigo 4.º, n.º2, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º442-B/88, de 30 de novembro de 1988 (Diário da República, I série, n.º277, de 30 de novembro de 1988), na redação resultante do Decreto-Lei n.º211/2005, de 7 de dezembro de 2005 (Diário da República, I série-A, n.º234, de 7 de dezembro de 2005), as pessoas coletivas e outras entidades que não tenham sede nem direção efetiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos. Entre os rendimentos em causa figuram, nos termos do artigo 4.º, n.º3,

alínea c), do CIRC, os juros pagos por devedores que tenham residência, sede ou direção efetiva em território português ou cujo pagamento seja imputável a um estabelecimento estável situado neste Estado.

Na falta de uma convenção para evitar a dupla tributação, tais rendimentos são, em princípio, em aplicação do artigo 80.º, n.º 2, alínea c), do CIRC, tributados à taxa de 20%, sendo a matéria coletável constituída pelos rendimentos ilíquidos obtidos em Portugal. Em conformidade com o artigo 88.º, n.º 1, alínea c), com o artigo 88.º, n.º 3, alínea b), e com o artigo 88.º, n.º 5, do CIRC, o IRC retido na fonte tem caráter definitivo.

Os rendimentos de juros recebidos pelas instituições financeiras residentes são, em virtude do artigo 80.º, n.º 1, do CIRC, tributados à taxa de 25%. Todavia, a matéria coletável é exclusivamente constituída pelo montante líquido dos juros recebidos. Além disso, em conformidade com o artigo 90.º, n.º 1, alínea a), do CIRC, no que respeita às instituições financeiras, o IRC não é objeto de retenção na fonte.

- b) Convenção relativa à dupla tributação entre a República Portuguesa e a Irlanda

O artigo 11.º da Convenção entre a República Portuguesa e a Irlanda para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, celebrada em Dublin, em 1 de junho de 1993 (Diário da República, I série-A, n.º 144, de 24 de junho de 1994, p. 3310), prevê:

«1 – Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2 – No entanto, esses juros podem igualmente ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se a pessoa que recebe os juros for o seu beneficiário efetivo, o imposto assim estabelecido não excederá 15% do montante ilíquido desses juros. As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar este limite.

3. Questões prejudiciais

O Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), que entretanto foi chamado a pronunciar-se, submeteu ao Tribunal de Justiça, em 19 de janeiro de 2015, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, as seguintes questões:

1. O artigo 56.º [...] TFUE opõe-se à legislação fiscal interna segundo a qual as instituições financeiras não residentes em território português estão sujeitas a imposto sobre o rendimento de juros auferidos nesse território e retido na fonte à taxa definitiva de 20% (ou a taxa menor caso exista convenção para evitar dupla tributação), taxa que incide sobre o rendimento ilíquido, sem possibilidade de dedução das despesas profissionais diretamente relacionadas com a atividade financeira exercida, ao passo que os juros auferidos por instituições financeiras residentes são incorporados no rendimento global tributável, procedendo-se à dedução das despesas associadas à atividade exercida quando se determina o lucro para efeitos de tributação em IRC, incidindo, assim, a taxa geral de 25% sobre o rendimento de juros líquido?
2. Essa oposição ocorre ainda que se apure que a base tributável das instituições financeiras residentes fica ou pode ficar sujeita, após a dedução dos custos de financiamento associados aos rendimentos de juros ou à dedução das despesas com relação económica direta com esses rendimentos, a imposto mais elevado do que aquele que é retido na fonte às instituições não residentes e que incide sobre o rendimento ilíquido?
3. Para esse efeito, os custos de financiamento associados aos empréstimos concedidos ou as despesas com relação económica direta com os rendimentos de juros auferidos, podem ser comprovados através dos dados fornecidos pela EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*) e pela LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) – entidades que representam as taxas de juro médias praticadas nos financiamentos interbancários a que os bancos recorrem para levar a cabo a sua atividade?

4. Resposta às questões prejudiciais

1. O artigo 49.º CE não se opõe a uma legislação nacional por força da qual a remuneração das instituições financeiras não residentes do Estado-Membro onde os serviços são prestados está sujeita a

um procedimento de retenção na fonte do imposto, ao passo que a remuneração paga às instituições financeiras residentes desse Estado-Membro não está sujeita a tal retenção, desde que a aplicação da retenção na fonte às instituições financeiras não residentes seja justificada por uma razão imperiosa de interesse geral e não ultrapasse o necessário para alcançar o objetivo prosseguido;

2. O artigo 49.º CE opõe-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que, regra geral, tributa as instituições financeiras não residentes pelos rendimentos de juros obtidos no interior do Estado-Membro em causa, sem lhes dar a possibilidade de deduzir as despesas profissionais diretamente relacionadas com a atividade em questão, ao passo que essa possibilidade é reconhecida às instituições financeiras residentes;
3. Cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, com base no seu direito nacional, quais as despesas profissionais que podem ser diretamente relacionadas com a atividade financeira em questão.

5. Comentário

O caso presente dá continuidade a uma série de outros processos que já se tinham pronunciado acerca de situações envolvendo retenção na fonte, designadamente *Scorpio*²⁰¹, *Truck Center*²⁰², *Commissão v. Portugal*²⁰³, *X*²⁰⁴, *Hirvonen*²⁰⁵ e *Miljoen*²⁰⁶. Denotando-se, como vem sendo prática, uma preocupação em manter uma certa coerência e não romper com o sentido de decisões anteriores. Não obstante *Brisal* vir na linha de outros acórdãos, entendemos, especialmente num contexto como o atual, que o TJ levou longe demais a equiparação dos residentes aos não residentes, pois é verdadeiramente disso que se trata, tendo demonstrado, segundo nos parece, alguma leveza no afastamento das justificações apresentadas pela República Portuguesa e Reino da Bélgica. A preocupação da coerência, apesar de se ter mantido relativamente ao enquadramento da retenção na fonte e à tributação de rendimentos líquidos, não se manteve

201 C-290/04, de 3 de outubro de 2006, ECLI:EU:C:2006:630.

202 C-282/07, de 22 e dezembro de 2008, ECLI:EU:C:2008:762.

203 C-105/08, de 17 de junho de 2010, ECLI:EU:C:2010:345.

204 C-498/10, de 18 de outubro de 2012, ECLI:EU:C:2012:635.

205 C-632/13, de 19 e novembro de 2015, ECLI:EU:C:2015:765.

206 C-10/14, C-14/14 e C-17/14, de 17 de setembro de 2015, ECLI:EU:C:2015:608.

no âmbito da análise das justificações apresentadas pelos Estados, pois, no passado, algumas delas foram atendidas, ou pelo menos rebatidas de um modo manifestamente mais sustentado.

Antes de nos referirmos ao teor da decisão propriamente dita, julgamos importante dar nota de uma questão prévia importante que apesar de não ter sido diretamente abordada, cremos que esteve muito presente quer na opinião da Advogada-geral quer, naturalmente, na decisão final. Referimo-nos ao facto de muito frequentemente os Estados da fonte prescindirem da tributação de pagamentos de juros a bancos quando estes não disponham aí de um estabelecimento estável. É óbvio que a Advogada-geral e, depois, o TJ não sugeriram que fosse este o caminho a seguir pela República Portuguesa, mas as exigências relativamente ao regime proposto são de tal modo complexas e de difícil implementação que o desfecho mais provável será uma solução daquele tipo, isto é, de isenção na fonte. Aliás, em sintonia com o que já se passa em muito países, e segundo nos quer parecer, também em Portugal. Apesar de esta situação não ter sido suscitada pelas partes, parece-nos que os juros tributados poderiam ter sido reconduzidos aos serviços relativos à atividade financeira e que, por isso, falaria a conexão com o ordenamento português e consequentemente a possibilidade de aí haver tributação. O que, em bom rigor, dispensaria todo este processo.

De forma sintética, o art. 4.º, n.º 3, al. c), ponto 7), do CIRC, dispõe, na sua primeira parte, que são considerados rendimentos obtidos em território português os derivados de outras prestações de serviços realizados ou utilizados em território português. No caso concreto os serviços foram não só realizados mas também utilizados em território português, pelo que, à primeira vista, se verificaria a conexão. Contudo, o preceito em escrutínio não se limita à expressão antes transcrita, sendo ainda composto por uma parte final que vem consagrar uma exceção à regra antes firmada, ao dizer: «com exceção dos relativos a transportes, comunicações e atividades financeiras». Consideramos que os serviços que estão em causa são relativos a atividades financeiras²⁰⁷, pelo que se poderia concluir pela falta de conexão com o nosso ordenamento para efeitos de tributação em IRC. O sentido sustentado é, aliás, confirmado pelos trabalhos preparatórios. Se atentarmos no Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, de 30 de abril de 1996, que esteve na base da criação do preceito que analisamos (o qual resulta de

207 Independentemente de uma eventual interpretação em sentido contrário com base no teor do artigo 30º do EBF”.

uma adição ao texto inicial da norma feita pelo DL n.º 25/98, de 12 de fevereiro) verificamos que a proposta original – que, certamente, traduz aquilo que terá sido o pensamento do legislador – se referia expressamente à atividade bancária que seguramente é suscetível de ser reconduzida ao conceito mais lato de atividades financeiras, como ressalta do excerto que se transcreve de seguida.

*Os membros da comissão estão igualmente de acordo que não deveriam ser abrangidos certos serviços, designadamente os próprios da **atividade bancária** [negrito nosso]...²⁰⁸*

Entrando agora no acórdão propriamente dito e fechando este parêntese relativo ao direito nacional, mas que consideramos ainda assim relevante, começaremos por nos referir à violação da livre prestação de serviços para, depois, considerar o modo como o TJ lidou com cada uma das justificações apresentadas pela República Portuguesa, e em parte, secundadas pelo Governo Belga.

O TJ, no contexto da apreciação da compatibilidade das normas portuguesas com a livre prestação de serviços, concluiu num primeiro momento, em sintonia com o que já tinha decidido anteriormente²⁰⁹, que essa liberdade não se oporia a uma legislação nacional, como a que estava em causa no processo principal, por força da qual a remuneração das instituições financeiras não residentes no Estado-Membro, onde os serviços eram prestados, estava sujeita a um procedimento de retenção na fonte do imposto. Mesmo que a remuneração paga às instituições financeiras residentes nesse Estado-Membro não estivesse sujeita a essa retenção, desde que a aplicação da retenção na fonte às instituições financeiras não residentes fosse justificada por uma razão imperiosa de interesse geral e não ultrapassasse o necessário para alcançar o objetivo prosseguido²¹⁰. Relativamente a esta conclusão não há nada a comentar, parecendo-nos acertada, embora excessiva na parte em que exige uma razão imperiosa de interesse para recorrer à retenção na fonte, em grande medida pelo que se referirá de seguida.

208 In: Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, Ministério das Finanças, 30 de abril de 1996, p. 629.

209 Ver, neste sentido, *Scorpio*, C-290/04, de 3 de outubro de 2006, ECLI:EU:C:2006:630, n.º 37 e X, C-498/10, de 18 de outubro de 2012, ECLI:EU:C:2012:635, n.º 39.

210 *Brisal*, C-18/15, de 13 de junho de 2016, ECLI:EU:C:2016:549, n.º 22.

Num segundo momento, o TJ concluiu que a livre prestação de serviços se opunha a uma legislação nacional que, regra geral, ao tributar os não residentes, tomava em conta os rendimentos ilíquidos sem dedução das despesas profissionais, enquanto os residentes eram tributados pelos seus rendimentos líquidos, após dedução dessas despesas²¹¹. Apesar de esta decisão vir na linha de outros acórdãos, não podemos deixar de expressar as maiores reservas. É certo que o TJ tenta, por norma, manter uma certa coerência nas suas decisões, contudo, esta não deve ser absoluta, especialmente quando a realidade, através das alterações que envolve, coloca desafios distintos. Ainda antes de nos referirmos a esses desafios, verifiquemos se realmente há uma discriminação do não residente no caso concreto.

De acordo com argumentação expressa, a regulamentação nacional tem por efeito tornar a prestação de serviços entre Estados-Membros mais difícil do que a prestação puramente interna²¹². Parece-nos, todavia, que não haverá condições menos favoráveis para os não residentes, ou pelo menos não é evidente que assim seja. Desde logo a taxa de imposto a aplicar será, como é admitido por todos os envolvidos, inferior à que incide sobre os residentes. Relativamente à suposta impossibilidade de considerar as despesas necessárias para prestar o serviço, que decorreria da tributação de rendimentos brutos na fonte, a questão não é tão automática e simples como se quer fazer parecer.

Ainda antes de entrarmos na questão referente à distinção entre o elemento conexão residência e fonte e nos debruçarmos sobre o crucial papel que desempenham no equilíbrio entre sistemas fiscais, podemos desde já afirmar, sem prejuízo de virmos a desenvolver mais a questão, que, regra geral, as despesas necessárias à produção de um certo rendimento são consideradas no Estado da residência. Sendo essa a situação normal. Por outras palavras, a impossibilidade de deduzir despesas necessárias para produzir o rendimento no Estado da residência do sujeito passivo é algo de excecional e, de certo modo, improvável. Pelo que, numa situação concreta como a que foi decidida, a exigência de que a tributação de rendimentos líquidos fosse assegurada na fonte deveria ter como pressuposto que essa possibilidade não existiria no Estado da residência. Digamos que a discriminação dos não residentes é

211 *Brisal*, C-18/15, cit., n.º 24. Nesse sentido ver, *Gerritse*, C-234/01, de 12 de junho de 2003, ECLI:EU:C:2003:340, n.ºs 29 e 55; *Scorpio*, C-290/04, cit., n.º 42 e *Centro Equestre da Lezíria Grande*, C-345/04, de 15 de fevereiro de 2007, ECLI:EU:C:2007:96, n.º 23.

212 Cfr. *Brisal*, C-18/15, Opinião da Advogada-geral, de 17/3/2016, n.º 17.

uma mera eventualidade²¹³ que deve ser comprovada, dado que o que é normal, e não o contrário, é que o Estado da residência permita a dedução das despesas relativas ao desenvolvimento de uma atividade, sejam estas gerais ou específicas.

Verifica-se que o TJ nem sempre atende ao contexto geral no qual uma medida é aplicada, centrando-se, muitas vezes, num Estado concreto (ou o da fonte ou o da residência) quanto determina se uma certa medida é restritiva ou discriminatória e, por isso, compatível com o direito da União Europeia²¹⁴. Entendemos, todavia, que a abordagem deve ser integrada. Isto é, que deve considerar simultaneamente o regime na fonte e na residência. Especialmente quando lidamos com questões que não necessitam de grande indagação e que quase sempre se verificam, como é o caso da dedução na residência das despesas necessária à produção de um rendimento tributado que, em rigor, não é um benefício, mas uma regra fundamental à determinação do próprio lucro. Julgamos, por conseguinte, sobretudo no âmbito tributário, e quando estão em causa regras fundamentais como a tributação no Estado da residência e no da fonte, que as obrigações de cada um desses Estados devem ser analisadas de forma articulada. Curiosamente, em casos incontornáveis como *Schumacker e Marks & Spencer*, para determinar se haveria ou não violação da liberdade de circulação, foi considerado tanto o ordenamento do Estado da fonte como o da residência²¹⁵.

O excerto que de seguida se transcreve, produzido a propósito da liberdade de estabelecimento, expressa na perfeição o que pensamos a este propósito.

«Em termos mais gerais, creio que a cumulação de obrigações face ao Estado de residência e ao Estado fonte deve, no que concerne às disposições sobre a livre circulação, ser considerada como um todo ou

213 Fazendo um paralelo com *Marks and Spencer*, C-446/03, de 13 de dezembro de 2005, ECLI:EU:C:2005:763, também aí, no nosso entender, havia uma restrição meramente eventual, o que justifica não só o facto de este acórdão se ter tornado imensamente polémico, mas também a circunstância de não há muito, no acórdão *Comissão v. Reino Unido*, C-172/13, de 23/10/2014, se terem feito precisões importantes, que de certo modo limitam os efeitos daquela jurisprudência.

214 Ver *Danner*, C-136/00, de 3 de outubro de 2002, ECLI:EU:C:2002:558, n.º 56; *Eurowings*, C-294/97, de 26 de outubro de 1999; *Verkooijen*, C-35/98, de 6 de junho de 2000, ECLI:EU:C:1999:524, n.º 61.

215 Ver *Marks and Spencer*, C-446/03, cit.; e em especial, *Schumacker*, C-279/93, de 14 de fevereiro de 1995, ECLI:EU:C:1995:31, n.º 41: «Em situações como a do processo principal, o Estado da residência não pode tomar em consideração a situação pessoal e familiar do contribuinte, pois a carga fiscal aí existente não é suficiente para o permitir. Quando tal acontece, o princípio comunitário da igualdade de tratamento exige que a situação pessoal e familiar do não residente seja tomada em consideração no Estado do emprego da mesma forma que para os nacionais residentes e que lhes sejam concedidos os mesmos benefícios fiscais».

como tendo atingido um certo ponto de equilíbrio. A análise da situação de determinado operador económico individual unicamente no quadro de um destes Estados – sem tomar em conta as obrigações que o artigo 43.º CE impõe ao outro Estado – pode dar uma impressão desequilibrada e enganosa e pode não captar a realidade económica na qual se move este operador»²¹⁶.

Ora, se efetivamente se verificasse que as despesas necessárias para gerar rendimento em Portugal eram suscetíveis de ser deduzidas na Irlanda, como aliás é normal no âmbito da tributação no Estado da residência, não haveria qualquer discriminação. Colocando o problema de forma diametralmente oposta ao sentido da decisão, diríamos que à primeira vista não haveria discriminação, e que esta apenas seria concebível num cenário, anormal e eventual, em que o Estado da residência não permitisse a dedução das despesas.

Não obstante as discordâncias e admitindo que a legislação do Estado-Membro²¹⁷ que tributa os rendimentos ilíquidos dos não residentes sem deduções de despesas profissionais constituiria uma violação da liberdade de circulação de serviços²¹⁸; entendemos que a maioria das justificações invocadas para justificar essa suposta discriminação deveriam ter sido aceites ou, quando muito, ter sido consideradas com maior atenção.

Começamos por analisar a justificação apresentada no sentido de que o tratamento desfavorável seria compensado com outras vantagens, concretamente com uma taxa de tributação mais generosa. Concordamos, tal como tem vindo a ser reiterado pelo TJ²¹⁹, que não poderia vingar esta justificação, tendo o TJ decidido como se impunha.

No que concerne à necessidade de assegurar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros e consequente impacto na aplicação das convenções sobre a dupla tributação, julgamos que a abordagem não foi a mais acertada. Pois, apesar de num primeiro momento se reconhecer que «... no que respeita à repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros, há que recordar que o Tribunal de

216 In: *ACT GLO*, Opinião do Advogado-geral Geelhoed, C-374/04, de 23 de fevereiro de 2006, ECLI:EU:C:2006:139, n.º 72.

217 Por oposição à tributação dos residentes que são tributados pelos seus rendimentos líquidos, após dedução dessas despesas.

218 No pressuposto de que os prestadores de serviços residentes e não residentes estariam numa situação comparável.

219 Nesse sentido, ver *De Groot*, C-385/00, de 12 de dezembro de 2002, ECLI:EU:C:2002:750, n.º 97; *Dijkman e Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, 1 de julho de 2010, ECLI:EU:C:2010:397, n.º 41; *Comissão/Bélgica*, C-387/11, de 25 de outubro de 2012, ECLI:EU:C:2012:670, n.º 53.

Justiça reconheceu, efetivamente, que a preservação da repartição do poder tributário entre os Estados-Membros constitui um objetivo legítimo e que, na falta de medidas de unificação ou de harmonização adotadas pela União Europeia, os Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar, por via convencional ou unilateral, os critérios de repartição do seu poder tributário, de modo a eliminarem as duplas tributações²²⁰»; num momento seguinte, o TJ, apoiado na argumentação da Advogada-geral, nega que a repartição equilibrada de poderes justifique um tratamento mais desfavorável dos não-residentes.

Antes de lidar diretamente com argumentação apresentada é importante firmar algumas ideias que nos parecem essenciais.

Em primeiro lugar, tributar um residente e um não residente não é, nem pode ser, a mesma coisa. Impõe-se que se recorde que a repartição de competências tributárias entre os Estados assenta, a nível internacional, essencialmente na tributação com base na aplicação articulada dos elementos de conexão fonte e residência. As próprias convenções sobre dupla tributação têm como pressuposto a diferente tributação que existe na fonte e na residência. É, por consequência, tendencialmente universal a regra de que o Estado da residência tributa todo o rendimento do sujeito passivo, independentemente do local onde seja obtido, isto é, tributa de acordo com uma base mundial, e, conseqüentemente, permite a dedução de despesas. O Estado da fonte, por sua vez, dada a conexão mais ténue, normalmente tributa, através de taxas de retenção, rendimentos brutos. Este equilíbrio, dado que os Estados vão assumindo alternadamente, em função da situação tributária que esteja em causa, a condição de Estado da residência ou Estado da fonte, tem-se mantido de forma estável. Sem esta regra os problemas de articulação entre sistemas tributários seriam adensados e as convenções para eliminação da dupla tributação, pura e simplesmente, não poderiam ser aplicadas.

O próprio TJ tem sido especialmente cauteloso na equiparação dos residentes aos não residentes. Consideramos o caso *Schumacker* um bom exemplo dessa cautela²²¹. Isso sem prejuízo de a Advogada-geral²²² ter reputado como duvidosa a possibilidade de ser aplicada esta jurisprudência ao caso concreto, dado que teria sido desenvolvida para pessoas singulares a propósito de despesas pessoais, e não para as despesas relativas a uma atividade. Parece-nos, contudo, que na realidade, em *Schumacker*, o que

220 *In Brisal*, C-18/15, cit., n.º 35.

221 Cfr. C-279/93, cit., n.º 33. Ver no mesmo sentido, *Marks and Spencer*, C-446/03, cit., n.º 37.

222 Cfr. *Brisal*, C-18/15, cit., Opinião da Advogada-geral, n.º 41.

verdadeiramente está em causa não são tanto as despesas ou o seu tipo, mas essencialmente a equiparação do regime de tributação dos residentes no Estado da fonte, ao dos sujeitos passivos que aí não sejam residentes. Essa é que é a grande consequência do acórdão, sendo precisamente nessa equiparação que julgamos dever assentar qualquer paralelo.

Nesse caso concreto considerou-se que a liberdade de circulação de pessoas deveria ser interpretada no sentido de obstar à aplicação da legislação de um Estado-membro que tribute um trabalhador que exerça atividades profissionais no seu território, sendo nacional e residente de outro Estado-membro, de modo mais gravoso do que os trabalhadores que residam no seu território e aí ocupem o mesmo emprego. Sobretudo quando os rendimentos do nacional e residente do segundo Estado provenham total ou quase totalmente do trabalho exercido no Estado da fonte, e não disponha no Estado da residência de rendimentos suficientes para aí serem submetidos a tributação que permita tomar em consideração a sua situação pessoal e familiar.

Apesar da equiparação entre residentes e não residentes, a situação foi devidamente ponderada, com base na indagação de se poderia ou não haver dedução no Estado da residência, e além disso, exigiu-se que os rendimentos proviessem quase totalmente do Estado da fonte, o que constitui uma abordagem muito diferente da adotada no caso de que cuidamos.

Consideramos, face ao explanado, que o TJ deveria ter afastado a justificação assente na repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados, dado o seu carácter fundamental e sensibilidade, com outra propriedade. Aliás, como fez nos casos *National Grid Indus*²²³ e *Verder LabTec*²²⁴. O TJ limitou-se, todavia, a subscrever a argumentação avançada pela Advogada-geral²²⁵, o que nos suscita grandes reservas.

Começou por afirmar, no pressuposto, supomos, de que a Convenção celebrada entre Portugal e a Irlanda não se desviaria da Convenção Modelo da OCDE, que o artigo 11.º da Convenção Modelo da OCDE, não daria qualquer indicação relativamente ao modo como o Estado da fonte faria a tributação, isto é, se incidiria sobre rendimentos brutos ou líquidos, estabelecendo apenas um limite máximo de tributação. Não nos parece que dessa asserção se pudesse concluir que a tributação na fonte deveria incidir sobre rendimentos líquidos. Antes pelo contrário, até porque a forma como se deve proceder à tributação é algo que incumbe

223 C-371/10, de 29 de novembro de 2011, ECLI:EU:C:2011:785, n.º 46.

224 C-657/13, de 21 de maio de 2015, ECLI:EU:C:2015:331, n.ºs 42 e 43.

225 *Brisal*, C-18/15, cit., Opinião da Advogada-geral, n.ºs 59 a 62.

aos Estados. Curiosamente o parágrafo do comentário ao artigo 11.º da Convenção Modelo da OCDE, a que a Advogada-geral fez alusão, considera como normal, precisamente, que o Estado da fonte tribute o montante bruto do juro, independentemente das despesas em que o sujeito passivo incorra para gerar esse lucro. Esse é que é o cenário normal considerado pelo comentário²²⁶. Os problemas que decorrem de uma carga fiscal excessiva, especialmente quando há custos de financiamento, e que levam alguns Estados em que se situa a fonte a prescindirem da tributação dos juros quer no âmbito das convenções sobre dupla tributação quer, unilateralmente, no âmbito dos seus direitos internos²²⁷, têm a ver com a compensação da tributação que existe na fonte, pelo Estado da residência, e não com as despesas relativas a essas operações. Na argumentação apresentada pela Advogada-geral confundiram-se, cremos, as duas questões. É certo que quando os lucros são modestos ou existem prejuízos no Estado da residência, pode não ser possível, nos casos em que a dupla tributação é eliminada através do método do crédito de imposto, compensar a tributação na fonte. Todavia, problema totalmente distinto são as despesas em que se incorreu para levar a cabo a atividade, onde quer que tenham sido realizadas, pois estas têm sempre impacto, determinando, ou a dimensão do lucro a tributar, ou do prejuízo a reportar, no Estado da residência. São, portanto, questões diferentes e que não podem ser equiparadas sob pena de se viciar a argumentação.

Não decorre, por conseguinte, da convenção ou dos comentários qualquer posicionamento face à consideração das despesas na fonte. Resultam, sim, argumentos a favor da não tributação dos juros na fonte. A este propósito foi invocada pela Advogada-geral a Diretiva 2003/49/CE do Conselho, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, para reforçar a ideia de que a tendência seria a de que não haveria tributação na fonte²²⁸. Sem prejuízo de haver alguma sintonia, importa salientar que a diretiva não implica a isenção dos juros na fonte sem mais, exigindo o cumprimento de vários requisitos, designadamente o da associação das empresas, que, como é óbvio, não seriam cumpridos no caso em discussão.

226 Cfr. Comentário ao artigo 11.º da Convenção Modelo da OCDE., §§ 7.1. e 7.7.

227 Como nos parece ser o caso de Portugal.

228 Cfr. Brisal, C-18/15, cit., Opinião da Advogada-geral, n.º 62.

Percebe-se que o resultado desejado pela Advogada-geral e pelo TJ – legitimamente, admite-se, até porque simplifica as operações – seria a não tributação na fonte. Porém, esse desígnio não pode ser imposto aos Estados instrumentalizando a questão da dedução de despesas na fonte. São questões distintas, pelo que a consideração das ditas despesas profissionais – o que quer que isso signifique – não resolve seguramente a questão que supostamente se quer enfrentar.

Analisemos agora a forma como o TJ lidou com o argumento da prevenção da dupla dedução das ditas despesas profissionais. É a propósito desta justificação que a debilidade na argumentação se revela mais ostensiva. A Advogada-geral limitou-se a reconhecer, de forma enigmática e não justificada, que quando há dupla tributação deverá haver dupla dedução de despesas. O TJ, a este propósito, acrescentou o argumento de que a República Portuguesa, ao limitar-se a invocar, sem mais explicações, a eventual existência de um risco de que as despesas em causa pudessem ser deduzidas uma segunda vez no Estado de residência do prestador dos serviços, sem demonstrar em que medida a aplicação do disposto na diretiva relativa à assistência mútua²²⁹, em vigor à data dos factos no processo principal, não teria permitido evitar esse risco, não colocou o Tribunal em condições de apreciar o alcance deste argumento²³⁰.

Este argumento assenta em pressupostos que nos parecem incorretos. Desde logo, decorre de princípios solidamente instituídos e que já tivemos a oportunidade de veicular que, por regra, é o Estado da residência, com o qual a conexão é mais forte, o local onde é feita uma tributação de base mundial e, consequentemente, a dedução das despesas. Esta dedução das despesas no Estado da residência é uma prática instituída e aceite pela generalidade dos Estados, pelo que, na maior parte das situações, será de presumir. O ónus da prova de que, contrariamente ao que é regra e normal, não teria havido dedução na residência é, naturalmente, do sujeito passivo que está em melhores condições do que ninguém para comprovar que, contrariamente a todas as probabilidades, essa dedução não terá sido feita. Além disso, impor à República Portuguesa que demonstre que a utilização da diretiva teria sido insuficiente para eliminar o risco de dupla dedução das despesas, parece-nos completamente desajustado e revela algum afastamento da realidade.

229 Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos e dos impostos sobre os prémios de seguro, conforme alterada pela Diretiva 2001/106/CE do Conselho, de 16 de novembro de 2004.

230 *Brisal*, C-18/15, cit., n.º 38.

Já é suficientemente questionável que deva ser a Administração Fiscal a verificar se as despesas foram ou não deduzidas no Estado da residência. Sugerir que o faça através da diretiva relativa à assistência mútua, apesar de ser teoricamente concebível, adensa o desajustamento e revela um afastamento preocupante da realidade dos factos. Imaginemos o que implica, para as autoridades fiscais do Estado da fonte, por um lado, pedir informações acerca das despesas de todos os não residentes que aí obtenham rendimentos, independentemente da dimensão desses rendimentos; e por outro, o que significará para a Administração dos Estados-Membros da residência, obter esses dados relativamente a milhares de residentes, com a agravante de essa informação poder não estar imediatamente disponível. A sua obtenção, pressupondo que é sequer possível, implica uma análise de registos contabilísticos que, no caso dos bancos, pode revestir uma extensão e complexidade muito difíceis de gerir. Já para não referir que essas despesas podem ser mínimas no cômputo geral das despesas da multinacional e estar insuficientemente especificadas nos registos contabilísticos. A verdade é que a assistência mútua está pensada para informações que estejam normalmente na disposição das autoridades tributárias ou cuja obtenção seja naturalmente praticável, pelo que invocar o que o TJ invocou revela alguma perda de contacto com a realidade.

Parece-nos, por conseguinte, excessivo que Administração Fiscal Portuguesa tenha de provar algo que é dado mais ou menos como assente e que seria até de presumir, que é o facto de as despesas necessárias para gerar rendimentos serem, até por uma questão de diligência do sujeito passivo, deduzidas no Estado da residência.

É certo que na jurisprudência que se seguiu a *Gerritse* tem sido sustentada a dedução de despesas profissionais sem cuidar de saber se estas teriam ou não sido deduzidas na residência. Importa, contudo, lembrar que esta não foi a abordagem original, pois, quando *Gerritse* foi decidido, ponderou-se o facto de não haver a possibilidade de deduzir as despesas profissionais no Estado da residência. O Advogado-geral Léger revelou uma diligência que entretanto se parece ter perdido, ao lembrar que, e passamos a citar, «[p]ara além disso, A. *Gerritse* não tem a possibilidade de posteriormente deduzir, no seu Estado de residência, as referidas despesas»²³¹.

Não obstante a tendência firmada a partir de *Gerritse*, parece-nos, ainda assim, que este acórdão padece de um vício original que tem a ver com facto de, surpreendentemente, não terem sido retiradas as devidas

231 In *Gerritse*, C-234/01, cit., Opinião do Advogado-Geral, de 13/3/2003, n.º 44

ilações de muitas das detalhadas considerações que fez a propósito: da contraposição entre tributação na fonte e residência, do caso *Schumacker*, e da ténue ligação que *Gerritse* tinha ao ordenamento alemão²³².

Independentemente das críticas que nos suscitam tanto *Gerritse* como os casos que deram sequência à tendência firmada por esse acórdão e admitindo a adequação das decisões num contexto de difíceis equilíbrios, importa salientar, por um lado, que há algumas diferenças entre os sujeitos passivos a que se referem os vários casos e, por outro, que o contexto dominante no momento em que foi decidido *Brisal* é distinto do de *Gerritse* e sequelas.

As circunstâncias dos artistas a que se referem *Gerritse*²³³ e *Scorpio*²³⁴ e mesmo as da sociedade como *Centro Equestre Lezíria Grande*²³⁵ são distintas das que estão patentes em *Brisal*. Sabemos, por exemplo, que em *Gerritse* não poderia haver deduções das despesas na Holanda, e que o mesmo se passaria provavelmente no que dizia respeito ao artista a que se refere *Scorpio*.

Verifica-se também que o contexto em que foi decidido *Brisal* é, de facto, outro. Existe, hoje, na decorrência dos desenvolvimentos referentes ao *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE, uma diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno²³⁶. Denota-se que, entre as várias práticas que pretende evitar, considera a dupla dedução, pelo que o posicionamento do TJ tem necessariamente de enquadrar esses desenvolvimentos e ser sensível a eles. O combate à erosão da base tributária e transferência de lucros é hoje uma prioridade. Basta lembrar, para dar um exemplo de matérias que dificilmente se harmonizam com a liberdade de circulação, que os impostos de saída não são só admitidos na diretiva contra a elisão, como terão de ser adotados por todos os Estados-Membros. Ora, se em situações complexas como a dos impostos de saída se impõe alguma concordância prática, acabando a necessidade de combater a elisão por justificar uma inevitável compressão das liberdades de circulação; por maioria de razão, exige-se, no caso em análise²³⁷, por parte do TJ, no mínimo, uma atuação mais ponderada e integrada.

232 Cfr. C-234/01, cit., n.º 43 a 51.

233 *Gerritse*, cit., C-234/01.

234 *Scorpio*, cit., C-290/04.

235 *Centro Equestre da Lezíria Grande*, cit., C-345/04.

236 Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12/6/2016.

237 E em todos os acórdãos que impõem a tributação de rendimentos líquidos na fonte.

Especialmente num domínio altamente sensível como é o do equilíbrio entre os poderes tributários dos Estados. Não deve o TJ, em nome da coerência relativamente a decisões passadas, proceder como se esses desenvolvimentos não existissem. Sobretudo no momento sensível como o que a Europa vive. Desconsiderar regras que asseguram o equilíbrio entre a soberania fiscal de Estados-Membros, face à ausência de um critério que possa eficientemente substituir a relação tributação na fonte v. tributação residência, é algo que deveria ser evitado.

Finalmente, relativamente à eficácia na cobrança do imposto, o TJ reiterou a relevância dessa justificação, na linha dos acórdãos *Scorpio*²³⁸, *X*²³⁹ e *Comissão v. Espanha*²⁴⁰, ao admitir que, no plano abstrato, essa justificação pode impedir que seja violada a livre prestação de serviços. Considerou, no entanto, que, no caso concreto, a restrição imposta excedia o necessário para proteger a cobrança eficaz.

Começou, é certo, por considerar que a aplicação do imposto com base exclusivamente no montante de juros devido seria, para todas as partes envolvidas, significativamente mais simples do que a eventual consideração de todas as despesas profissionais diretamente relacionadas com a cobrança de rendimentos de juros. Dado que neste último caso existiria um encargo administrativo acrescido para a Administração tributária, para o prestador de serviços e, para o destinatário do serviço. Todavia, com base na conclusão de que esse encargo também seria válido para os sujeitos passivos residentes²⁴¹, acabou por concluir que o facto de a prova das despesas e sua relação com a atividade desenvolvida na fonte ser «[...] mais difícil não autoriza um Estado-Membro a recusar de modo absoluto aos não residentes, sujeitos passivos parcialmente tributados, a dedução que concede aos residentes, sujeitos passivos integralmente tributados, uma vez que não se pode excluir *a priori* que um não residente esteja em condições de fornecer provas pertinentes que permitam às autoridades fiscais do Estado-Membro de tributação verificar, de forma clara e precisa, a realidade e a natureza das despesas profissionais cuja dedução é solicitada»²⁴². Isso sem prejuízo de afirmar que «[...] nada impede as autoridades fiscais em causa de exigirem ao não residente as

238 C-290/04, cit., n.º 35.

239 C-498/10, cit., n.º 39.

240 C-678/11, de 18 de outubro de 2012, ECLI:EU:C:2014:2434, n.º 46.

241 *Brisal*, C-18/15, cit., n.º 41.

242 In *Brisal*, C-18/15, n.º 49. Ver *Persche*, C-318/07, de 27 de janeiro de 2009, ECLI:EU:C:2009:33, n.º 53; *Kohll et Kohll-Schlessler*, C-300/15, de 26 de maio de 2016, ECLI:EU:C:2016:361, n.º 55.

provas que considerarem necessárias para apreciar se os requisitos de dedutibilidade das despesas previstas pela legislação em questão estão preenchidos e, conseqüentemente, se há ou não que conceder a dedução solicitada»²⁴³.

Propõe ainda, na senda de *Scorpio*, e no sentido de desonerar o destinatário do serviço, que a retenção na fonte seja feita sobre rendimentos brutos, podendo o prestador de serviços invocar mais tarde o seu direito de dedução²⁴⁴.

O TJ adota, em suma, a propósito da eficácia da cobrança, um posicionamento formalista, ao reconhecer ao Estado da fonte o direito de fixar as regras que bem entenda para que sejam possíveis as deduções. Isto é, por muito complexo que seja o procedimento, admitindo o TJ, desde logo, que o será, o que interessa é que ele exista em termos teóricos. Neste contexto o TJ tenta desvalorizar a questão, dizendo que também para os residentes se levantam problemas que serão semelhantes. Ora, é óbvio que quando estão em causa residentes, dada a proximidade, os entraves administrativos são muito menores, não só para a Administração Tributária, mas naturalmente para os sujeitos passivos.

Por outras palavras, o TJ ao assegurar que pelo menos teoricamente haja a possibilidade de deduzir as despesas, considera que estará protegida a liberdade de prestação de serviços. Isso, por muito complicada que seja essa dedução, incumbindo, como diz, ao prestador de serviços determinar se considera oportuno investir recursos na elaboração e na tradução de documentos destinados a demonstrar as despesas cuja dedução solicita.

Custa-nos a crer que o TJ não tenha consciência do alcance desta decisão que implicará, por uma lado, um ónus pesadíssimo para muitos dos não residentes que, num cenário em que fosse regra a tributação de rendimentos líquidos, provavelmente sustentariam que esse regime seria discriminatório e contrário à liberdade de circulação. Vale-nos o facto de essa dedução ser opcional, o que permite afastar esse cenário. Por outro lado, obrigar os Estados da fonte a criarem um regime de dedução de despesas para não residentes e, nesse contexto, aplicá-lo com toda a carga administrativa que isso envolve, não é uma proposta realista, para não dizer impraticável. São milhares as operações, muitas delas muito modestas e a ligação à fonte mais do que ténue.

243 In *Brisal*, C-18/15, cit., n.º 50. Ver *Persche*, C-318/07, cit., n.º 54; *Kohll et Kohll-Schlessler*, C-300/15, cit., n.º 56.

244 *Brisal*, C-18/15, cit., n.º 42.

Parece-nos que na realidade o TJ, não sem algum calculismo, tem um propósito definido que é nem mais nem menos do que levar os Estados da fonte a não tributar esses rendimentos. Perante este cenário de complexidade, que claramente é apresentado pelo TJ aos Estados-Membros, espera-se que estes optem pela via mais simples e não tributem esses rendimentos na fonte.

Concluimos que o impacto deste acórdão será relativamente contido, dado que a maior parte dos Estados-Membros já aboliram a tributação dos juros obtidos por não residentes e os que ainda não o fizeram, perante este acórdão e as limitações que dele decorrem, provavelmente optarão por seguir o mesmo caminho.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção),
de 7 de julho de 2016**

(C-46/15)

Tipo: reenvio prejudicial apresentado pelo Tribunal Central Administrativo Sul.

Partes: Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal.

Objeto: interpretação do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii) segundo travessão, 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: i) o artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, 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, deve ser interpretado no sentido de que, na falta da sua transposição para o direito interno, preenche as condições para conferir aos particulares direitos que possam ser invocados nos órgãos jurisdicionais nacionais contra as entidades adjudicantes, desde que estas sejam entidades públicas ou tenham sido encarregadas, por um ato de uma autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e disponham, para esse efeito, de poderes que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares; ii) o artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo

principal, que não permitem a um operador económico provar a sua capacidade técnica através de uma declaração unilateral, exceto se comprovar a impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado; iii) o artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo principal, que, sob pena de exclusão da candidatura do proponente, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência.

**iii. Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia,
de 7 de julho de 2016, processo C-46/15, *Ambisig c. AICP*
(Prova da capacidade técnica dos operadores económicos quando o
destinatário tiver sido um adquirente privado)**

Ricardo Pedro

Introdução

1. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), no acórdão *Ambisig c. AICP*, confrontou-se com o tema dos *meios de prova da capacidade técnica dos operadores económicos quando o destinatário tiver sido um adquirente privado* no âmbito de um concurso limitado por prévia qualificação.

Neste tipo de procedimento, previsto nos artigos 162.º a 192.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)²⁴⁵, há sempre uma fase de qualificação dos candidatos^{246, 247} em que tem lugar a avaliação, nomeadamente, da capacidade técnica dos operadores económicos, emergindo, da perspetiva do operador económico, a tarefa de provar a sua capacidade técnica.

Apesar da forma como o tema está regulado no CCP (*infra* n.º 4), a discussão, despoletada pelo acórdão em anotação, irá centrar-se na análise do disposto no artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii) na Diretiva 2004/18/CE²⁴⁸. Em rigor, a análise centrar-se-á na versão portuguesa da redação daquela norma, que regula a prova da capacidade técnica dos operadores económicos, em particular, a prova relativa aos fornecimentos e às prestações de serviços efetuados durante os três últimos anos quando o destinatário tiver sido um adquirente privado.

2. De destacar que, para além da referida questão relativa à prova, no acórdão em anotação, duas outras questões foram objeto de apreciação

245 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com múltiplas alterações.

246 Sobre este procedimento no CCP e em geral, Ana Gouveia Martins, “Concurso limitado por prévia qualificação”, in *Estudos de contratação pública*, CEDIPRE, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, V. 1, pp. 229-274.

247 Estas regras revelam ainda utilidade, quer para o diálogo concorrencial, quer para o procedimento de negociação.

248 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.

pelo TJ. Por um lado, foi abordado o tema do *efeito direto*²⁴⁹ das normas previstas no artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii) da Diretiva 2004/18/CE e, por outro, foi analisado o conceito de *entidade adjudicante* previsto no artigo 1.º, n.º 9, da Diretiva 2004/18/CE, para efeitos de qualificação da Associação dos Industriais do Concelho de Pombal.

Apesar da relevância que as duas referidas questões revelam, à luz da solução do caso concreto (com destaque para a segunda), por um lado, a economia deste artigo não permite analisar com o desenvolvimento que os referidos temas exigem e, por outro, a preocupação desta anotação não se centrará na solução do caso concreto, mas num desiderato muito mais diminuto que é o de *procurar trazer alguma luz ao tema da prova da capacidade técnica dos operadores económicos quando o destinatário tiver sido um adquirente privado*.

Para o referido efeito, nesta brevíssima anotação procura-se 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 M. Wathelet (II), da posição tomada nesta matéria pela nova Diretiva 2014/24/UE (III), das conclusões do acórdão em anotação (IV) e termina-se com umas breves conclusões (V).

I. Os factos e as questões prejudiciais

3. Na origem das questões prejudiciais e posterior decisão do TJ esteve o pedido de reenvio prejudicial desencadeado pelo Tribunal Central Administrativo Sul (“TCAS”) num litígio que opunha a Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (“Ambisig”), à AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (“AICP”) sendo ainda interveniente a Índice – ICT & Management, Lda ([“Índice”]). Em resumo, o processo deu entrada no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, que indeferiu a pretensão da Ambisig, tendo esta, posteriormente, recorrido para o TCAS.

O objeto do litígio centrava-se, em síntese, no facto de a AICP ter aprovado, em 27 de março de 2014, o relatório final de qualificação elaborado pelo júri, que qualificou a candidatura da Índice, e para o que aqui interessa, excluiu a candidatura da Ambisig no âmbito de um concurso público limitado por prévia qualificação para a adjudicação de um contrato público de prestação de serviços.

²⁴⁹ O tema tem sido objeto de vasto desenvolvimento, cf., entre outros, acórdão *Portgás*, de 12 de dezembro de 2013, C-425/12, ECLI:EU:C:2013:623.

A exclusão assentou no fundamento de que a Ambisig não cumpria o disposto *no programa do procedimento* porque: **(i)** não tinha feito prova das condições relativas à sua capacidade técnica através de uma declaração emitida por um adquirente privado e **(ii)** não tinha comprovado, nem sustentado uma impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção dessa declaração – como exigia o disposto no artigo 12.º, n.º 1, alíneas c) e f), que previa o seguinte:

“Para qualificação dos candidatos é necessário apresentar os seguintes documentos da candidatura:

[...]

c) Declaração do cliente, em papel timbrado e carimbado, a comprovar a implementação do sistema de gestão do ambiente e/ou da qualidade pelo concorrente, de acordo com o modelo de declaração constante do Anexo VIII ao presente programa. A declaração deverá conter o reconhecimento da assinatura e da qualidade em que assina, feita por notário, advogado ou outra entidade com competência;

[...]

f) Declaração do cliente em papel timbrado e carimbado a comprovar a implementação de sistemas de gestão, desenvolvimento e implementação de plataforma tecnológica em rede, software de sistemas de gestão e as ações de coordenação pelo concorrente, indicando o respetivo valor, de acordo com o modelo de declaração constante do Anexo IX ao presente programa. A declaração deverá conter o reconhecimento da assinatura e da qualidade em que assina, feita por notário, advogado ou outra entidade com competência; [...]”

4. Para a devida compreensão do tema importa ter presente que a elaboração do programa do procedimento deveria considerar, por um lado, o disposto no artigo 165.º do CCP que, para o que aqui interessa, previa o seguinte:

“1. Os requisitos mínimos de capacidade técnica a que se refere a alínea h) do n. 1 do artigo anterior devem ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, descrevendo situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:

a) À experiência curricular dos candidatos;

b) Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;

- c) *Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade;*
- d) *A capacidade dos candidatos adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;*
- e) *A informação constante da base de dados do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., relativa a empreiteiros, quando se tratar da formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas.*

[...]

5. Os requisitos mínimos de capacidade técnica referidos no n. 1 e o fator 'f' referido na alínea i) do n. 1 do artigo anterior não devem ser fixados de forma discriminatória."

Por outro lado e *indispensável* neste contexto de reenvio prejudicial, deveria estar cumprido o disposto no artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii) da Diretiva 2004/18/CE que, para o que aqui interessa, previa o seguinte:

*"1. A capacidade técnica e/ou profissional dos operadores económicos será avaliada e verificada de acordo com os n.ºs 2 e 3.
2. A capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, dos produtos ou dos serviços:*

a) i) [...]

ii) Lista dos principais fornecimentos ou serviços efetuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados. Os fornecimentos e as prestações de serviços serão provados:

– [...]

– quando o destinatário tiver sido um adquirente privado, por declaração reconhecida do adquirente ou, na sua falta, por simples declaração do operador económico.

[...]"

5. Perante a dúvida resultante do previsto no programa do procedimento, face ao exigido pelo direito da União para a prova da capacidade técnica dos operadores económicos quando o destinatário tiver sido um adquirente privado, o TCAS decidiu suspender a instância e apresentar um pedido de

reenvio prejudicial, que teve por objeto a interpretação do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE, e que foi sintetizado nas seguintes três questões prejudiciais:

“1) Não regulando a legislação portuguesa a matéria contida no artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo [travessão], da Diretiva 2004/18 [...], é tal normativo diretamente aplicável na ordem jurídica portuguesa no sentido de que confere aos particulares um direito que estes podem fazer valer contra as entidades adjudicantes?

2) O disposto no [artigo] 48.º, n. 2, alínea a), ii), segundo [travessão], da Diretiva 2004/18 [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de normas, estabelecidas por entidade adjudicante, que não permitem ao operador económico provar as prestações de serviços através de declaração assinada pelo próprio, exceto se este comprovar impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado?

3) O disposto no artigo 48.º, n. 2, alínea a), ii), segundo [travessão], da Diretiva 2004/18 [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de normas, estabelecidas por entidade adjudicante, que, sob pena de exclusão, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência?”

II. Conclusões do Advogado-geral M. Wathelet

6. O Advogado-geral M. Wathelet²⁵⁰ começa por abordar a questão do efeito direto do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE, concluindo pela positiva, isto é, que esta disposição não requer nenhuma medida complementar para a sua aplicação, sendo, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicional e suficientemente precisa, logo, podendo os particulares invocá-la nos órgãos jurisdicionais nacionais contra o Estado.

250 Conclusões do Advogado-geral apresentadas em 3 de março de 2016 no processo *Ambisig c. AICP*, C-46/15, ECLI:EU:C:2016:530.

7. Tal como acontece no acórdão em anotação, também nas suas conclusões, o Advogado-geral aborda a questão de saber se a AICP se poderia/deveria qualificar como entidade adjudicante/Estado e não como um *particular*.

Questão que, naturalmente, é de grande relevância para a decisão do caso concreto e que beneficia da jurisprudência do TJ²⁵¹ no sentido de que qualifica como entidade adjudicante a entidade que “*seja qual for a sua natureza jurídica, tenha sido encarregado, por um ato da autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que disponha, para esse efeito, de poderes que ultrapassam os que resultam das regras aplicáveis às relações entre particulares*”.

Face aos elementos constantes do processo, o Advogado-geral tende para uma resposta negativa, em virtude de se tratar de uma associação de empresas puramente privada que não presta um serviço de interesse público, nem dispõe, em todo o caso, de poderes especiais para realizar as suas missões, deixando, no entanto, tal tarefa de qualificação para o TCAS.

8. O Advogado-geral aborda também a questão da *hierarquia dos meios de prova autorizados* pelo artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 (*supra* n.º 4), concluindo que o meio de prova que segue a expressão “na sua falta” – ou seja, a declaração do operador económico – deve ser considerado *subsidiário* em relação ao que o precede, isto é, a declaração reconhecida do adquirente.

Acresce que não deixa de sublinhar que a “*impossibilidade de obter a declaração de um adquirente deve ser ajuizada à luz do princípio da razoabilidade*”.

Por fim, o Advogado-geral conclui pela não incompatibilidade do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE com a exigência de comprovar a impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado.

9. A derradeira questão, sobre a qual também se debruça o Advogado-geral, tem a ver com o facto de saber se a declaração do adquirente privado *deve ou não conter o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência para tal*. A dúvida parece dever-se à redação do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão,

251 Entre outros, acórdãos *Elaine Farrell*, de 19 de abril de 2007, C-356/05, ECLI:EU:C:2007:229, e *Portgás*, C-425/12, cit..

da Diretiva 2004/18 na versão em língua portuguesa, que exige uma “declaração *reconhecida* do adquirente” – o que, de acordo com o Advogado-geral, não acontece na referida norma em outras línguas.

O Advogado-geral investe numa interpretação teleológica, segundo a qual o artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE não exige que a declaração do adquirente privado *contenha uma assinatura reconhecida por um notário, um advogado ou outra entidade competente*.

Para o Advogado-geral, subordinar a aceitação de uma declaração do adquirente à sua autenticação por notário, advogado ou outra entidade competente seria ir contra o objetivo da norma, pois, tal exigência seria “(...) *suscetível de dissuadir determinados potenciais candidatos que, confrontados com a dificuldade prática (devido aos prazos fixados pelo anúncio de concurso, por exemplo) em cumprir este requisito suplementar, desistiriam de apresentar uma proposta*”.

Em síntese, defende que “(...) os termos «declaração *reconhecida*», utilizados na versão em língua portuguesa, não requerem nenhum formalismo particular” e que “o artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 se opõe à aplicação de regras, estabelecidas por uma entidade adjudicante, que, sob pena de exclusão, exigem que a declaração do adquirente privado *contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência*”.

III. O acórdão em anotação

10. O acórdão em anotação, seguindo em boa medida as conclusões do Advogado-geral, vem responder às três questões prejudiciais formuladas pelo TCAS da seguinte forma:

- (i) “O artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, 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, deve ser interpretado no sentido de que, na falta da sua transposição para o direito interno, preenche as condições para conferir aos particulares direitos que possam ser invocados nos órgãos jurisdicionais nacionais contra as entidades adjudicantes, desde que estas sejam entidades públicas ou tenham sido encarregadas, por um ato de uma autoridade pública, de prestar;

sob controlo desta, um serviço de interesse público e disponham, para esse efeito, de poderes que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares.”

- (ii) *“O artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo principal, que não permitem a um operador económico provar a sua capacidade técnica através de uma declaração unilateral, exceto se comprovar a impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado.”*
- (iii) *“O artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de regras estabelecidas por uma entidade adjudicante, como as que estão em causa no processo principal, que, sob pena de exclusão da candidatura do proponente, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência.”*

IV. A Diretiva 2014/24/UE

11. A Diretiva 2014/24/UE²⁵², que revoga a Diretiva 2004/18/CE e que produz efeitos a partir de 18 de abril de 2016, prevê no artigo 58.º que os critérios de seleção podem estar relacionados com a capacidade técnica, devendo, por um lado, as autoridades adjudicantes limitar as condições àquelas que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente dispõe da capacidade técnica necessária para cumprir o contrato a adjudicar e, por outro, todos os requisitos estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.

A referida *capacidade técnica* deve ser objecto de prova, tal como era exigido na Diretiva 2004/18/CE; no entanto, a Diretiva 2014/24/UE altera a redação da anterior diretiva, *reduzindo o nível de formalismo*, tal como afirmado pelo Advogado-geral, *“no sentido de uma diminuição do formalismo probatório, ao suprimir qualquer referência a uma qualquer declaração do comprador”*.

²⁵² 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.

12. A este propósito é de ter em conta que o artigo 60.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE – que substitui o artigo 48.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18/CE – prevê simplesmente que:

“a capacidade técnica dos operadores económicos pode ser comprovada por um ou mais dos meios enunciados no anexo XII, parte II, de acordo com a natureza, a quantidade ou a importância e a finalidade das obras, fornecimentos ou serviços”.

Por sua vez, o Anexo XII, parte II, alínea a), ii), da Diretiva 2014/24/UE, regula os meios de prova que atestam a capacidade técnica dos operadores económicos, que surgem sob a forma de listas e, prevê que, para o que aqui interessa, pode ser exigido uma:

“ii) lista dos principais fornecimentos ou serviços efetuados durante os três últimos anos, no máximo, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados. Quando necessário para assegurar um nível adequado de concorrência, as autoridades adjudicantes podem indicar que serão tidas em conta provas de fornecimentos ou de serviços relevantes entregues ou prestados há mais de três anos”.

13. Em síntese, tudo converge no sentido da eliminação da exigência de fazer acompanhar essa lista de uma declaração do adquirente.

Reduz-se, assim, o nível de formalismo probatório exigido pela anterior diretiva, podendo assumir-se o argumento de que esta exigia um nível de formalidade que ia além do necessário para a prova da capacidade técnica dos operadores económicos.

A opção legislativa adotada na nova diretiva parece impor o entendimento de que, caso a entidade adjudicante tenha dúvidas sobre a veracidade do documento apresentado, deve solicitar informação adicional que demonstre a sua autenticidade.

V. Conclusões

14. O acórdão do TJ em anotação, seguindo a solução proposta pelo Advogado-geral M. Wathelet, interpreta o artigo 48.º, n. 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18/CE, no sentido de não associar a prova da capacidade técnica do operador económico a um formalismo particular.

Ou seja, a decisão em análise posiciona-se no sentido de que o referido artigo se “*opõe à aplicação de regras, estabelecidas por uma entidade adjudicante, que, sob pena de exclusão, exigem que a declaração do adquirente privado contenha o reconhecimento da assinatura por notário, advogado ou outra entidade com competência*”.

15. Como acima se referiu a (nova) Diretiva 2014/24/UE parece ir além (no sentido da não exigência de forma) do interpretado no acórdão em anotação, na medida em que dispõe no sentido de a prova da capacidade técnica dos operadores económicos, quando o destinatário tiver sido um adquirente privado, *não exigir que a lista dos principais fornecimentos ou serviços efectuados durante os três últimos anos se faça acompanhar de uma declaração do adquirente*.

Verifica-se assim uma mudança significativa face à anterior diretiva, pois, a necessidade de a lista, agora referida no Anexo XII, parte II, alínea a), ii), vir acompanhada de uma declaração do adquirente privado desapareceu (e, por maioria de razão, não deve ser exigida uma declaração “certificada”)²⁵³.

16. Uma outra conclusão a retirar é que o acórdão em anotação não se opõe a que possa ser exigido ao operador económico a prova da sua capacidade técnica através de uma declaração unilateral, desde que este tenha comprovado a impossibilidade ou séria dificuldade na obtenção de declaração do adquirente privado, ou seja, admite uma *hierarquia dos meios de prova autorizados* pelo artigo 48.º, n.º 2, alínea a), ii), segundo travessão, da Diretiva 2004/18. Por outras palavras, considera *primário* ou *privilegiado* o meio de prova resultante da declaração reconhecida do adquirente privado, apenas se admitindo a declaração do unilateral do operador económico, caso aquela seja *impossível* de obter ou de *difícil* obtenção.

Tal como já se depreende da primeira conclusão acima referida, a Diretiva 2014/24/UE não exige que *a lista dos principais fornecimentos ou serviços efectuados durante os três últimos anos se faça acompanhar de uma declaração do adquirente*. Logo, por maioria de razão, parece, neste contexto de direito derivado da União Europeia, ter perdido utilidade

253 Cf. ainda, Albert Sanchez-Graells, “Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24”, in F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer (ed), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014, pp. 117 e ss.

a discussão sobre qual o meio de prova que se deve lançar mão em primeiro lugar (declaração do adquirente ou declaração do operador económico?).

17. Por fim, e por uma questão de oportunidade, não pode esquecer-se que, apesar do actual (omissivo) direito nacional legislado (que à data ainda não sofreu as alterações resultantes da necessária transposição da Diretiva 2014/24/UE) – tal como sustentado pelo Advogado-geral M. Wathelet e admitido, por exemplo, no acórdão *Beentjes*²⁵⁴ – as *normas sobre a prova da capacidade técnica do operador económico revestiam-se*, ao abrigo da anterior diretiva, de *efeito directo*. Assim, (pelo menos) por igualdade de razão, as normas sobre a referida matéria ao abrigo da nova diretiva *revestem-se* também de *efeito directo*, podendo, por isso, estas ser invocadas pelos particulares nos órgãos jurisdicionais nacionais contra o Estado.

254 31/87, de 20 de setembro de 1988, ECLI:EU:C:1988:422.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção)
de 16 de junho de 2016

(C-200/15)

Tipo: ação por incumprimento.

Partes: Comissão Europeia c. República Portuguesa.

Objeto: Comissão Europeia pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao aplicar, para efeitos da determinação do valor tributável dos veículos usados provenientes de outro Estado-Membro, introduzidos no território de Portugal, um sistema relativo ao cálculo da desvalorização dos veículos que não tem em conta o valor real destes e, em particular, que não tem em conta a sua desvalorização antes de estes atingirem um ano, nem qualquer outra desvalorização desses veículos no caso de veículos com mais de cinco anos, a República Portuguesa não cumpriu os deveres que lhe incumbem por força do artigo 110.º TFUE.

Dispositivo: a República Portuguesa, ao aplicar, para efeitos da determinação do valor tributável dos veículos usados provenientes de outro Estado-Membro, introduzidos no território de Portugal, um sistema relativo ao cálculo da desvalorização dos veículos que não tem em conta a sua desvalorização antes de estes atingirem um ano, nem a desvalorização que seja superior a 52% no caso de veículos com mais de cinco anos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º TFUE.

**iv. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça
da União Europeia relativo ao Imposto sobre Veículos,
Processo C-200/15, de 16 de junho de 2016**

Manuel Teixeira Fernandes
Tânia Carvalhais Pereira

1. Introdução

O presente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), proferido pela 7.^a Secção em 16 de junho de 2016, teve origem numa *ação por incumprimento*²⁵⁵ instaurada pela Comissão Europeia contra a República Portuguesa, por alegada violação do artigo 110.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) em matéria de Imposto Sobre Veículos (ISV).

O ISV é um dos impostos indiretos sobre o consumo que ainda não foi objeto de harmonização a nível europeu, o que não prejudica a respetiva qualificação como instrumento do mercado interno e a consequente observância dos princípios e liberdades fundamentais da União Europeia, desde logo a liberdade de circulação.

No caso dos autos, tratando-se de um processo suscitado pela via institucional, houve lugar ao chamado *procedimento pré-contencioso* no qual a Comissão, primeiro através de uma “notificação para cumprir” e depois através de um *Parecer Fundamentado*²⁵⁶, procurou, sem sucesso, que o Governo português revisse a sua posição através, nomeadamente, da alteração da redacção da Tabela D, inserta no artigo 11.º do Código do Imposto Sobre Veículos (CISV), aplicável aos veículos portadores de matrículas definitivas comunitárias, atribuídas por outros Estados Membros da União Europeia, na redacção em vigor desde 1 de janeiro de 2009²⁵⁷.

A Comissão sustentou a ação de incumprimento contra Portugal no facto de, por um lado, na referida Tabela – na qual se estabelecia a desvalorização e a correspondente redução do imposto a pagar pelos veículos usados provenientes dos outros Estados-membros onde obtiveram a 1.^a matrícula –, estar prevista a tributação como novos dos veículos com antiguidade da matrícula até um ano e, por outro, de não

255 Instaurada ao abrigo do 2.º parágrafo do artigo 258.º do TFUE.

256 Previsto no 1.º parágrafo do artigo 258.º do TFUE.

257 E que iria vigorar até 31 de dezembro de 2016.

estar prevista qualquer desvalorização dos veículos para além dos cinco anos de antiguidade da matrícula.

A Tabela D inserta no artigo 11.º do CISV objeto do litígio tinha a seguinte redação à data dos factos:

Tabela D

Tempo de uso	Percentagem de redução
Mais de um a dois anos	20
Mais de dois a três anos	28
Mais de três a quatro anos	35
Mais de quatro a cinco anos	43
Mais de cinco anos	52

Esta tabela vigorou entre 1/01/2009 e 31/12/2016

2. A posição da Comissão

A Comissão invocou, em abono da sua tese, que as percentagens de desvalorização (abatimentos ao montante do imposto a pagar) previstas na Tabela D, ínsita no artigo 11.º do CISV, a aplicar aos veículos usados provenientes dos outros Estados-membros não tinham em conta a real desvalorização dos mesmos, em desconformidade com o disposto no artigo 110.º do TFUE.

Mais concretamente, a Comissão insurgiu-se contra o facto de a Tabela D não prever qualquer desvalorização aplicável aos veículos usados com menos de um ano de antiguidade da matrícula, o mesmo acontecendo para os veículos com antiguidade da matrícula superior a cinco anos.

No entender da Comissão, a desvalorização de um veículo começa no momento da sua aquisição ou do começo da sua utilização (entrada ao serviço, na expressão do acórdão), continuando a desvalorizar-se depois de cinco anos de antiguidade da matrícula. Ora de acordo com o disposto no artigo 11.º do CISV os veículos usados provenientes de outros Estados-membros com antiguidade da matrícula inferior a um ano seriam tributados como se se tratasse de veículos novos, e no que respeitava os veículos com cinco ou mais anos de antiguidade da matrícula a percentagem de redução do montante do imposto a pagar seria sempre igual a 52%, independentemente do número efetivo de anos de desgaste acima dos cinco anos.

A Comissão contestou, também, o facto de a Tabela D ter sido construída com base num único critério – a antiguidade da matrícula – quando, em seu entender, para avaliação de um veículo automóvel usado, deveriam ser considerados outros factores, nomeadamente, a quilometragem e o estado de conservação.

No aresto objeto da presente anotação, a Comissão considerou, ainda, que o facto de a legislação portuguesa, no n.º 3 do artigo 11.º do CISV, prever a faculdade de os sujeitos passivos poderem requerer a fixação do valor do veículo com utilização do designado “Método de avaliação” – através do qual o valor do veículo (e a respetiva tributação) seria determinado tendo em consideração o seu estado real de conservação –, não retirava o país da situação de incumprimento do artigo 110.º do TFUE, uma vez que essa avaliação estava dependente da iniciativa do contribuinte e do pagamento de taxas, não sendo, por isso, de aplicação automática.

Em síntese, a Comissão considerou que a legislação portuguesa fazia incidir sobre os veículos usados provenientes dos outros Estados-membros uma tributação em ISV superior aquela que seria devida pelos correspondentes veículos usados matriculados em Portugal no estado de novos, devendo, por isso, ser qualificada como medida discriminatória contrária ao disposto no artigo 110.º do TFUE, que visa a liberdade de circulação das mercadorias no espaço da União.

3. A posição do Governo português

Em sua defesa, o Governo português sustentou que a elaboração de uma tabela de taxas que incluísse outros critérios, para além da antiguidade da matrícula, seria altamente complexa e a respetiva utilização exigiria uma significativa carga burocrática, com custos elevados, tanto para a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), como para os contribuintes.

Mais acrescentou que a tabela de taxas fixas (Tabela D) prevista no artigo 11.º do CISV – embora tivesse sido construída somente com base na antiguidade da matrícula – permitia responder à generalidade das importações de veículos usados provenientes dos outros Estados-membros, sendo de fácil aplicação prática. O termo “Importação”, neste contexto, é utilizado numa acepção económica do conceito. Numa acepção jurídica, como é sabido, o conceito de importação refere-se a mercadoria com origem em países terceiros. Porventura, para fugir a esta confusão terminológica, o legislador nacional optou por designar por “admitidos” os veículos provenientes de outros Estados-membros que são submetidos a matrícula em Portugal.

Portugal referiu, ainda, que a generalidade dos veículos importados em território nacional tinha até cinco anos de antiguidade e que a desvalorização prevista na tabela não era discriminatória em comparação com o tratamento fiscal dos veículos usados matriculados em Portugal no estado de novos, havendo casos, como nos veículos de coleção, em que seria mesmo mais favorável do que a avaliação casuística.

No entender do Governo português, o “sistema misto” previsto no artigo 11.º do CISV, composto pela referida Tabela D e por um método de avaliação directa e casuística do veículo, designado por *Método de avaliação*, apresentava-se como uma melhor solução de um ponto de vista prático e económico. A Tabela D seria aplicável à generalidade dos veículos automóveis e permitia determinar imediatamente o montante do imposto a pagar, mas, se os contribuintes não concordassem com o montante assim determinado poderiam, em alternativa, requerer às autoridades competentes a aplicação do *Método de avaliação*. De acordo com este método a determinação do valor do veículo (e do imposto a pagar) seria então feita de forma directa, tendo por referência o seu concreto valor de mercado.

Em face do exposto, o Governo português conclui que estariam devidamente salvaguardados os direitos dos contribuintes, que teriam à sua escolha mais de uma via para determinação da desvalorização do veículo.

4. Apreciação e decisão do Tribunal

No caso objeto da presente anotação não foram apresentadas conclusões pelo Advogado-Geral J. Kokott, nem observações escritas por outros Estados membros. Identificadas, com clareza, as posições dicotómicas das partes, o TJUE estava em condições de decidir.

O Tribunal começou por decidir apreciar as duas acusações que a Comissão havia apresentado ao sistema de tributação português e que consistiam, em síntese, no facto de não estar prevista na Tabela D ínsita no artigo 11.º do CISV português qualquer desvalorização para os veículos provenientes e matriculados noutro Estado-membro há menos de um ano, e também não estar prevista na referida Tabela qualquer desvalorização para os veículos com antiguidade superior a cinco anos.

O argumento português das dificuldades práticas, decorrentes da utilização de uma Tabela onde estivessem previstos vários critérios que permitissem uma real avaliação do estado dos veículos, foi prontamente refutado. O TJUE notou, em suma, que essas dificuldades não podiam ter

como resultado uma tributação discriminatória contra os veículos usados provenientes de outros Estado-membros. Mais lembrou que o artigo 110.º do Tratado visa assegurar a livre circulação de mercadorias entre os Estados-membros, em condições de sã concorrência, não permitindo, assim, que tal desiderato seja prejudicado por imposições internas discriminatórias das mercadorias provenientes de outros Estados-membros.

No mesmo sentido, o TJUE recordou a sua jurisprudência uniforme, produzida em variadíssimos acórdãos²⁵⁸ em que estava em causa a apreciação do (in)cumprimento do artigo 110.º do TFUE, no sentido de que há incumprimento do Tratado quando sobre os veículos usados provenientes de outros Estados-membros incida um imposto que “exceda o montante residual do imposto incorporado no valor dos veículos automóveis usados semelhantes já matriculados no território nacional”.

No mesmo sentido, o TJUE considerou como ponto assente que os veículos começam a desvalorizar-se logo que são vendidos ou entram em circulação e que continuam a desvalorizar-se para além dos cinco anos de antiguidade. Com efeito, a Tabela D, na redação à data dos factos em apreço no acórdão em análise, que previa que os veículos usados, provenientes de outros Estados-membros com antiguidade da matrícula inferior a um ano, pagassem um imposto igual ao dos veículos novos matriculados pela primeira vez em Portugal desconsiderava, de modo ostensivo a jurisprudência firmada do TJUE. Acresce ao exposto que a referida Tabela também não tinha em conta a desvalorização dos veículos com antiguidade da matrícula superior a cinco anos pelo que, neste caso, o imposto suportado pelos mesmos seria superior àquele que se encontrava incorporado nos veículos usados semelhantes que foram matriculados em Portugal no estado de novos.

Tudo assente, o TJUE concluiu que a Tabela D contida no artigo 11.º do CISV, ao não prever qualquer desvalorização para os veículos usados provenientes dos outros Estados-membros com antiguidade inferior a um ano, nem qualquer desvalorização para os veículos provenientes dos outros Estados-membros com antiguidade superior a cinco anos, era discriminatória, constituindo entrave à livre circulação das mercadorias em condições de concorrência, e que Portugal não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º do Tratado.

258 De que são exemplos: acórdão *Brzezinski*, C-313/2005, de 20 de janeiro de 2007, ECLI:EU:C:2007:33, e acórdão *Comissão c. Grécia*, C-74/06, de 20 de setembro de 2007, ECLI:EU:C:2007:534. No caso português, são especialmente relevantes os acórdãos *Nunes Tadeu*, C- 345/93, de 9 de março de 1995, ECLI:EU:C:1995:66, e *Gomes Valente*, C-393/98, de 22 de fevereiro de 2001, ECLI:EU:C:2001:109.

5. Análise do acórdão

Antes mesmo de analisar a estrutura argumentativa das partes e a decisão do TJUE, partindo apenas da análise literal dos termos da Tabela D objeto de apreciação, diríamos que é manifesto o respetivo carácter discriminatório dado que, por um lado, os veículos usados provenientes dos outros Estados-membros com antiguidade da matrícula inferior a um ano pagam o mesmo imposto que os correspondentes veículos novos matriculados em Portugal e, por outro lado, na referida Tabela a redução do montante do imposto termina, abruptamente, na antiguidade da matrícula de cinco anos. De referir, ainda, que a previsão de um tratamento legal discriminatório em função, exclusivamente, da matrícula ser realizada em território nacional ou noutro Estado da União não encontra, na economia do diploma, qualquer motivação de política legislativa que permita a respetiva justificação, por necessária, adequada e proporcional.

De acordo com a Tabela D em apreço, aos veículos matriculados e a circularem até um ano seria atribuído o mesmo valor que tinham quando eram novos e considerava-se que a desvalorização dos veículos matriculados noutro Estado-membro terminaria ao fim de cinco anos de matrícula, o que na realidade facilmente se intui que não é o que acontece.

Por sua vez, o Governo português – reconhecendo, implicitamente, que a Tabela D seria discriminatória e, provavelmente, para evitar uma situação de litigância com a Comissão -, na Proposta de Orçamento de Estado para 2015 propôs à Assembleia da República a repriminção pura e simples da redacção da Tabela D na versão que esteve em vigor até 31/12/2008²⁵⁹. A redacção da referida Tabela, então proposta, assentava num consenso entre a Comissão e o Governo português, na sequência, e em execução, dos acórdãos do TJUE conhecidos como acórdão Nunes Tadeu²⁶⁰ e acórdão Gomes Valente²⁶¹, ambas empresas nacionais. No primeiro aresto o TJUE esclareceu que a “cobrança por um Estado-membro de um imposto sobre os veículos usados provenientes de outro Estado-membro é contrária ao artigo 95.º do Tratado CEE²⁶² quando o montante do imposto, calculado sem tomar em conta a depreciação real do veículo, exceda o montante residual do imposto incorporado no valor

259 Cf. Proposta do orçamento de Estado para 2015, página 222.

260 Processo C-345/93, de 09/03/1995.

261 Processo C-393/98, de 22/02/2001.

262 Atual artigo 110.º do TFUE.

dos veículos automóveis usados semelhantes já matriculados no território nacional”. E no acórdão Gomes Valente, o TJUE foi claro ao referir que o “artigo 95.º, primeiro parágrafo, do Tratado só permite a um Estado-membro aplicar aos veículos usados importados de outros Estados-membros um sistema de tributação em que a depreciação do valor efetivo dos referidos veículos é calculada de modo geral e abstrato, com base em critérios ou tabelas fixas determinados por uma disposição legislativa, regulamentar ou administrativa, se esses critérios ou tabelas forem susceptíveis de garantir que o montante do imposto devido não excede, ainda que apenas em certos casos, o montante do imposto residual incorporado no valor dos veículos similares já matriculados no território nacional”.

Nada melhor do que seguir a orientação jurisprudencial assente nestes arestos e operar uma repristinação da redação da Tabela, oportunamente validada pelas instâncias europeias, para evitar uma situação de litígio com um desfecho que se afigurava relativamente previsível.

A redação constante da Proposta de Orçamento de Estado para 2015, que não chegou a ser aprovada pela Assembleia da República, e que era exatamente igual à redacção que vigorou até 31/12/2008, era a seguinte:

Tabela D

Tempo de uso	Percentagem de redução
De 6 meses a 1 ano	10
Mais de 1 a 2 anos	20
Mais de 2 a 3 anos	28
Mais de 3 a 4 anos	35
Mais de 4 a 5 anos	43
Mais de 5 a 6 anos	52
Mais de 6 a 7 anos	60
Mais de 7 a 8 anos	65
Mais de 8 a 9 anos	70
Mais de 9 a 10 anos	75
Mais de 10 anos	80

Contra todas as evidências, na Lei n.º 82-B/2014, que aprovou o Orçamento de Estado para 2015, as autoridades nacionais terão decidido, já em sede parlamentar, ser mais vantajoso para o país não empreender, então, qualquer iniciativa legislativa nesta sede.

Com efeito, tendo presente o que se deixou expresso, dir-se-á que o conteúdo do acórdão do TJUE agora em apreciação é tudo menos surpreendente pois, já em 2009, alguns autores²⁶³ sublinhavam, também, que a “posição do TJUE não parece compatível com a redação deste artigo (artigo 11.º do CISV) introduzida pelo artigo 89.º da Lei 64-A/2008”; sendo então já manifesto que o artigo 11.º do CISV contemplava normas consideradas discriminatórias e que iam contra a jurisprudência uniforme do Tribunal.

No mesmo sentido veja-se a decisão arbitral proferida no âmbito do processo n.º 53/2016-T, de 05/07/2016, que aprecia a inflecção legislativa que esteve na origem do processo em análise. Nessa decisão o Tribunal Arbitral conclui que a “legislação portuguesa, após ter respeitado, no essencial, durante mais de sete anos, a jurisprudência que se foi produzindo sobre esta questão da admissão de veículos usados, quer por via da elasticidade dos anos de uso, quer por via de soluções alternativas de tributação, aparentemente, nos últimos anos afastou-se deste rumo. Com efeito, é mais ou menos evidente que o legislador se abstraiu do facto concreto e real da experiência de vida, de que uma maior antiguidade de um veículo implica, quase sempre, uma mais acentuada depreciação do valor do veículo, ao tributar através da fórmula veículos da mesma marca, modelo, cilindrada e CO2, de forma igual, independentemente de um ter, por exemplo, cinco anos e um dia de antiguidade e de outro ter, por exemplo, vinte anos de antiguidade”. Mais se referiu no mesmo aresto que “Apenas em situações pontuais, como terem os veículos sido pertença de alguma celebridade, terem participado em determinados eventos, terem sido objeto de produções de série muito limitadas, serem considerados veículos históricos ou terem tido proprietários que lhe conferiram grande estima, essa regra é quebrada, pois o valor dos bens regula-se pelo preço, e esse preço é tanto mais baixo quanto for menor a perspetiva do veículo poder ser utilizado em razão de se encontrar mais perto dos padrões que definem o fim de vida útil, o qual também não é idêntico para todos os veículos. Ora os atuais contornos da legislação

263 A. Brigas Afonso e Manuel Teixeira Fernandes, *Imposto Sobre Veículos e Imposto Único de Circulação Códigos Anotados*, Coimbra Editora, 2009, p. 73.

nacional ignoram na respetiva tabela esse factor relativamente aos veículos com mais de cinco anos tratando-os de forma indiferenciada, situação que terá motivado a Comissão na sua busca de justiça comunitária. O mesmo se diga relativamente ao facto de a tabela de reduções não contemplar qualquer percentagem para os veículos que possuam até um ano de antiguidade. É um facto público e notório que um veículo matriculado mal acesse a porta de saída do *stand* para ser entregue a um adquirente sofre automaticamente uma depreciação do seu valor de mercado, que em muitos casos pode atingir os 20%. Nesse período de um ano, um veículo introduzido no mercado nacional pode ter sido intensamente utilizado, percorrendo duas ou três vezes a média normal de quilómetros por ano e pode ter sido afeto a atividades de maior desgaste, como *rentings*, aluguer sem condutor, etc..., sofrendo uma desvalorização comercial acentuada, enquanto um veículo de outro Estado membro que se apresente para ser matriculado, pode apresentar-se em estado impecável”²⁶⁴.

Ao que se pensa, a execução do acórdão do TJUE objeto do presente comentário, foi feita através do artigo 217.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro²⁶⁵, que ripristinou a redação que a Tabela D tinha tido até 31/12/2008, com a singela diferença de que então o 1.º escalão do “Tempo de uso” (antiguidade da matrícula) começava em “de 6 meses a 1 ano” e agora começa “desde a data da matrícula até 1 ano”. Ou seja, o abatimento de 10% ao montante do imposto a pagar, que até 31/12/2008 só abrangia os veículos com antiguidade da matrícula superior a 6 meses e inferior a 1 ano, abrange, na atualidade, todo o período de tempo contado desde a data de atribuição da matrícula até 1 ano de antiguidade da mesma, como a seguir se pode ver.

264 Decisão arbitral publicada no site do CAAD, em www.caad.org.pt.

265 Orçamento do Estado para 2017. A nossa dúvida, quanto à execução do acórdão, decorre do facto de inexistirem considerandos nas leis orçamentais e de não serem conhecidas outras “justificações” das múltiplas alterações que cada OE introduz nos códigos fiscais, embora a edição de tais “justificações” fosse possível e muito desejável. E como prova de que assim é, cita-se a exceção constituída pelo OE/2002, para o qual o Ministério das Finanças editou a “justificação” para as alterações levadas a cabo nos vários diplomas.

Tabela D

Tempo de uso	Percentagem de redução
Até 1 ano	10
Mais de 1 a 2 anos	20
Mais de 2 a 3 anos	28
Mais de 3 a 4 anos	35
Mais de 4 a 5 anos	43
Mais de 5 a 6 anos	52
Mais de 6 a 7 anos	60
Mais de 7 a 8 anos	65
Mais de 8 a 9 anos	70
Mais de 9 a 10 anos	75
Mais de 10 anos	80

Redacção que vigora desde 1/01/2017

Tratar-se-ia, assim, de um simples regresso ao passado, não fora o facto de o ISV compreender agora duas componentes, a cilindrada e a ambiental, e de a desvalorização só operar na primeira componente. Dado que a actual formulação do ISV é a mesma de quando a Comissão instaurou a *Ação de Incumprimento*, e dado que na referida ação esta matéria não foi questionada, aparentemente, a Comissão concorda que os veículos usados provenientes dos outros Estados-membros devem pagar, na componente ambiental (CO₂), um montante de imposto igual ao que pagaram os veículos matriculados em Portugal no estado de novos. A ser assim, como parece, as instâncias europeias começam a abordar as questões ambientais numa perspetiva muito mais abrangente, com a qual concordamos em absoluto²⁶⁶.

²⁶⁶ No entanto, o nosso entusiasmo esmorece quando vemos a jurisprudência do caso *Ákos* (C-290/05 e C-333/05, de 5 de outubro de 2006, ECLI:EU:C:2006:652) no qual o TJUE, relativamente à componente ambiental do imposto então existente na Hungria e que era aplicada, em igual montante, aos veículos matriculados na Hungria no *estado de novos* ou no *estado de usados* considerou que tal disposição feria o art. 110.º do Tratado, dado que atribuía aos veículos usados provenientes dos outros Estados-membros da União um valor (e logo um imposto) que era superior ao contido nos correspondentes veículos matriculados na Hungria no *estado de novos*.

Com efeito, os “Estados-membros pobres²⁶⁷”, que são destinatários dos veículos usados provenientes dos “Estados-membros ricos”, têm que suportar os *custos de desmantelamento*²⁶⁸ que têm lugar aquando da retirada de circulação desses veículos. E têm que suportar, também, custos de poluição superiores²⁶⁹, pois, os veículos circulam nos Estados-membros de expedição quando são novos (provocando menores danos para o ambiente), enquanto circulam nos Estados-membros de destino, no estado de usados (poluindo, em maior grau, o ambiente). Razão pela qual, em execução do princípio do poluidor/pagador²⁷⁰ – considerando este conceito num âmbito alargado para incluir os aspetos acabados de referir –, deverão tais veículos automóveis suportar a totalidade do ISV da componente ambiental, como agora acontece.

267 O termo “Estados-membros pobres”, neste âmbito, engloba, não só aqueles cujo Produto Interno Bruto (PIB), per capita, é inferior à média da União, de que são exemplos Portugal e a Grécia, mas, também, os Estados-membros desenvolvidos, mas que têm uma produção automóvel incipiente, de que é exemplo a Dinamarca.

268 O *custo de desmantelamento* pode considerar-se tendencialmente igual ao apoio fiscal unitário concedido pelo Estado nos programas de apoio à retirada de circulação dos “veículos em fim de vida”, de que há vários exemplos nas leis orçamentais nacionais.

269 Em termos nacionais, as consequências negativas para o ambiente decorrentes da jurisprudência do TJUE são já referidas em 2002 por Patrícia Noiret Cunha e Sérgio Vasques, que alertam: “... cedo Portugal se tornará mero mercado de destino para veículos em fim de vida noutros Estados-membros” (*Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Almedina, p. 251).

270 Sobre o princípio da equivalência cf. Sérgio Vasques e Tânia Carvalhais Pereira, *Impostos Especiais de Consumo*, Almedina, 2016, pp. 53 e ss.

**Despacho do Tribunal de Justiça da União Europeia (Nona Secção),
de 7 de julho de 2016**

(C-214/15)

Tipo: reenvio prejudicial do Supremo Tribunal Administrativo.

Partes: Município de Vila Pouca de Aguiar c. Sá Machado & Filhos, SA.

Objeto: interpretação do artigo 55.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, conforme alterada pelo Regulamento (UE) n.º 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011.

Dispositivo: o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), por decisão de 9 de abril de 2015, é manifestamente inadmissível.

**v. Questão Prejudicial e “Interesse Transfronteiriço Certo” –
Comentário ao
Despacho do Tribunal de Justiça da União Europeia (Nona Secção),
de 7 de julho de 2016 – (C-214/15)**

Miguel Mota Delgado

1. Introdução

O despacho *Município de Vila Pouca de Aguiar*²⁷¹ pode, de certa forma, ser interpretado como ilustrativo da confusão, tanto substantiva como processual, gerada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça (da União Europeia) (doravante «TJ») relativa à potencial aplicação de certos princípios de direito da União, previstos no direito primário, a procedimentos de adjudicação de contratos públicos não abrangidos pelas diretivas da União Europeia relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos²⁷² (doravante «diretivas sobre contratação pública»). Após uma breve descrição e análise da situação de facto e da questão prejudicial suscitada, trataremos da resposta dada pelo TJ ao Supremo Tribunal Administrativo (doravante «STA»), visando uma abordagem substantiva, mas também processual do caso.

271 Despacho do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 7 de julho de 2016, *Município de Vila Pouca de Aguiar contra Sá Machado & Filhos, SA*, Processo C-214/15, ECLI:EU:C:2016:548 (doravante «*Município de Vila Pouca de Aguiar*»).

272 Atualmente, o quadro jurídico do direito derivado da União sobre procedimentos de adjudicação de contratos públicos é composto, no essencial, pelos seguintes diplomas: Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (relativa aos contratos públicos) [com as regras sobre os montantes limiares previstas nos artigos 4.º a 6.º] e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de março de 2004 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços) [com as regras sobre os montantes limiares previstas nos artigos 7.º a 9.º]; Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento 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) [com as regras sobre montantes limiares previstas nos artigos 15.º a 17.º] e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de março de 2004 (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais) [com as regras sobre os montantes limiares previstas nos artigos 16.º e 17.º]; Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (relativa à adjudicação de contratos de concessão) [com as regras sobre montantes limiares previstas nos artigos 8.º e 9.º].

2. Da situação de facto e da questão prejudicial

O despacho em análise, datado de 7 de julho de 2016, foi proferido pela nona secção do TJ, na sequência de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), no âmbito de um litígio que opunha o Município de Vila Pouca de Aguiar à sociedade Sá Machado & Filhos, SA (doravante «Sá Machado») a propósito da adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas com vista à construção de um centro hípico.

O Município de Vila Pouca de Aguiar abriu um concurso público para a adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas relativo à construção do Centro Hípico das Romanas – Pedras Salgadas. Publicado no *Diário da República* (a 16 de julho de 2013), as peças do procedimento previam que o preço total de uma proposta seria considerado anormalmente baixo quando fosse inferior a 15% do preço-base do contrato (inicialmente fixado em 1 862 546, 40 euros, e posteriormente alterado e fixado em 1 979 663,77 euros). Várias sociedades, entre as quais a Sá Machado e a Norcep Construções e Empreendimentos, Lda (doravante «Norcep»), apresentaram uma proposta, tendo sido apresentado pela Norcep o preço de 1 524 341 euros. Após ter convidado algumas empresas concorrentes, entre as quais a Norcep, a apresentarem explicações sobre o montante das propostas que tinham apresentado, e tendo em contas estas explicações, o júri redigiu o seu relatório preliminar no qual graduou, em primeiro lugar, a proposta da Norcep, em segundo lugar, a da Alexandre Barbosa Borges, SA, e, em terceiro lugar, a da Sá Machado.

Após indeferimento de uma reclamação da Sá Machado, na qual a sociedade pedia que a empreitada lhe fosse adjudicada, a Sá Machado instaurou, no Tribunal Administrativo e Fiscal de Mirandela, uma ação administrativa de impugnação urgente de contencioso pré-contratual contra os atos adotados no concurso em causa, incluindo o ato de adjudicação. Nesta instância, a Sá Machado alegou que a proposta da Norcep e as de seis outros concorrentes que tinham apresentado preços anormalmente baixos deviam ter sido *imediatamente* excluídas do concurso, sem possibilidade da entidade adjudicante lhes pedir previamente esclarecimentos. Com efeito, para a Sá Machado, na medida em que o Código dos Contratos Públicos (doravante «CCP») exigia que fossem apresentados, pelos concorrentes, no momento da apresentação das suas propostas, documentos com os elementos justificativos do preço anormalmente baixo, a ausência destes implicava a imediata exclusão

do concurso.²⁷³ O tribunal de primeira instância julgou parcialmente procedente a ação, declarando que a avaliação das propostas estava errada, mas considerando, igualmente, que não tinham sido violadas as disposições do CCP, respeitantes à apresentação de propostas com preços anormalmente baixos. A Sá Machado recorreu para o Tribunal Central Administrativo Norte, que condenou o Município de Vila Pouca de Aguiar a excluir a proposta da Norcep. O tribunal de segunda instância considerou que, sendo o preço apresentando pela Norcep anormalmente baixo, o júri devia ter proposto, no relatório preliminar, a imediata exclusão das propostas que não continham os documentos que justificassem a apresentação de um preço anormalmente baixo. O Município de Vila Pouca de Aguiar interpôs recurso de revista para o STA, alegando que, devendo o quadro jurídico português ser lido e interpretado à luz do direito da União, designadamente do artigo 55.º da Diretiva 2004/18/CE²⁷⁴ e da jurisprudência do TJ a ele relativa, a proposta da Norcep não podia ser excluída sem que antes lhe fosse dada a oportunidade de juntar os elementos justificativos do preço, uma vez que o anúncio do concurso em causa não exigia a apresentação de tais documentos.

Neste contexto, o STA decidiu suspender a instância, e submeteu ao TJ uma questão prejudicial, com vista a determinar se o direito da União, e nomeadamente o artigo 55.º da Diretiva 2004/18/CE, admitia que, no âmbito de um procedimento concursal com vista à adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, se excluísse imediatamente uma proposta que, no momento da sua apresentação, não se mostrasse, desde logo, instruída com documento que contivesse a justificação do preço anormalmente baixo.

273 A Sá Machado invocou, concretamente, o disposto na alínea d), do n.º 1, do artigo 57.º [*que dispõe que a proposta é constituída, entre outros documentos, pelos documentos que contenham os esclarecimentos justificativos de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resultar das peças do procedimento*], na alínea e), do n.º 2, do artigo 70.º [*que dispõe que são excluídas as propostas cuja análise revele, entre outros, um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados nos termos do artigo 71.º, do CCP*] e, nos n.ºs 3 [*que dispõe que nenhuma proposta pode ser excluída com fundamento em preço anormalmente baixo sem terem sido solicitados esclarecimentos relativamente ao preço*] e 4 [*que dispõe os fatores a ter em conta na análise dos esclarecimentos previstos no n.º 3, do artigo 71.º*], do artigo 71.º, do CCP.

274 O artigo 55.º, da Diretiva 2004/18/CE, sob a epígrafe «Propostas anormalmente baixas», dispõe que, se para um determinado contrato houver propostas que se revelem anormalmente baixas, antes de as poder rejeitar, a entidade adjudicante deve solicitar esclarecimentos sobre os elementos constitutivos da proposta.

3. Da resposta do Tribunal de Justiça

3.1 O despacho fundamentado

O TJ decidiu pôr termo à instância por via do despacho fundamentado previsto no n.º 2, do artigo 53.º, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (doravante «RPTJ»), declarando o pedido de decisão prejudicial manifestamente inadmissível.²⁷⁵ O TJ fundamenta esta manifesta inadmissibilidade na circunstância de não identificar, no processo principal, qualquer conexão com o direito da União pois, em *primeiro lugar*, o valor do contrato se encontrava abaixo do limiar previsto na Diretiva 2004/18/CE²⁷⁶ e, em *segundo lugar*, não dispunha dos elementos necessários para aferir da existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato.²⁷⁷

3.2 O limiar das diretivas da União Europeia relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

Como explica o TJ, as regras previstas nas diretivas sobre contratação pública apenas se aplicam a contratos cujo valor atinja o limiar por elas fixado.²⁷⁸ No caso, a regra invocada pelo Município de Vila Pouca de Aguiar, prevista no artigo 55.º da Diretiva 2004/18/CE, não seria aplicável na medida em que o preço-base do contrato (inicialmente de 1 862 546,40 euros, posteriormente alterado e fixado em 1 979 663,77 euros) ficava aquém no limiar de 5 000 000 euros previsto na alínea c), do artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE.²⁷⁹

²⁷⁵ Município de Vila Pouca de Aguiar, n.º 40. O despacho fundamentado previsto no n.º 2, do artigo 53.º, do RPTJ não se confunde com o despacho fundamentado previsto no artigo 99.º, do mesmo diploma. Enquanto o primeiro diz respeito a situações de *manifesta incompetência do TJ* ou de *manifesta inadmissibilidade do pedido ou da petição*, o segundo diz respeito a situações onde a questão colocada é *idêntica* a uma questão sobre a qual o TJ já se pronunciou, e situações de *acte clair* ou *acte éclairé*, vide sobre o despacho fundamentado e sobre as doutrinas do *acte clair* e *acte éclairé*: Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Katherine Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 98-101, p. 756.

²⁷⁶ Município de Vila Pouca de Aguiar, n.ºs 29-34.

²⁷⁷ Município de Vila Pouca de Aguiar, n.ºs 35-36.

²⁷⁸ Município de Vila Pouca de Aguiar, n.º 29.

²⁷⁹ Município de Vila Pouca de Aguiar, n.ºs 30-32.

3.3 O interesse transfronteiriço certo

Após concluir pela inaplicabilidade das regras previstas na Diretiva 2004/18/CE, o TJ procurou, ainda assim, determinar se outras regras de direito da União seriam aplicáveis ao processo principal. Para o efeito, o TJ procurou aferir da existência de «interesse transfronteiriço certo»²⁸⁰ no contrato.²⁸¹ No despacho, o TJ explicou que, como o STA não apresentou nenhum elemento que permitisse aferir da existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato em causa, não era possível dar uma resposta útil à questão prejudicial.^{282, 283}

280 A fórmula «interesse transfronteiriço certo» foi introduzida pelo TJ no Acórdão *Comissão v. Irlanda (An Post)*, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 13 de novembro de 2007, *Comissão v. Irlanda*, Processo C-590/03, ECLI:EU:C:2007:676. No acórdão *Wall*, decidido em 2010, o TJ abandonou, temporariamente, a fórmula «interesse transfronteiriço certo», referindo-se, apenas, às situações onde o contrato “em causa [fosse] suscetível de interessar [a] uma empresa situada num Estado-Membro diferente daquele onde a concessão é adjudicada”, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main & Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, Processo C-91/08, ECLI:EU:C:2007:676, n.º 34. O termo «suscetível» levantou dúvidas, na doutrina, relativamente a saber se um interesse transfronteiriço meramente *potencial* seria suficiente para determinar a aplicação dos princípios previstos no direito primário da União. Mais tarde, como se percebe da análise do presente despacho, o TJ reintroduziu a fórmula «interesse transfronteiriço certo», confirmando, para alguns autores, uma exigência acrescida na prova da existência de interesse transfronteiriço, incompatível com um critério de interesse transfronteiriço meramente *potencial*. Adrian Brown, “The requirement for “certain cross-border interest” before the EU Treaty obligations apply to below-threshold contracts: the EU Court of Justice ruling in case C-318/15 Tecnoedi Construzioni Srl v Comune di Fossano”, *Public Procurement Law Review*, n.º 1, 2017.

281 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.ºs 35-38.

282 No acórdão *SECAP*, o TJ declarou que cabia à jurisdição de reenvio a verificação da existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 15 de maio de 2008, *Secap SpA v. Comune di Torino*, Processo C-147/06, ECLI:EU:C:2008:277, (doravante «*SECAP*»), n.º 34. Isto implicava que o TJ respondesse a questões prejudiciais sobre contratos públicos não abrangidos pelas diretivas sobre contratação pública sem verificar, a título prévio, existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato. No despacho *Município de Vila Pouca de Aguiar*, o TJ adotou uma compreensão diferente, exigindo que o órgão jurisdicional de reenvio lhe fornecesse elementos suficientes para que os juízes do Luxemburgo conseguissem aferir, eles próprios, da existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato (*Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.º 37). Parece-nos mais correta esta segunda interpretação. Com efeito, a competência do TJ para responder a questões prejudiciais depende da existência de uma conexão entre o litígio do processo principal e o âmbito de aplicação do direito da União (Koen Lenaerts, Ignace Maselis, Katherine Gutman, *op. cit.*, pp. 238-241). Ora, a qualificação do contrato como de «interesse transfronteiriço certo» é a garantia dessa conexão, sem a qual o TJ não pode fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio.

283 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.ºs 37-39. No acórdão *SECAP*, podemos encontrar pistas sobre o que poderia ter sido a resposta do TJ se este tivesse identificado, no caso em análise, uma situação de «interesse transfronteiriço certo». Nesse acórdão, estava em causa um pedido de decisão prejudicial sobre a conformidade com o direito da União de certas disposições do direito italiano que previam a exclusão de propostas que, em procedimentos de adjudicação de contratos de empreitada, revelassem um preço anormalmente baixo. As normas italianas aplicáveis ao procedimento de adjudicação em causa impunham à entidade adjudicante que excluísse automaticamente (*i.e.* sem audiência prévia) propostas que se qualificassem como sendo anormalmente baixas com base numa fórmula matemática prevista no

O «interesse transfronteiriço certo» é um conceito desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”)²⁸⁴ pelo qual se determina a aplicação de certos princípios de direito da União (no essencial, do princípio da não discriminação em função da nacionalidade e do princípio da igualdade de tratamento), previstos no direito primário da União, a processos de adjudicação de contratos públicos não abrangidos pelas diretivas sobre contratação pública.²⁸⁵ Este critério pretoriano de qualificação do contrato, que já foi objeto de uma comunicação interpretativa por parte da Comissão²⁸⁶, tem sido aplicado em casos de adjudicação de contratos que, i) embora se encontrem excluídos do âmbito de aplicação objetivo das diretivas sobre contratação pública (v.g.

direito italiano. O valor do contrato em causa no processo principal situava-se abaixo das diretivas europeias relevantes, pelo que o TJ remeteu para o órgão jurisdicional de reenvio a tarefa de aferir da existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato (*SECAP*, n.º 34). O TJ considerou que a exclusão automática de propostas que se qualificassem como sendo anormalmente baixas poderia constituir uma situação de discriminação indireta em função da nacionalidade, na medida em que poderia colocar em desvantagem operadores económicos de outros Estados-Membros que, em virtude de terem estruturas de custo diferentes, poderiam beneficiar de economias de escala ou, diminuindo as suas margens de lucro, poderiam apresentar propostas mais competitivas (*SECAP*, n.º 26). Considerou ainda o TJ que tais normas do direito italiano poderiam dar lugar a atitudes e acordos anticoncorrenciais, nomeadamente práticas de colusão entre operadores económicos do Estado-Membro da entidade adjudicante (*SECAP*, n.º 27). O TJ ressaltou, contudo, as situações onde a existência de um número muito elevado de proponentes esgotasse a capacidade administrativa da entidade adjudicante, comprometendo a própria realização do projeto (*SECAP*, para. 32). Para estes casos, admitir-se-ia que o direito do Estado-Membro estabelecesse uma exclusão automática de propostas anormalmente baixas para os casos onde as propostas apresentadas fossem superiores a um determinado número, sendo que o número de cinco propostas, fixado no direito italiano, não seria razoável. (*SECAP*, n.º 33). Para um comentário ao acórdão *SECAP*, vide Totis Kotsonis, “Italian law on the automatic exclusion of abnormally low tenders: *SECAP* SpA v. Commune di Torino (C-147/06)”, *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2008.

284 Para uma evolução da jurisprudência do TJUE sobre a aplicação de princípios de direito da União, previstos no direito primário, a procedimentos de adjudicação de contratos públicos não abrangidos pelas diretivas sobre contratação pública, vide, por todos, Dacian Dragos, “Sub-dimensional public procurement in the EU”, in Christopher Bovis (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 186-193.

285 Sobre o conceito de «interesse transfronteiriço certo», permanecem várias incertezas. Telles chama a atenção, nomeadamente, para a circunstância de não se deduzir, com clareza, da jurisprudência do TJUE, se o «interesse transfronteiriço certo» exigido é um interesse *direto* ou *indireto*, *real* ou *potencial*, *certo* ou *incerto*. Pedro Telles, “The good, the bad, and the ugly: The EU’s internal market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, *Public Contract Law Journal*, vol. 43, n.º 1, 2013, pp. 12-18.

286 Em 2006, a Comissão adotou uma comunicação «sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos», *Comunicação Interpretativa da Comissão*, Jornal Oficial 2006, C 179/02. Nesta comunicação, a Comissão expressou a sua opinião relativamente às obrigações de transparência existentes no contexto destes procedimentos de adjudicação, fornecendo algumas orientações gerais relativas ao cumprimento destas obrigações. A República Federal da Alemanha propôs um recurso de anulação contra esta comunicação da Comissão, vindo este a ser julgado improcedente pelo Tribunal Geral, Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção), de 20 de maio de 2010, *República Federal da Alemanha v. Comissão*, Processo T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214.

contratos de concessão de serviços públicos anteriores à Diretiva 2014/23/UE), ou ii) tenham um preço contratual situado abaixo dos limiares previstos nessas mesmas diretivas, “apresentem um interesse para os agentes económicos *considerados de um ponto de vista de todo o mercado europeu*, e não apenas do ponto de vista dos mercados nacionais”.²⁸⁷

Para aferir do «interesse transfronteiriço certo» do contrato, o TJUE tem recorrido a um conjunto de fatores “combinados de diferentes formas e em diferentes graus, seguindo um típico método indiciário (e não cumulativo).”²⁸⁸ Destacam-se os fatores da “importância económica do contrato em causa, conjugada com o local da execução dos trabalhos ou ainda as características específicas dos produtos em causa”.²⁸⁹

Decorre do princípio da não discriminação em função da nacionalidade e do princípio da igualdade de tratamento um *dever de transparência* que se traduz numa imposição sobre as entidades adjudicantes de publicitarem adequadamente o procedimento de adjudicação²⁹⁰, de modo a garantir os valores da concorrência e da imparcialidade.²⁹¹

287 Miguel Assis Raimundo, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, *Estudos em Homenagem ao Professor Sêrvulo Correia*, vol. II, Coimbra, 2010, pp. 884-885.

288 Miguel Assis Raimundo, *op. cit.*, p. 885.

289 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.º 36. Para uma concretização destes critérios, vide Miguel Assis Raimundo, *op. cit.*, pp. 885-886. Para Bovis, independentemente destes fatores avançados pelo TJUE, o legislador nacional poderia estabelecer critérios que determinassem, de forma objetiva, a qualificação de um determinado contrato não abrangido pelas diretivas europeias sobre contratação pública, como sendo de «interesse transfronteiriço certo», Christopher Bovis, “Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions”, *Common Market Law Review*, n.º 49, 2012, p. 265. Esta possibilidade já tinha sido avançada pelo TJ, no acórdão *SECAP*, *SECAP*, n.º 31.

290 Podem surgir dúvidas relativamente aos contornos concretos da obrigação de publicitar o procedimento de adjudicação. O TJUE ainda não se pronunciou, de forma clara, sobre este ponto, limitando-se declarar que a entidade adjudicante deve assegurar o “acesso às informações adequadas” relativas ao contrato, sem precisar o que é entendido por “adequadas”, vide Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 21 de julho de 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti*, Processo C-231/03, ECLI:EU:T:2010:214 (doravante «*Coname*»), n.º 21. Para a Advogada-geral Sharpston, o direito da União remeteria para o direito dos Estados-Membros a determinação concreta da forma de publicitação adequada, vide Conclusões da Advogada-geral Eleanor Sharpston, de 18 de janeiro de 2007, *Comissão v. Finlândia*, Processo C-195/2004, ECLI:EU:C:2007:28. Das várias hipóteses avançadas pela doutrina para a publicitação do procedimento de adjudicação destacam-se a colocação de anúncio na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, o mero contacto de um determinado número de potenciais co-contratantes (desde que alguns deles sejam de um outro Estado-membro que não o do Estado-membro da entidade adjudicante), a publicação do anúncio em jornais e revistas (com circulação a nível europeu, v.g. a edição europeia do *Financial Times*), a utilização de plataformas eletrónicas institucionais (v.g. www.base.gov.pt), e a publicação do anúncio do *Jornal Oficial da União Europeia*. Para um estudo detalhado sobre as formas de publicitação referidas vide, por todos, Adrian Brown, “EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outsider the procurement directives”, *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2010, pp. 173-177.

291 Christopher Bovis, *op. cit.*, p. 264.

Importa relembrar que, no caso, o TJ não negou a existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato, mas apenas declarou não dispor dos elementos necessários para proceder a essa verificação.²⁹² O TJ salientou, ainda, que, em certos casos, mesmo quando o órgão jurisdicional de reenvio não fornecesse informação expressa que permitisse aferir da existência de «interesse transfronteiriço certo», ainda assim, o TJ poderia deduzir da decisão de reenvio os elementos que permitissem proceder a essa qualificação.²⁹³ Contudo, o TJ considerou não existir, na decisão de reenvio, nenhum elemento que permitisse proceder a essa dedução.²⁹⁴ Isto não é totalmente verdade, na medida em que seria possível deduzir da decisão de reenvio pelo menos dois desses elementos, a saber, o do *valor do contrato* e o do *local da execução da obra*. Parece, assim, que o TJ optou por desvalorizar por completo estes dois elementos.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, diríamos que o despacho *Município de Vila Pouca de Aguiar* em nada parece inovar, a nível substantivo, relativamente à já vasta jurisprudência do TJ relativa à aplicação do direito da União a contratos públicos não abrangidos pelas diretivas europeias sobre contratação pública. Com efeito, relativamente à circunstância do TJ ter ignorado por completo os elementos do *valor do contrato* e do *local da execução da obra*, deduzíveis da decisão de reenvio, parece-nos exagerado afirmar que estejamos a assistir a uma desvalorização destes fatores enquanto indícios da existência de «interesse transfronteiriço certo». A nível processual, porém, assistimos a um rompimento com a jurisprudência *SECAP*, concretizado na exigência de que órgão jurisdicional de reenvio forneça ao TJ os elementos necessários para que este verifique, a título prévio, a existência de «interesse transfronteiriço certo» no contrato. Com efeito, a existência de «interesse transfronteiriço certo» funcionaria como garantia da conexão entre o litígio no processo principal e o âmbito de aplicação do direito da União e, por isso, seria condição prévia para que o TJ se pronunciasse sobre a questão suscitada.

292 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.º 37.

293 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.º 38.

294 *Município de Vila Pouca de Aguiar*, n.º 38.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)
de 22 de junho de 2016

(C-557/14)

Tipo: Ação por incumprimento.

Partes: Comissão Europeia c. República Portuguesa.

Objeto: A Comissão Europeia pede que o Tribunal de Justiça declare que, não tendo cumprido todas as medidas necessárias à execução do Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, C-530/07, ECLI:EU:C:2009:292, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE, pedindo também a condenação do Estado-membro no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, bem como de uma quantia fixa diária.

Dispositivo: A ação é julgada procedente.

**vi. Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção),
de 22 de junho de 2016, “Comissão Europeia c. República
Portuguesa”, no processo C-557/14**

Tiago de Melo Cartaxo

1. Breve enquadramento

No âmbito do presente processo encontrava-se em apreço a conformidade com o disposto na Diretiva 91/271/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1991²⁹⁵, relativa ao tratamento de águas residuais urbanas, bem como com as conclusões do anterior Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), de 7 de maio de 2009, *Comissão c. República Portuguesa*, C-530/07, em que havia sido concluído que:

“[n]ão tendo equipado com sistemas colectores, em conformidade com as disposições do artigo 3.º da Diretiva 91/271/CEE (...), as aglomerações da Bacia do Rio Uima (Fiães S. Jorge), Costa de Aveiro, Covilhã, Espinho/Feira, Ponta Delgada, Póvoa de Varzim/Vila do Conde e Santa Cita e não tendo submetido a tratamento secundário ou a processo equivalente, em conformidade com o artigo 4.º desta diretiva, as águas residuais urbanas provenientes das aglomerações de Alverca, Bacia do Rio Uima (Fiães S. Jorge), Carvoeiro, Costa de Aveiro, Costa Oeste, Covilhã, Lisboa, Matosinhos, Milfontes, Nazaré/Famalicão, Ponta Delgada, Póvoa de Varzim/Vila do Conde, Santa Cita, Vila Franca de Xira e Vila Real de Santo António, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 3.º e 4.º da referida diretiva.”

Cumpra a este título esclarecer que a mencionada Diretiva 91/271/CEE surgiu na ordem jurídica comunitária, em 1991, com o objetivo essencial de proteger o meio ambiente dos efeitos nocivos que as descargas de águas residuais urbanas podem provocar nos recursos

²⁹⁵ Alterada pela Diretiva 98/15/CE da Comissão, de 27 de fevereiro de 1998, que altera o anexo I da mencionada Diretiva 91/271/CEE, no que respeita aos requisitos para as descargas das estações de tratamento de águas residuais urbanas em zonas sensíveis sujeitas a eutrofização e, pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro.

naturais e nos territórios dos Estados-membros da União Europeia (UE), colocando, consequentemente, em risco a saúde das populações e os ecossistemas.²⁹⁶

2. Sobre o anterior processo *Comissão c. Portugal*

Deste modo, com base na necessidade do cumprimento da Diretiva, a Comissão tinha dirigido, em 9 de julho de 2004, ao Estado Português uma notificação para cumprir, em que identificava diversas aglomerações situadas no território deste Estado-membro e cujo e. p. (equivalente de população)²⁹⁷ era superior a 15.000, que não dispunham de sistemas coletores de águas residuais urbanas que obedecessem aos requisitos do artigo 3.º da Diretiva 91/271/CEE²⁹⁸ nem de sistemas de tratamento dessas águas que satisfizessem os requisitos do artigo 4.º do mesmo diploma europeu.²⁹⁹ Entendeu a Comissão que as explicações dadas não se apresentavam como satisfatórias no respeitante a 17 das aludidas aglomerações, pelo que dirigiu, em 13 de julho de 2005, um parecer fundamentado ao referido Estado-membro, convidando-o a dar cumprimento às referidas obrigações no prazo de dois meses a contar da receção do parecer.

296 A este propósito, importa mencionar a relevância dos domínios da política ambiental para o direito da União, encontrando-se definido um quadro jurídico no âmbito destas matérias, com base nos artigos 11.º e 191.º a 193.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que estabelecem os respetivos princípios e as consequentes competências da UE para agir em todos os domínios da política ambiental, tais como a poluição atmosférica e da água, a gestão dos resíduos e as alterações climáticas, ainda que um campo de atuação limitado pelo princípio de subsidiariedade e pela exigência de unanimidade no Conselho em questões fiscais, do ordenamento do território, da utilização dos solos, da gestão quantitativa dos recursos hídricos, das opções ao nível das fontes de energia e da estrutura do aprovisionamento energético. Ainda em matéria ambiental no quadro dos tratados, importa fazer referência, numa perspectiva de promoção do desenvolvimento sustentável no território da União, ao n.º 3 do artigo 3.º e às alíneas d) e f) do artigo 21.º, todos do Tratado da União Europeia (TUE). Ver Stuart Bell, Donald McGillivray e Ole W. Pedersen, *Environmental Law*, 8th edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 176 ss.

297 Nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva 91/271/CEE, entende-se por “1 e. p. (equivalente de população)” a carga orgânica biodegradável com uma carência bioquímica de oxigénio de cinco dias (CBO 5) a 60 gramas de oxigénio por dia.

298 De acordo com o estatuído no n.º 1 do referido artigo 3.º, “[o]s Estados-membros devem garantir que todas as aglomerações disponham de sistemas coletores das águas residuais urbanas, (...) o mais tardar até 31 de dezembro de 2000, quanto às aglomerações com um equivalente de população (e.p.) superior a 15 000 (...).”

299 O artigo 4.º estabelece, no respetivo n.º 1 que “Os Estados-membros devem garantir que as águas residuais urbanas lançadas nos sistemas coletores sejam sujeitas, antes da descarga, a um tratamento secundário ou processo equivalente, (...) o mais tardar até 31 de dezembro de 2000, quanto a todas as descargas a partir de aglomerações com um e. p. superior a 15 000 (...).”

Após resposta do Estado Português ao parecer fundamentado, mediante ofício de 14 de outubro de 2005, considerou a Comissão que persistia a violação dos mencionados artigos 3.º e 4.º da Diretiva 91/271/CEE, tendo aquela instituição emitido um parecer fundamentado complementar, que passou a ter por objeto 32 aglomerações, e que convidava o Estado-membro a adotar as medidas exigidas para lhe dar cumprimento no prazo de dois meses. Tendo Portugal procurado dar resposta ao parecer fundamentado, por meio de ofício de 14 de setembro de 2006, a Comissão manteve a posição de que a situação ainda não era satisfatória em relação a várias aglomerações, tendo acabado por intentar uma ação por incumprimento junto do TJ, que foi objeto do processo C-530/07. O processo obteve a respetiva conclusão em 7 de maio de 2009, nos termos anteriormente descritos, sendo que, durante o processo, a Comissão acabou, entretanto, por desistir da ação relativamente ao incumprimento das obrigações decorrentes, por um lado, do artigo 3.º da Diretiva 91/271/CEE, no que respeita a cinco dessas aglomerações, e, por outro, do artigo 4.º a mesma Diretiva, no que respeita a onze das referidas aglomerações, tendo, desse modo, o objeto da ação por incumprimento ficado circunscrito às demais aglomerações.

Ficou decidido, portanto e conforme acima expendido, que o Estado Português não havia cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força dos aludidos artigos 3.º e 4.º da Diretiva.

3. Fiscalização da execução do acórdão e fase pré-contenciosa

Após a prolação do referido acórdão do TJ, de 7 de maio de 2009, seguiu-se um procedimento de fiscalização da respetiva execução, mediante o qual, por meio de ofício de 18 de junho de 2009, foram solicitadas a Portugal informações sobre as medidas adotadas para a execução daquele acórdão. Neste sentido, o Estado Português procurou informar a Comissão, em 24 de julho de 2009, sobre das medidas que teria adotado, tendo a Comissão solicitado mais esclarecimentos, em 11 de dezembro de 2009. Portugal apresentou resposta, esclarecendo que, no que respeitava à aglomeração de Vila Real de Santo António (VRSA), a nova estação de tratamento encontrava-se operacional desde 2009, mas que 30% do caudal poluente coletado ainda não estava efetivamente ligado à estação de tratamento, estando a conclusão das obras prevista para finais de 2012. Relativamente à aglomeração de Matosinhos, a conclusão das obras de construção da nova estação de tratamento estava inicialmente prevista para finais de 2011, mas acabou por ser adiada para abril de 2013.

O Estado Português procurou, entretanto, informar a Comissão sobre o acompanhamento da situação relativa àquelas duas aglomerações, mediante diversos ofícios e numa ainda reunião com os serviços da Comissão, resultando do ofício de 26 de novembro de 2013, relativo à aglomeração de VRSA, que a conclusão das obras necessárias para assegurar a ligação à nova estação de tratamento da totalidade do caudal poluente da aglomeração estaria prevista para o primeiro trimestre de 2014 e, relativamente à aglomeração de Matosinhos, concluía-se que, por falta de financiamento, as obras de construção da nova estação de tratamento ainda não tinham começado, mas que viria a ser apresentado um novo pedido de financiamento durante o ano de 2014. Deste modo, a Comissão intentou a ação que resultou no processo ora em apreço (C-557/14), atendendo a que Portugal não teria dado cumprimento ao acima mencionado Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, em especial no que concerne a 2 das 22 aglomerações objeto daquele acórdão, ou seja, VRSA e Matosinhos.

4. Apreciação das posições em litígio

Importa, desde logo, enunciar os pedidos da Comissão, que consistiram na (i.) declaração por parte do TJ de que, ao não adotar todas as medidas necessárias à execução do referido acórdão de 7 de maio de 2009, Portugal não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 260.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)³⁰⁰; (ii.) a condenação do Estado Português no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória de 20.196 euros por cada dia de atraso na execução do mesmo acórdão de 7 de maio de 2009, a contar da data em que fosse proferido o novo acórdão no presente processo e até à data em que fosse dada execução daquele anterior acórdão de 7 de maio de 2009; (iii.) a condenação de Portugal no pagamento à Comissão de uma quantia fixa diária de 2.244 euros, a contar da data da prolação do acórdão de 7 de maio de 2009, até à data em que fosse proferido o novo acórdão no âmbito do presente processo ou até à data em que fosse dada execução ao acórdão de 7 de maio de 2009, caso esta última data ocorresse mais cedo; e (iv.) a condenação do Estado Português no pagamento das despesas.

300 Estabelece o n.º 1 do artigo 260.º TFUE que “[s]e o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.”

Por sua vez, o Estado Português pediu ao TJ que (i.) julgasse a ação improcedente, na parte em que a contestava; e (ii.) condenasse a Comissão nas despesas. Sugere-se, de seguida, uma análise aos argumentos apresentados pelas partes em litígio, bem como às Conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott, apresentadas em 25 de fevereiro de 2016, e à própria apreciação do TJ.

4.1. Argumentação da Comissão

4.1.1. Do alegado incumprimento

Relativamente à aglomeração de VRSA, a Comissão observou que, apesar dos esforços portugueses desde a prolação do Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, na data de referência para apreciar a existência do incumprimento (21 de abril de 2014), data em que expirou o prazo fixado na notificação para cumprir, Portugal não havia submetido as águas residuais urbanas a um tratamento secundário ou a um tratamento equivalente, nos termos do artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, encontrando-se ainda em curso as obras necessárias à ligação integral daquela aglomeração à estação de tratamento. Também no respeitante à aglomeração de Matosinhos, a Comissão observou que a estação de tratamento existente apenas permitia um tratamento primário das águas residuais, posteriormente descarregadas no oceano através de um emissário submarino, não tendo ainda começado, àquela data, as obras de construção de uma estação de tratamento secundário devido a alegados problemas de financiamento. A Comissão alegou, ademais, que os argumentos apresentados por Portugal na sua contestação, relativos à inexistência de impacto na qualidade das águas recetoras de um tratamento primário das águas residuais urbanas e ao facto de esse tratamento ser suficiente para garantir a qualidade das águas e evitar os riscos para o ambiente e para a saúde humana, não seriam procedentes, na medida em que, na realidade, colocavam em causa o próprio Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*.

4.1.2. Das sanções pecuniárias

a) Sanção pecuniária compulsória

No que respeita às sanções pecuniárias, e na matéria concernente a VRSA, a Comissão sustentou que a conformidade do funcionamento da estação de tratamento naquela aglomeração com o artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE só poderia ser assegurada quando, durante um ano, fossem efetuadas análises conformes

das águas residuais, com base em colheitas efetuadas antes das descargas, que demonstrassem que o tratamento secundário daquelas águas cumpria os requisitos da Diretiva. Ora, as referidas descargas deveriam cumprir o disposto no ponto B do anexo I da referida Diretiva, devendo também ser respeitados os métodos de referência para assegurar o controlo e a avaliação dos resultados, conforme previstos no ponto D do mesmo anexo, que estabelece o número mínimo de amostras anuais que devem ser colhidas para serem consideradas como representativas em função da dimensão da estação de tratamento – o que não se verificou.

Propôs, assim, a Comissão, punir a não execução em causa, designadamente, com uma condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do disposto no artigo 260.º, n.º 2, TFUE³⁰¹, e com base na sua Comunicação de 13 de dezembro de 2005.³⁰² A Comissão baseia-se nos seguintes três critérios para determinar o montante da sanção pecuniária compulsória: (i.) a gravidade da infração; (ii.) a sua duração; e (iii.) a necessidade de assegurar o efeito dissuasivo da própria sanção.³⁰³

Relativamente à gravidade da infração verificada, a Comissão salientou, em primeiro lugar, a importância das regras da UE que são objeto da infração e, em segundo lugar, as consequências desta para os interesses gerais e particulares, tais como, designadamente, a proteção da saúde humana e do ambiente, a manutenção e a melhoria da qualidade das águas recetoras e dos ecossistemas aquáticos associados, ou a prática de atividades lúdicas associadas a estes ecossistemas. Em terceiro lugar, a Comissão referiu circunstâncias agravantes resultantes da não conformidade³⁰⁴, não apenas com o artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, no termo do prazo

301 Prevê o n.º 2 do artigo 260.º TFUE que “[s]e a Comissão considerar que o Estado-membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-membro, que considerar adequado às circunstâncias.” Sobre a aplicação desta disposição, ver Stine Andersen, *The Enforcement of EU Law: The Role of the European Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 101 ss.

302 Comunicação intitulada “Aplicação do artigo [260.º TFUE]” [SEC(2005) 1658], conforme atualizada pela sua Comunicação de 17 de setembro de 2014, intitulada “Atualização dos dados utilizados no cálculo das quantias fixas e das sanções pecuniárias compulsórias que a Comissão proporá ao Tribunal de Justiça no âmbito dos processos por infração” [C(2014) 6767 final].

303 Ver n.º 6 da Comunicação de 13 de dezembro de 2005.

304 Embora constatando a existência de circunstâncias atenuantes relacionadas com os progressos alcançados por Portugal.

fixado no parecer fundamentado, mas também com o Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, C-530/07, da clareza das disposições infringidas, da inobservância dos sucessivos cronogramas apresentados pelas autoridades portuguesas e, por último, do reiterado comportamento infrator em matéria de respeito do direito da UE num setor em que as repercussões na saúde humana e no ambiente são particularmente importantes.

A Comissão considerou, portanto, que deveria ser adotado um coeficiente de gravidade de 3 numa escala de 1 a 20.³⁰⁵

No que concerne à duração da infração, a Comissão alegou que a decisão de intentar a respetiva ação junto do TJ foi tomada em 16 de outubro de 2014 – 65 meses após a prolação do aludido acórdão de 7 de maio de 2009 – o que justificaria a aplicação do coeficiente máximo de 3. Já relativamente ao coeficiente da capacidade de pagamento³⁰⁶, a Comissão fixá-lo-ia em 3,40, de acordo com a acima mencionada Comunicação de 2005. Segundo a fórmula mencionada naquela comunicação, a sanção pecuniária compulsória diária seria igual à quantia fixa de base uniforme, de 660 euros, multiplicada pelo coeficiente de gravidade, o coeficiente de duração e o fator «n». Deste modo, no caso em apreço, a sanção pecuniária compulsória diária ascenderia a 20.196 euros (660 euros x 3 x 3 x 3,40).³⁰⁷

b) Quantia fixa

A Comissão pediu ainda ao TJ a condenação de Portugal no pagamento de uma quantia fixa diária de 2.244 euros, cujo montante resultaria da multiplicação da quantia fixa de base uniforme (de 220 euros), pelo mesmo coeficiente de gravidade de 3 que aplicado para a sanção pecuniária compulsória e pelo fator «n» de 3,40, a contar da data do Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, até à data do acórdão do presente processo

305 Prevista na comunicação de 2005.

306 O denominado fator «n».

307 Cumpre, outrossim, enfatizar que a Comissão propôs aplicar uma sanção pecuniária compulsória diária decrescente, cujo montante efetivo fosse calculado de seis em seis meses, reduzindo o montante total relativo a cada um desses períodos numa percentagem correspondente à proporção do e. p. das aglomerações que adaptaram as suas instalações em conformidade com o disposto no artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE relativamente ao e. p. das aglomerações que não dispunham de tais sistemas na data da prolação do presente acórdão. De acordo com aquela instituição, o e. p. totalizado pelas aglomerações que não dispunham de sistemas de tratamento conformes com o artigo 4.º desta Diretiva ascendia a 321.950, o que resultava da soma dos valores de 34.950 para Vila Real de Santo António e 287.000 para Matosinhos.

(C-557/14) ou até à data em que fosse dada execução ao referido acórdão de 7 de maio de 2009. Considera aquela instituição que, quando é calculado o montante diário para a determinação da quantia fixa, deverá examinar-se, tendo em conta o montante fixo mínimo, se deve ser proposto ao TJ um montante diário ou um montante fixo, tornando-se necessário comparar, por um lado, o valor total acumulado do montante diário para a determinação da quantia fixa, calculado até à data da decisão da Comissão de intentar uma ação nos termos do artigo 260.º TFUE, com, por outro, o montante fixo mínimo determinado para o Estado-Membro em apreço, *i.e.* Portugal.

Assim, atendendo a que a data do acórdão é 7 de maio de 2009 e a data da decisão da Comissão de intentar uma ação, de acordo com o artigo 260.º TFUE, é 16 de outubro de 2014, teriam decorrido 1.987 dias, pelo que o valor total acumulado do montante diário para a determinação da quantia fixa corresponde ao montante diário para a determinação da quantia fixa, multiplicado pelo número de dias (2.244 euros x 1.987 dias = 4.458.828 euros, no entendimento da Comissão). E se, em conformidade com a comunicação de 2005, o montante fixo mínimo para o Estado Português ascende a 1.875.000 euros, o total acumulado do montante diário para a determinação da quantia fixa, em 16 de outubro de 2014, excederia o montante fixo mínimo estabelecido para Portugal, tendo proposto a Comissão que o TJ condenasse o Estado Português no pagamento do montante diário para a determinação da quantia fixa (2.244 euros por dia a contar da data do acórdão de 7 de maio de 2009, até à data da prolação do acórdão do processo ora em apreço, ou até à data em que o Estado-membro desse plena execução ao primeiro acórdão.

4.2. Argumentação do Estado Português

4.2.1. Do alegado incumprimento

Da parte do Estado Português, a posição apresentada foi, de modo geral, a que que o mencionado Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, deveria ser dado como executado.

Relativamente à aglomeração de VRSA, Portugal especificou que estavam em causa três projetos de ligação das redes de drenagem, sendo o primeiro respeitante à rede de drenagem localizada a poente da freguesia

de Vila Nova de Cacela e à rede de transporte para a estação de tratamento de águas residuais (ETAR), com ligação concluída em novembro de 2014. O segundo projeto de ligação das redes de drenagem da frente ribeirinha da aglomeração ao sistema interceptor e ao transporte dos efluentes para a ETAR, que ficara concluído em fevereiro de 2015, e o terceiro projeto, de ligação das redes de drenagem da zona central da cidade ao sistema interceptor e ao transporte dos efluentes para a ETAR. Segundo a posição de Portugal, o terceiro projeto encontrava em “fase de execução muito adiantada”, tendo sido indicado que as ligações dos efluentes à ETAR, em funcionamento desde 2009, haviam ficado concluídas em 11 de abril de 2015.

Na matéria respeitante a Matosinhos, foi alegado que o tratamento primário existente era suficiente para garantir a qualidade das águas e evitar os riscos para o ambiente e para a saúde humana, não tendo a falta de um tratamento secundário impacto na qualidade das águas recetoras. Deste modo, os efluentes de águas residuais tratadas eram lançados não em águas lacustres ou fluviais, mas em águas marítimas de grande concentração de salinidade e de enorme agitação com fortes correntes marítimas. Este Estado-membro sustentou, por conseguinte, que a situação na aglomeração de Matosinhos se subsume no âmbito do artigo 8.º, n.º 5, da Diretiva 91/271/CEE, que estabelece que, em circunstâncias excecionais e em aglomerações costeiras consideradas menos sensíveis, o lançamento de águas residuais urbanas pode ser objeto de um tratamento menos rigoroso. Mais acrescentou Portugal que a ETAR em funcionamento estava associada a um emissário submarino que conduzia as águas de tratamento primário para o Oceano Atlântico, para cerca de 2 km da costa, pelo que a qualidade das águas balneares não seria afetada, carecendo apenas efetuar alguns ajustamentos, respeitantes à instalação de infraestruturas, para assegurar uma qualidade constante das águas.

Também as análises das águas balneares efetuadas regularmente no território da aglomeração, que confirmaram a qualidade “excelente”, entendendo o Estado Português que não existiriam motivos de perigo para a saúde dos residentes ou para o setor do turismo e defendendo, por outro lado, que, embora tivessem sido tomadas medidas com vista ao cumprimento do disposto no artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, dificuldades de financiamento impediram a construção da estação de tratamento necessária.³⁰⁸

308 O Estado Português alegou que foram lançados concursos em 2008 e 2011, mas, devido a circunstâncias de força maior, não foi possível a continuação do projeto de construção desta estação.

Concluiu, ademais, Portugal que se encontravam criadas as condições para construir uma ETAR que permitisse um tratamento secundário dessas águas e que o financiamento necessário para o efeito tinha já sido desbloqueado, tendo aliás sido apresentado à Comissão um cronograma de execução da empreitada, que deveria começar no primeiro semestre de 2016, estando a entrada em funcionamento da instalação prevista para o segundo semestre de 2019.

4.2.2. Das sanções pecuniárias

a) Sanção pecuniária compulsória

Em tema de sanções pecuniárias, considerou o Estado Português que nem a gravidade da infração, nem a sua duração, nem a cooperação e a diligência de que fez prova durante o processo, nem os progressos alcançados na execução do acórdão de 7 de maio de 2009, justificariam a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória como a suscitada pela Comissão, contestando o método de cálculo dos montantes. Portugal alegou, com efeito, que as ligações dos efluentes à ETAR, em funcionamento desde 2009, ficaram concluídas em 11 de abril de 2015, não existindo o alegado incumprimento no que respeita à aglomeração de VRSA, pelo que o Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, se encontraria integralmente executado.

Relativamente a Matosinhos, na medida em que o alegado incumprimento se resumiria à construção da obra em falta do alargamento da ETAR para dar tratamento secundário, cumpriria ter em consideração, durante o período considerado, acrescido de um ano, a progressão da referida obra a fim de verificar o funcionamento dessa estação nos termos do disposto no artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, pelo que a duração necessária à realização da obra seria de quatro anos.

Ora, de acordo com o Estado Português, atendendo a que, no que quanto VRSA, os objetivos de ligação à estação de tratamento secundário estavam integralmente cumpridos e que, relativamente à aglomeração de Matosinhos, as ações necessárias à manutenção de um excelente nível de qualidade das águas costeiras tinham já sido iniciadas, tendo sido também alcançada a situação de conformidade em 21 das 22 aglomerações referidas no Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, o coeficiente aplicado não deveria ser superior a 1 na escala de

1 a 20.³⁰⁹ Portugal reiterou ainda a referência aos esforços que envidara para cumprir plenamente as obrigações decorrentes daquele acórdão, bem como a cooperação permanente a Comissão. Portugal alegou outrossim que, atendendo ao nível de execução do primeiro acórdão, o critério da duração da infração não deveria ser considerado como pertinente no respeitante a 90% das aglomerações referidas no mencionado acórdão (C-530/07), sendo legítimo que tal situação, tendo em conta as obras que faltavam executar para cumprir o acórdão, fosse tomada em consideração na ponderação efetuada pelo TJ, de molde a que esta não excedesse 10% do coeficiente 3, cuja aplicação a Comissão exigia, para que o valor ponderado desse critério não fosse superior a 1. Acrescentou o Estado Português que a sanção pecuniária compulsória era desproporcionada, atendendo à capacidade contributiva do Estado-membro, e que o fator «n» relativo à mesma seria discutível, considerando a situação conjuntural transitória da zona euro, resultante da crise económica e financeira, uma vez que a realização de obras públicas exigiria grandes investimentos públicos. Foi, neste sentido, solicitado ao TJ a eventual reavaliação daquele coeficiente, considerando que o Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, tinha já sido executado em mais de 90%, pelo que deveria o TJ reduzir transitoriamente aquele coeficiente. Com efeito, acedendo ao pedido do Estado Português, a eventual sanção pecuniária compulsória diária deveria ser calculada pelo TJ nos termos da seguinte fórmula: $660 \text{ euros} \times 1 \times 1 \times 3,40 = 2.244$ dividido por 287.000 e. p. (0,007 euro/dia por unidade de e. p.).

b) Quantia fixa

No que concerne à temática da quantia fixa, Portugal contestou o método de cálculo sugerido pela Comissão, anteriormente apresentado, alegando que se o deveria seguir TJ a proposta de ponderar os coeficientes a aplicar pela Comissão num sentido de uma condenação no pagamento de uma quantia fixa diária de apenas 748 euros e não de 2 244 euros, decorrendo tal resultado da multiplicação do montante fixo de base uniforme, que é de 220 euros, pelo coeficiente de gravidade, que é de 1, e pelo fator «n», de 3,40.

309 Nos termos estabelecidos na comunicação de 2005.

Argumentou, ademais, o Estado Português que o prazo de dois meses fixado pela Comissão na sua notificação para cumprir de 21 de fevereiro de 2014 teria expirado em 21 de abril de 2014, tendo passado 1.810 dias entre a data da prolação do Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, e o termo do prazo fixado pela Comissão na referida notificação. Deste modo, concluiu Portugal que, se se multiplicasse aquele número de dias por 748 euros, obter-se-ia o resultado de 1.339.000 euros. E, dado que o referido acórdão de 7 de maio de 2009 já teria sido executado em 90%, deveria repercutir-se tal percentagem no montante de 1.875.000 euros, pelo que a quantia fixa da condenação não excederia os 187.500 euros.

Mais acresce que, além dos pedidos mencionados, a Comissão apresentou ainda o pedido de condenação de Portugal no pagamento das despesas do processo.

5. Sobre as conclusões da Advogada-geral

5.1. Do alegado incumprimento

Perante as posições anteriormente apresentadas, recordou a Advogada-geral, nas suas conclusões apresentadas em 25 de fevereiro de 2016, que, no caso de ser declarado, por acórdão do TJ, que se verifique o incumprimento, por parte de um Estado-membro, de uma obrigação decorrente do direito da União, tal Estado deve, por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE, tomar as medidas necessárias à respetiva execução. Acresce ainda que, se a Comissão entender que o Estado-membro não tomou todas essas medidas, pode, nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, submeter o caso ao TJ, após ter dado àquele Estado a possibilidade de apresentar as suas observações.

Ora, tendo sido com base neste fundamento que a Comissão propôs a presente ação por incumprimento, para apurar se o Estado Português tomou todas as medidas necessárias para executar o Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, dever-se-ia analisar se as aglomerações mencionadas no acórdão teriam sido dotadas, nos termos do artigo 3.º da Diretiva, de sistemas coletores das águas residuais urbanas e/ou se, nos termos do artigo 4.º, as respetivas águas residuais urbanas se encontravam já sujeitas, antes da descarga, a um tratamento secundário ou processo equivalente.

Sublinhou ainda a Advogada-geral que a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento nos termos do artigo 260.º,

n.º 2, TFUE deveria ser a data do termo do prazo fixado na notificação para apresentação de observações.³¹⁰ Neste sentido, atendendo a que a notificação da Comissão datava de 21 de fevereiro de 2014, mencionando um prazo de dois meses, a data de referência para a apreciação de um incumprimento deveria ser 21 de abril de 2014.

Considerando, assim, que a Comissão objetava unicamente que as águas residuais urbanas das aglomerações de VRSA e de Matosinhos continuavam a não ser sujeitas, antes da descarga, a um tratamento secundário ou processo equivalente, conforme exigido pelo artigo 4.º da Diretiva, e que os representantes portugueses confirmaram que ainda não tinham sido concluídas as necessárias obras na aglomeração de VRSA e ainda não tinham tido início as correspondentes obras na aglomeração de Matosinhos, enfatizou a Advogada-geral que, na data de referência (21 de abril de 2014), o Estado Português não tinha tomado todas as medidas para tratar as águas residuais urbanas das duas aglomerações mencionadas. Pelo que concluiu a Advogada-geral que Portugal não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE, porquanto em 21 de abril de 2014 não tinha tomado todas as medidas necessárias para executar o Acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*.

5.2. Das sanções pecuniárias

Em matéria concernente às eventuais sanções pecuniárias, denotou a Advogada-geral que, de molde a assegurar a aplicação eficaz do direito da União, o Estado-membro inadimplente é incitado a executar um acórdão que declara um incumprimento, por via do processo previsto no artigo 260.º, n.º 2, TFUE, assumindo as medidas da sanção pecuniária compulsória e da quantia fixa, previstas na referida disposição, esse mesmo objetivo.³¹¹ Com efeito, é ao TJ que incumbe, “em cada processo e em função das circunstâncias do caso”, apreciar as mesmas e o nível de persuasão e de dissuasão que considere necessário, adotando as sanções pecuniárias adequadas.³¹² Recordou a Advogada-geral que as propostas

310 Ver Acórdãos de 11 de dezembro de 2012, *Comissão c. Espanha*, C-610/10, EU:C:2012:781; de 25 de junho de 2013, *Comissão c. República Checa*, C-241/11, EU:C:2013:423; de 17 de outubro de 2013, *Comissão c. Bélgica*, C-533/11, EU:C:2013:659; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, EU:C:2014:2405; e de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, EU:C:2015:684.

311 Ver Acórdãos de 7 de julho de 2009, *Comissão c. Grécia*, C-369/07, EU:C:2009:428, e de 17 de setembro de 2015, *Comissão c. Itália*, C-367/14, EU:C:2015:611.

312 Ver Acórdãos de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália*, C-496/09, EU:C:2011:740; de 13 de maio de 2014, *Comissão c. Espanha*, C-184/11 EU:C:2014:316; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, EU:C:2014:2407; e de 17 de setembro de 2015, *Comissão c. Itália*, C-367/14, EU:C:2015:611.

da Comissão não vinculam o TJ e não constituem mais do que uma base de referência útil, tal como as orientações constantes das comunicações da Comissão não vinculam o TJ, contribuindo apenas para garantir a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões.³¹³

a) Sanção pecuniária compulsória

No entendimento da Advogada-geral, a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, apenas se justificaria, em princípio, enquanto persistisse o incumprimento decorrente da inexecução de um acórdão anterior do TJ.³¹⁴ Neste sentido, a mera circunstância de Portugal, no termo do prazo fixado pela Comissão, ainda não ter dado integral execução ao acórdão de 7 de maio de 2009, ainda não justificava a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória. Pelo contrário, haveria que apurar, adicionalmente, se o acórdão, à data da decisão do TJ, careceria de ulterior execução.

Relativamente ao montante de base da sanção pecuniária compulsória, seria, portanto, necessário averiguar, (i.) em que medida o incumprimento perdurava; (ii.) qual o montante de base da respetiva sanção; e (iii.) se a sanção pecuniária compulsória seria fixada num montante inalterável ou num montante degressivo, em conexão com a execução.

Perante a matéria de facto apresentada e assente, a Advogada-geral considerou que deveria ser utilizado um coeficiente de gravidade de 1,5. Assim, “partindo do montante de base de 670 euros por dia e da sua multiplicação por um coeficiente de gravidade de 1,5, por um coeficiente de duração de 3 e por um fator «n» de 3,35, obtém-se uma sanção compulsória diária no montante de 10.100,25 euros”, pelo que se concluiu adequado arredondar tal montante para 10.000 euros. Já no que respeita à possibilidade de uma redução progressiva da sanção pecuniária compulsória, entendeu a Advogada-geral que, como o Estado

313 Ver Acórdãos de 10 de janeiro de 2008, *Comissão c. Portugal*, C-70/06, ECLI:EU:C:2008:3; de 7 de julho de 2009, *Comissão c. Grécia*, C-369/07, cit.; de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália*, C-496/09, cit.; de 17 de outubro de 2013, *Comissão c. Bélgica*, C-533/11, cit.; e de 17 de setembro de 2015, *Comissão c. Itália*, C-367/14, EU:C:2015:611.

314 Ver os Acórdãos de 7 de julho de 2009, *Comissão c. Grécia*, C-369/07, cit.; de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália*, C-496/09, cit.; de 28 de novembro de 2013, *Comissão c. Luxemburgo*, C-576/11, EU:C:2013:773; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, EU:C:2014:2407; e de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, EU:C:2015:684.

Português alegara anteriormente que não seria possível o aumento sucessivo dos equivalentes de população conformes com a Diretiva e a consequente redução dos danos ambientais no caso da aglomeração de Matosinhos, a sanção pecuniária a aplicar seria inalterável.

Por conseguinte, o entendimento da Advogada-geral foi o de que Portugal deveria ser condenado no pagamento à Comissão, na conta “Recursos próprios da União Europeia”, até integral execução do acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, de uma sanção pecuniária compulsória no valor diário de 10.000 euros.

b) Quantia fixa

Recordou a Advogada-geral que, segundo a jurisprudência do TJ, poderia ser aplicada, para além de uma sanção pecuniária compulsória, uma quantia fixa,³¹⁵ devendo a mesma, em cada caso, depender dos elementos relacionados com as características do incumprimento declarado e com a própria conduta do Estado-membro demandado. O artigo 260.º TFUE investe, portanto, o TJ de um amplo poder de apreciação na matéria em apreço.³¹⁶

Ora, considerando a proposta da Comissão de que, para calcular a quantia fixa, se multiplique o montante fixo de base de 220 euros por dia pelo coeficiente de gravidade e pelo fator «n», cujos valores concretos correspondem aos propostos para o cálculo da sanção pecuniária compulsória, e pelo número de dias que já decorreram desde a prolação do primeiro acórdão, se tais dados fossem atualizados em consonância com a proposta da Advogada-geral de sanção pecuniária compulsória, em que se partiu de um montante de base de 220 euros, um fator «n» de 3,35 e um coeficiente de gravidade de 1,5, chegar-se-ia a um montante de base de 1.105,50 euros. Neste sentido, tomando como referência a data da leitura das conclusões da Advogada-geral, 2.485 dias após a prolação do acórdão de 7 de maio de 2009, resultaria uma

315 Ver, a este título, os Acórdãos de 7 de julho de 2009, *Comissão c. Grécia*, C-369/07, cit.; de 11 de dezembro de 2012, *Comissão c. Espanha*, C-610/10, cit.; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit.; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, cit.; e de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit..

316 Sobre esta temática, ver os Acórdãos de 17 de outubro de 2013, *Comissão c. Bélgica*, C-533/11, cit.; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit.; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, cit.; e de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit..

quantia fixa de 2.747.167,50 euros, sendo que, se o acórdão viesse a ser proferido três meses depois da leitura das conclusões, seria então concebível aplicar uma quantia fixa de 2.846.662,50 euros. Tendo Portugal, àquela data, sido condenado quatro vezes por não ter cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força da Diretiva das águas residuais urbanas³¹⁷, propôs a Advogada-geral a aplicação de uma quantia fixa de 3.000.000 euros.

6. A apreciação por parte do TJ

6.1. Do alegado incumprimento

Da parte do TJ, considerou o mesmo que, para determinar se o Estado Português havia adotado todas as medidas necessárias a dar cumprimento ao acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, deveria verificar-se se teria sido cumprido integralmente o disposto no artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, designadamente no concernente ao equipamento de todas as aglomerações com um sistema de tratamento das águas residuais urbanas que respeitasse o disposto naquela mesma disposição legal.

Relativamente à ação por incumprimento nos termos do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, entendeu o TJ que deveria considerar-se como data de referência para apreciar a existência do incumprimento a data de expiração do prazo fixado na notificação para cumprir emitida nos termos do disposto naquele artigo.³¹⁸ No caso em apreço, uma vez que a Comissão enviara a Portugal uma notificação para cumprir, em conformidade com o processo previsto no artigo 260.º, n.º 2, TFUE, a data de referência seria a da expiração do prazo fixado na notificação, *i.e.* 21 de abril de 2014.

Assim, no que respeita à aglomeração de VRSA, resultava das declarações do Estado Português que, em 21 de abril de 2014, ainda não se encontrava instalado o sistema de tratamento das águas residuais urbanas e, quanto à aglomeração de Matosinhos, Portugal também informara a Comissão³¹⁹ de que as obras de construção da ETAR que permita um tratamento secundário dessas águas ainda não se tinham iniciado.

317 Ver os Acórdãos de 8 de maio de 2008, *Comissão c. Portugal*, C-233/07, EU:C:2008:271; de 2 de dezembro de 2010, *Comissão c. Portugal*, C-526/09, EU:C:2010:734; de 8 de setembro de 2011, *Comissão c. Portugal*, C-220/10, EU:C:2011:558; e de 28 de janeiro de 2016, *Comissão c. Portugal*, C-398/14, EU:C:2016:61.

318 Ver, a este propósito, os Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, EU:C:2015:684; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit..

319 Por meio de ofício de 23 de abril de 2014.

Considerou, portanto, o TJ que os argumentos apresentados pelo Estado Português, relativamente a Matosinhos, relativos à inexistência de impacto na qualidade das águas recetoras de um tratamento unicamente primário das águas residuais urbanas e ao facto de esse tratamento ser suficiente para garantir a qualidade das águas e evitar riscos para o ambiente e para a saúde humana visavam, na realidade, pôr em causa o que o próprio TJ decidira no acórdão de 7 de maio de 2009, e, portanto, não poderiam ser julgados procedentes.

Recordou ainda o TJ que, no respeitante à argumentação de Portugal sobre as dificuldades com que se deparara para dar execução ao acórdão, “um Estado-membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar o incumprimento das obrigações resultantes do direito da União”, razão pela qual aquela argumentação não poderia ser acolhida.³²⁰

Face ao exposto, concluiu o TJ que, com base em tais condições, haveria que declarar que, ao não adotar todas as medidas necessárias à execução do acórdão de 7 de maio de 2009, o Estado Português não cumprira as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE.

6.2. Das sanções pecuniárias

a) Sanção pecuniária compulsória

De acordo com o entendimento do TJ, a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias apenas se justifica, em princípio, na medida em que o incumprimento decorrente da inexecução de um acórdão anterior persista até à apreciação dos factos pelo TJ.³²¹

Neste sentido, relativamente à aglomeração de VRSA, recordou o TJ que o Estado Português informou, em sede de audiência, que as obras necessárias relativamente à estação de tratamento tinham ficado concluídas em 11 de abril de 2015, tendo sido transmitidas à Comissão várias amostras que comprovavam a eficácia do tratamento secundário das águas residuais urbanas, no período compreendido entre abril e novembro de 2015 (abrangendo o período turístico, caracterizado por uma elevada poluição dessas águas). E a Comissão não contradisse tais

320 Neste sentido, também os Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit..

321 Ibid.

afirmações, designadamente quanto à conformidade dessas amostras, assim apresentadas, com as exigências que decorrem do artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE. Considerou, portanto, o TJ considera que, no respeitante a VRSA, Portugal provou que tinha colhido amostras com intervalos regulares a partir de abril de 2015, e que, por isso, as descargas provenientes da ETAR urbanas cumpriam o disposto no artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva, pelo que, quanto àquela aglomeração, não deveria verificar-se condenação numa sanção pecuniária compulsória destinada a garantir a observância do acórdão de 7 de maio de 2009.

Já no que concerne à aglomeração de Matosinhos, resultou claro das próprias declarações do Estado Português que o acórdão de 7 de maio de 2009 não se encontrava integralmente executado na data da audiência no TJ. Por conseguinte, o TJ considerou que a condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória constituiria um meio financeiro adequado para incitar Portugal a tomar as medidas necessárias para pôr termo ao incumprimento constatado e assegurar a execução completa do acórdão.

Entendeu, todavia, o TJ que não poderia excluir-se *a priori* que, na data da prolação do respetivo acórdão, tivesse sido completamente executado o anterior acórdão de 7 de maio de 2009. Assim, a sanção pecuniária compulsória só poderia ser aplicada caso o incumprimento persistisse na data daquela prolação³²², devendo ainda ser determinada em função do grau de persuasão necessário para que o Estado-Membro que não executasse um acórdão de incumprimento modificasse o seu comportamento e pusesse termo à infração que lhe fosse imputada. Acresce que a referida sanção pecuniária compulsória deveria também, por um lado, ser adaptada às circunstâncias e, por outro, proporcionada ao incumprimento verificado e à capacidade de pagamento do Estado-membro em causa.³²³

O TJ recordou que as propostas da Comissão sobre a sanção pecuniária compulsória não são vinculativas e apenas constituem uma base de referência útil, tal como as orientações constantes das comunicações, que apenas contribuem para “garantir a

322 Neste sentido, propôs o próprio TJ uma leitura, por analogia, dos Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit..

323 A este título, ver os Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; de 4 de dezembro de 2014, *Comissão c. Suécia*, C-243/13, EU:C:2014:2413; e de 17 de outubro de 2013, *Comissão c. Bélgica*, C-533/11, cit..

transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica da ação empreendida pela própria Comissão”. Nesse sentido, no quadro do artigo 260.º, n.º 2, TFUE, o TJ deve manter a liberdade para fixar a sanção pecuniária compulsória aplicada no montante e sob a forma que considerar adequados a extinguir o incumprimento. Deste modo, a fixação do montante da sanção pecuniária compulsória deveria ter como base critérios que tivesse em vista uma aplicação uniforme e efetiva do direito da União, tais como a gravidade da infração, a sua duração e a capacidade de pagamento do Estado-Membro, encontrando-se em apreço, particularmente, as consequências da inexecução para os interesses privados e públicos e a urgência do cumprimento das obrigações.³²⁴

Ora, assinalou o TJ, em primeiro lugar, que, relativamente à gravidade da infração, a Diretiva 91/271/CEE visa proteger o ambiente, pelo que a falta ou a insuficiência de sistemas de tratamento das águas residuais urbanas poderiam ser nefastas para o ambiente e deveriam ser consideradas especialmente graves. Do mesmo modo, no que respeita à alegada redução da carência química e bioquímica de oxigénio, invocada por Portugal, os valores de referência da Diretiva não tinham ainda sido alcançados, uma vez que a mesma fixava, para o tratamento secundário, uma redução da carência química de oxigénio de 75%, no mínimo, e da carência bioquímica de oxigénio de 70% a 90%. E Portugal referia apenas uma redução da carência química de oxigénio de 20%. Acresce que a qualidade das águas em algumas zonas balneares foi considerada como sendo apenas “suficiente” e “boa”, sendo de sublinhar que o tratamento insuficiente das águas residuais urbanas afetaria a qualidade daquelas águas.

O TJ classificou ainda como agravante a circunstância de a execução completa do acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, só poder vir a ter lugar durante o ano de 2019, correspondendo tal a um atraso de quase vinte anos no cumprimento das obrigações. Verifica-se, portanto, neste caso, um caráter particularmente longo de uma infração que assume, no entendimento do TJ, uma gravidade certa.³²⁵ Porém, recordando que a importância dos danos causados

324 Ver os Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit.; e de 4 de dezembro de 2014, *Comissão c. Suécia*, C-243/13, cit..

325 O TJ sugere, quanto a esta situação, uma leitura, por analogia, dos Acórdãos de 19 de dezembro de 2012, *Comissão c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2012:827; e de 29 de outubro de 2009, *Comissão c. Irlanda*, C-188/08, ECLI:EU:C:2009:670.

ao ambiente depende, em princípio, do número de aglomerações afetadas pelo incumprimento imputado e que, neste caso, o número de aglomerações sem sistemas de tratamento das águas residuais urbanas em conformidade com a Diretiva era menos elevado do que as referidas no acórdão de 7 de maio de 2009, o TJ observou que os danos seriam menos significativos do que os resultantes do incumprimento inicial. Ficara, portanto, demonstrado que o Estado Português havia reduzido significativamente os danos para o ambiente decorrentes do incumprimento observado no anterior aludido acórdão.

Já no respeitante à duração da infração, considerou o TJ que a mesma deveria ser avaliada tendo em conta o momento em que os factos são apreciados e não quando foi intentada a ação, pelo que, no caso *sub judice*, a duração da infração correspondia a mais de sete anos a contar da data da prolação do acórdão de 7 de maio de 2009 (C-530/07). Neste sentido, e embora o artigo 260.º, n.º 1, TFUE não especifique o prazo em que deveria ser dada execução ao acórdão, o interesse na aplicação imediata e uniforme do direito da União imporia que a execução fosse iniciada imediatamente e concluída no mais breve prazo possível.³²⁶

Relativamente à capacidade de pagamento por parte do Estado Português, concluiu o TJ pela importância da evolução do respetivo produto interno bruto (PIB) à data de apreciação dos factos³²⁷, pelo que acabaram por ser considerados os argumentos de Portugal, *i.e.* o valor do PIB decrescera 7,4% entre 2009 e 2013.

No que concerne às divergências entre a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória degressiva e à redução progressiva do montante da sanção pecuniária compulsória, o TJ esclareceu que apenas poderia existir uma progressão na execução do acórdão de 7 de maio de 2009, no cumprimento do disposto no artigo 4.º da Diretiva 91/271/CEE, a partir do momento em que se pudesse observar um aumento da proporção do respetivo “e. p.” tratado em conformidade a Diretiva. Ou seja, a mera progressão de obras de construção não causaria qualquer redução dos danos ambientais.

326 Deste modo, ver os Acórdãos de 17 de setembro de 2015, *Comissão c. Itália*, C-367/14, EU:C:2015:611; e de 25 de junho de 2014, *Comissão c. Portugal*, C-76/13, EU:C:2014:2029.

327 Tal entendimento surge na esteira dos Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Grécia*, C-378/13, cit..

Ora, afirmando Portugal que não teria capacidade, relativamente ao caso de Matosinhos, para aumentar a proporção do “e. p.” tratado em conformidade com a Diretiva e reduzir os danos, a solução encontrada foi a da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória fixa.

Deste modo, o TJ considerou adequada a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, condenando o Estado Português no pagamento à Comissão, na conta “Recursos próprios da União Europeia”, da mencionada sanção pecuniária compulsória, no valor de 8.000 euros por cada dia de atraso na execução das medidas necessárias para dar cumprimento ao acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, a contar da data da prolação do acórdão ora em apreço e até à data de execução integral do primeiro acórdão.

b) Quantia fixa

No que concerne à possibilidade da condenação no pagamento de quantia fixa, cumpre reconhecer que o TJ se encontrava, efetivamente, habilitado a aplicar cumulativamente uma sanção pecuniária compulsória e uma quantia fixa.³²⁸ Consequentemente, entendeu o TJ que “a condenação no pagamento de uma quantia fixa e a determinação do montante eventual desta quantia devem, em cada caso, depender de todos os elementos pertinentes relacionados tanto com as características do incumprimento declarado como com a atitude do próprio Estado-membro demandado no processo iniciado com base no artigo 260.º TFUE”, disposição essa que investe o TJ de “um amplo poder de apreciação para decidir da aplicação ou não de tal sanção.”³²⁹

Com efeito, atendendo à declaração do incumprimento considerado, bem como à própria reincidência do Estado Português, tendo sido proferidos outros acórdãos que declaram o incumprimento de Portugal em matéria de tratamento das águas residuais urbanas³³⁰, verificou o TJ a existência de um indicador

328 Ver os Acórdãos de 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, cit..

329 Ibid.

330 Mais especificamente, os Acórdãos de 8 de maio de 2008, *Comissão c. Portugal*, C-233/07, cit.; de 8 de setembro de 2011, *Comissão c. Portugal*, C-220/10, cit.; e de 28 de janeiro de 2016, *Comissão c. Portugal*, C-398/14, cit..

de que a prevenção efetiva da repetição futura de infrações análogas ao direito da União³³¹ seria suscetível de exigir a adoção de uma medida dissuasiva, *i.e.* a condenação no pagamento de uma quantia fixa.³³²

Ponderando, designadamente, fatores como a gravidade da infração declarada e o período durante o qual essa infração persistiu, desde a prolação do acórdão de 7 de maio de 2009, *Comissão c. Portugal*, que a declarou, mas também a capacidade de pagamento do Estado-Membro em causa, o TJ considerou que foi feita, na proposta da Advogada-geral, uma apreciação justa das circunstâncias do caso vertente ao fixar em 3.000.000 de euros o montante da quantia fixa que o Estado Português deveria pagar.

Os fundamentos do TJ basearam-se, na circunstância de que, embora na data da audiência se tivesse verificado que uma única aglomeração – Matosinhos – não dispunha de sistemas conformes de tratamento das águas residuais urbanas objeto da infração imputada, durante a maior parte do período compreendido entre a data da prolação do acórdão de 7 de maio de 2009 e a do acórdão final agora em análise, duas aglomerações não dispunham de tais sistemas. Neste sentido, atendendo a que a importância dos danos causados ao ambiente depende, em larga medida, do número de aglomerações afetadas pelo incumprimento imputado, concluiu o TJ que a infração é mais grave para efeitos do cálculo da quantia fixa do que para efeitos da determinação da própria sanção pecuniária compulsória. Considerou ainda o TJ, na sua decisão, a circunstância de Portugal, embora cooperando com a Comissão, não ter respeitado os seus próprios cronogramas relativos à instalação da aglomeração de Matosinhos, uma vez que, na respetiva tréplica, assumiu que a mesma apenas estaria operacional em 2019. Foi ainda dada razão à Comissão no que concerne à necessidade de considerar o elevado número de acórdãos, que declararam anteriores incumprimentos do Estado Português nas obrigações em matéria de tratamento das águas residuais urbanas, pelo que o

331 Neste âmbito, importa mencionar a relevância dos princípios da precaução e da ação preventiva no que respeita à política da União no domínio do ambiente, consagrados no n.º 2 do artigo 191.º TFUE, e que se reflete na própria apreciação por parte do TJ em matérias relacionadas com a proteção do meio ambiente e dos valores naturais. Sobre os princípios da precaução e da ação preventiva, ver David Langlet e Said Mahmoudi, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 51-54.

332 A este propósito, o TJ voltou a efetuar uma leitura, por analogia, dos Acórdãos 15 de outubro de 2015, *Comissão c. Grécia*, C-167/14, cit.; e de 2 de dezembro de 2014, *Comissão c. Itália*, C-196/13, cit..

caráter reiterado do comportamento infrator “é tanto mais inaceitável quanto se manifesta num setor em que as repercussões na saúde humana e no ambiente são particularmente significativas.”^{333, 334}

Consequentemente, o TJ decidiu condenar Portugal no pagamento à Comissão, na conta “Recursos próprios da União Europeia”, da quantia fixa de 3.000.000 de euros, tendo ainda condenado o mesmo Estado-membro no pagamento das despesas do processo, nos termos do disposto no artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, uma vez que a Comissão assim o tinha requerido.

7. Conclusões

Face ao expendido nos parágrafos anteriores e examinando as posições apresentadas pelas partes em litígio, bem como as apreciações, tanto da Advogada-geral como do próprio TJ, cumpre concluir que, no que concerne ao não cumprimento das obrigações que incumbiam ao Estado Português por força do artigo 260.º, n.º 1, TFUE, por não ter tomado todas as medidas necessárias à execução do acórdão *Comissão c. Portugal* não subsistiram quaisquer dúvidas para que os argumentos da Comissão fossem considerados procedentes. Em verdade, tanto na aglomeração de VRSA não se encontrava instalado o sistema de tratamento das águas residuais urbanas como na aglomeração de Matosinhos as obras de construção da ETAR que permitiria um tratamento secundário dessas águas ainda não tinham sequer sido iniciadas, encontrando-se claramente em causa o decidido no acórdão de 7 de maio de 2009, designadamente no que respeita ao cumprimento (ou incumprimento, no caso em apreço) das obrigações que incumbiam a Portugal por força dos artigos 3.º e 4.º da Diretiva 91/271/CEE, que visa, efetivamente, proteger o meio ambiente dos efeitos nocivos que as descargas de águas residuais urbanas podem provocar nos recursos naturais e nos territórios dos Estados-membros da UE.

333 A este título, é de enfatizar a posição da Advogada-geral no n.º 89 das suas conclusões, que assinala que uma repetição de infrações por parte de um Estado-membro numa determinada matéria pode constituir um indicador de que a prevenção efetiva da repetição futura de infrações análogas é suscetível de exigir a adoção de uma medida dissuasiva como a imposição de uma quantia fixa.

334 Ver também, neste sentido, os Acórdãos de 19 de dezembro de 2012, *Comissão c. Irlanda*, C-279/11, EU:C:2012:834; e de 9 de dezembro de 2008, *Comissão c. França*, C-121/07, EU:C:2008:695.

No entanto, a temática mais controvertida acabou por consistir, ao longo da maior parte do processo, nas questões relacionadas com os montantes das sanções pecuniárias a aplicar ao Estado Português e no respetivo cálculo em função da gravidade e da continuidade dos factos apreciados.

Consequentemente, será de referir, em primeiro lugar, que o TJ procurou demonstrar, em sede de condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, que tal poderia constituir um meio financeiro adequado para incitar o infrator a tomar as medidas necessárias para pôr termo ao incumprimento e assegurar a execução completa do acórdão, devendo ser também adaptada às circunstâncias, proporcionada ao incumprimento verificado e à capacidade de pagamento do Estado Português.

Por outro lado, em sede de condenação no pagamento de quantia fixa, cumpre também enfatizar que o TJ veio, por outro lado, reconhecer desde logo a respetiva competência para a aplicação cumulativa de sanções pecuniárias compulsórias e quantias fixas, mas a existência de uma necessidade em penalizar, não apenas o incumprimento, mas também a própria reincidência da conduta do Estado Português no âmbito do tratamento das águas residuais urbanas.

Na esteira de anteriores decisões, conforme foi anteriormente demonstrado, o TJ encontrou, assim, na mencionada condenação no pagamento de uma quantia fixa a solução mais apropriada a desempenhar um papel dissuasor da referida reincidência por parte de Portugal e de prevenção efetiva da repetição futura de novas infrações ao direito da União em matéria ambiental, designadamente no que respeita ao tratamento de águas residuais, concretizando, na respetiva apreciação e na própria decisão final patente no acórdão, os princípios fundamentais da política ambiental da UE, consagrados nos tratados.³³⁵

335 Sobre a aplicação do direito ambiental por parte dos órgãos jurisdicionais da UE, ver Carla Amado Gomes, “A proteção do ambiente na jurisprudência comunitária – uma amostragem”, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, III, Lisboa, AAFDL, pp. 103 ss.

IV.

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS*

* O conteúdo desta secção é meramente informativo e não-vinculativo, não dispensando a consulta das fontes oficiais, designadamente o Diário da República.

1. Convenções Bilaterais

I. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

1. Convenções Bilaterais³³⁶

NOTA:

Esta secção pretende elencar os elementos de vinculação relevantes de convenções internacionais relativamente ao ano de 2016.

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 indicados apenas as convenções internacionais relativamente às quais exista algum elemento de vinculação respeitante ao ano de 2016.

1.1. Vinculação a Convenções Internacionais

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>	Aprovação: Decreto n.º 2/2016, de 17 de março Publicação: DR n.º 54/16, Série I, de 17 de março	31/03/2016	Aviso n.º 79/2016, DR n.º 137, Série I, de 19 de julho	
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.					

³³⁶ 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
Arábia Saudita					
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	Aprovação: RAR n.º 127/2016, de 6 de maio Ratificação: Decreto PR n.º 35/16, de 18 de julho Publicação: DR n.º 136/14, Série I, de 18 de julho	1/09/2016	Aviso n.º 103/2016, DR n.º 191, Série I, de 4 de outubro	
Descrição: 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.					

Azerbaijão					
Convenção entre a República Portuguesa e a República do Azerbaijão sobre Cooperação Económica	16/11/2016				
Descrição: O Acordo tem como objeto reforçar as relações económicas existentes entre as Partes, incluindo promover e desenvolver a cooperação no domínio económico, bem como em áreas técnicas conexas, tais como a indústria, a energia e eficiência energética, o turismo, a agroindústria e agricultura, o ambiente, o ordenamento do território, a habitação e reabilitação urbana, as comunicações, os transportes, a construção e a saúde, entre outras, em conformidade com o Direito Interno e no âmbito das obrigações internacionais das Partes.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Barém					
Convenção 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	Aprovação: RAR n.º 196/2016, de 17 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 79/16, de 22 de setembro Publicação: DR n.º 183/16, Série I, de 22 de setembro			
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.					

Cabo Verde					
Acordo sobre o Transporte Aéreo entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde	30/03/2004	Aprovação: RAR n.º 193/2016, de 20 de julho Ratificação: Decreto PR n.º 62/16, de 22 de agosto Publicação: DR n.º 160/16, Série I, de 22 de agosto			
Descrição: Desejando concluir um novo acordo relativo à exploração de serviços aéreos regulares entre e para além dos seus territórios. Cada Parte concede às empresas designadas da outra Parte os direitos especificados no presente Acordo para efeitos de exploração de serviços aéreos internacionais regulares, nas rotas especificadas na secção apropriada do anexo ao presente Acordo.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
China					
Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre o Estabelecimento Recíproco de Centros Culturais	9/10/2016				
Descrição: O Acordo tem como objeto, na base da igualdade e benefício mútuo, criar o enquadramento jurídico para o estabelecimento e funcionamento dos Centros Culturais de cada Estado no território do outro Estado, tendo em vista o reforço da compreensão mútua entre os dois povos, a promoção da colaboração cultural, impulsionar o desenvolvimento de relações amigáveis e promover o intercâmbio e a cooperação dos dois Estados nas áreas cultural e interpessoal.					

Acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Popular da China sobre a Criação de um Consulado-Geral da República Portuguesa em Cantão	10 e 24 de maio de 2016	Aprovação: Decreto n.º 3/2016, de 9 de novembro Publicação: DR n.º 215/16, Série I, de 9 de novembro			
Descrição: A criação de um Consulado-Geral da República Portuguesa em Cantão, visa promover as relações amigáveis entre os dois países, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 24 de abril de 1963, as leis e regulamentos aplicáveis e o princípio da reciprocidade.					

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	Aprovação: RAR n.º 192/2016, de 17 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 61/16, de 22 de agosto Publicação: DR n.º 160/16, Série I, de 22 de agosto			
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.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Cooperação no domínio do Turismo entre a República Portuguesa e a República da Côte d'Ivoire	22/06/2016				
Descrição: O Acordo tem por objetivo principal o fortalecimento da cooperação no domínio do turismo, nas áreas a seguir descritas, assim como o incremento dos intercâmbios turísticos entre os dois países: 1) Trocas de informação e documentação; 2) Administração e Gestão de Turismo; 3) Desenvolvimento de Recursos Humanos; 4) Desenvolvimento de Produtos; 5) Marketing turístico e 6) Cooperação entre setores privados.					

Acordo sobre Serviços Aéreos entre a República Portuguesa e a República da Côte d'Ivoire	22/06/2016				
Descrição: O Acordo abarca um vasto leque de aspetos, de entre os quais se destacam a concessão de direitos de tráfego, a designação e autorização de exploração de serviços aéreos regulares, a representação comercial, a segurança aérea e da aviação civil, a troca de estatísticas e o reconhecimento de certificados e licenças.					

Croácia					
Acordo entre a República Portuguesa e a República da Croácia de Cooperação no Domínio do Turismo	21/11/2014	Aprovação: Decreto n.º 6/2015, de 2 de abril Publicação: DR n.º 65/15, Série I, de 2 de abril	28/02/2016	Aviso n.º 3/2016, DR n.º 33/16, Série I, de 17 de fevereiro	
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	Aprovação: RAR n.º 3/2015, de 3 de outubro Ratificação: Decreto PR n.º 6/15, de 12 de janeiro Publicação: DR n.º 7/15, Série I, de 12 de janeiro	28/02/2015	Aviso n.º 15/2016, DR n.º 76/16, Série I, de 19 de abril	
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
------------	------------	--	---	---------------------------------	------------------------

Espanha

Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha relativo à Cooperação no domínio da Defesa	22/06/2015	Aprovação: RAR n.º 199/2016, de 16 de setembro Ratificação: Decreto PR n.º 89/16, de 12 de outubro Publicação: DR n.º 196/16, Série I, de 12 de outubro			
---	------------	---	--	--	--

Descrição:

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.

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	Aprovação: RAR n.º 25/2014, de 24 de janeiro Ratificação: Decreto PR n.º 17/14, de 18 de março Publicação: 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 para reforçar o cumprimento fiscal e implementar o <i>Foreign Account Tax Compliance Act</i> (FATCA)	06/08/2015	Aprovação: RAR n.º 183/2016, de 17 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 53/16, de 5 de agosto Publicação: DR n.º 150/16, Série I, de 5 de agosto	10/8/2016	Aviso n.º 101/2016, DR n.º 175/16, Série I, de 12 de setembro	
Descrição: 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).					

Geórgia					
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	Aprovação: RAR n.º 23/2015, de 3 de outubro Ratificação: Decreto PR n.º 24/15, de 5 de março Publicação: DR n.º 45/15, Série I, de 5 de março	18/04/2015	Aviso n.º 16/2016, DR n.º 85/16, Série I, de 3 de maio	
Descrição: 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
Guiné-Bissau					
Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau no domínio do Turismo	02/3/2016				
Descrição: O Acordo estabelece a base jurídica para o desenvolvimento da cooperação institucional no domínio do turismo entre as Partes, a nível da cooperação institucional, intercâmbio de informação, formação profissional, promoção de investimentos e cooperação no âmbito das organizações internacionais.					

Índia					
Acordo entre a República Portuguesa e a República da Índia sobre o Exercício de Atividades Profissionais Remuneradas por Parte dos Dependentes do Pessoal Diplomático, Administrativo e Técnico das Missões Diplomáticas e Consulares	8/07/2016				
Descrição: Define as condições em que pode ser autorizado o desempenho de atividades remuneradas, com base no princípio de reciprocidade, dos dependentes do pessoal diplomático, administrativo e técnico das missões diplomáticas e consulares do Estado acreditante, que não sejam nacionais do Estado recetor ou residentes permanentes no seu território.					

Israel (Estado de)					
Acordo de Coprodução Cinematográfica entre o Governo da República Portuguesa e o Governo do Estado de Israel	23/11/2016				
Descrição: O Acordo tem por objeto criar o enquadramento para a cooperação mútua entre Portugal e Israel no domínio da coprodução cinematográfica, tendo em vista o desenvolvimento das indústrias cinematográficas dos respetivos países e contribuir para o crescimento económico dos sectores da produção e distribuição de cinema.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Moldova					
Acordo entre a República Portuguesa e a República da Moldova sobre Transportes Internacionais Rodoviários de Passageiros e Mercadorias	28/05/2016				
Descrição: O Acordo aplica-se ao transporte rodoviário de passageiros e de mercadorias e confere, aos transportadores estabelecidos no território de qualquer das Partes, o direito de transportar passageiros ou mercadorias por estrada, entre os territórios das Partes ou em trânsito através desses territórios.					

Acordo entre a República Portuguesa e a República da Moldova sobre o Exercício de Atividades Profissionais Remuneradas por parte dos Dependentes de Pessoal Diplomático, Administrativo e Técnico das Missões Diplomáticas e dos Postos Consulares	16/06/2016				
Descrição: O Acordo tem por objeto permitir o desempenho de atividades remuneradas, com base no princípio de reciprocidade dos dependentes do pessoal diplomático, Administrativo e técnico das missões diplomáticas e dos postos consulares do Estado acreditante, que não sejam nacionais do Estado recetor nem dele residentes permanentes, mediante autorização do Estado recetor e, em conformidade com as disposições da legislação em vigor e com as convenções internacionais aplicáveis.					

Omã					
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	Aprovação: RAR n.º 128/2016, de 6 de maio Ratificação: Decreto PR n.º 36/16, de 18 de julho Publicação: DR n.º 136/16, Série I, de 18 de julho			
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
Paraguai					
Acordo de Cooperação em Matéria de Segurança Interna entre a República Portuguesa e a República do Paraguai	21/10/2016				
Descrição: O Acordo tem como objeto a prestação mútua de cooperação técnica e o intercâmbio no âmbito da segurança interna entre as Partes, incidindo nas seguintes áreas: gestão dos fluxos migratórios e de controlo de fronteiras; capacitação de polícias; gestão de grandes eventos; prevenção e segurança rodoviária; e proteção civil. A cooperação técnica compreenderá, designadamente, ações de assessoria e de formação de pessoal; fornecimento de materiais; sistemas de informação; programas de prevenção do crime em geral; e policiamento de proximidade.					

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	Aprovação: RAR n.º 182/2016, de 17 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 52/2016, de 5 de agosto Publicação: DR n.º 150/16, Série I, de 5 de agosto			
Descrição: 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
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	Aprovação: RAR n.º 92/2014, de 3 de outubro Ratificação: Decreto PR n.º 102/14, de 12 de novembro Publicação: DR n.º 219/14, Série I, de 12 de novembro	20/03/2016	Aviso n.º 5/2016, DR n.º 51/16, Série I, de 14 de março	
Descrição: 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.					

Tunísia					
Convenção entre a República Portuguesa e a República da Tunísia de Cooperação no Domínio da Defesa	18/01/2013	Aprovação: RAR n.º 78/2015, de 6 de fevereiro Ratificação: Decreto PR n.º 51/2015, de 8 de julho Publicação: DR n.º 131/15, Série I, de 8 de julho	09/06/2016	Aviso n.º 58/2016, DR n.º 119/16, Série I, de 23 de junho	
Descrição: 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
Acordo de Cooperação Económica entre a República Portuguesa e a República da Tunísia	23/03/2010	Aprovação: Decreto n.º 4/2016, de 10 de novembro Publicação: DR n.º 216/16, Série I, de 10 de novembro			
Descrição: O Acordo visa desenvolver as relações económicas com a Tunísia, tendo como objetivo a intensificação e diversificação das relações económicas bilaterais, baseadas na igualdade de direitos e benefícios mútuos. Com a aprovação e consequente entrada em vigor do referido Acordo são revogados o Acordo Comercial entre o Governo da República Tunisina e o governo da República Portuguesa, assinado em tunes, em 9 de novembro de 1974, bem como o Acordo Quadro de Cooperação entre os dois países, assinado em Tunes, em 14 de dezembro de 1988.					

Vietname					
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	Aprovação: RAR n.º 143/2016, de 17 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 40/2016, de 27 de julho Publicação: DR n.º 143/16, Série I, de 27 de julho			
Descrição: 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. 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
Acordo de Sede tendo em vista a instalação em Lisboa de uma Representação da Organização de Estados Ibero-Americanos para a Educação, Ciência e Cultura (OEI)	04/10/2016				
Descrição: Este Acordo destina-se a permitir a instalação, em Lisboa, de um escritório de representação da OEI destinado a fomentar uma aproximação desta Organização a Portugal através de uma maior divulgação das suas atividades, inserindo-se, simultaneamente, na estratégia nacional visando incrementar a presença de Portugal na conferência Ibero-Americana, no seu todo.					

Acordo sobre a Concessão de Visto para Estudantes Nacionais dos Estados-membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa	2/11/2007	Aprovação: Decreto n.º 10/14, de 25 de março Publicação: DR n.º 59/14, Série I, de 25 de março	1/09/2015	Aviso n.º 4/2016, DR n.º 39/16, Série I, de 25 de fevereiro	
Descrição: O Acordo tem por objeto a adoção de normas comuns para a emissão de vistos para os estudantes nacionais dos Estados-membros da CPLP.					

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	Aprovação: RAR n.º 66/2015, de 15 de maio Ratificação: Decreto PR n.º 42/2015, de 22 de junho Publicação: DR n.º 119/15, Série I, de 22 de junho		Aviso n.º 13/2016, DR n.º 69/16, Série I, de 8 de abril	
Descrição: 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	<i>Adotada em 2007, na 17ª Assembleia Geral da OMT</i>	Aprovação: RAR n.º 24/2015, de 6 de fevereiro Ratificação: Decreto PR n.º 25/2015, de 5 de março Publicação: DR n.º 45/15, Série I, de 5 de março		Aviso n.º 9/2016, DR n.º 67/16, Série I, de 6 de abril	
Descrição: A Emenda alterou o Artigo 38 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 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>	Aprovação: RAR n.º 29/2015, de 20 de fevereiro Ratificação: Decreto PR n.º 26/2015, de 26 de março Publicação: DR n.º 60/15, Série I, de 26 de março		Aviso n.º 6/2016, DR n.º 66/16, Série I, de 5 de abril	
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.					

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>	Aprovação: RAR n.º 42/2015, de 9 de janeiro Ratificação: Decreto PR n.º 31/2015, de 27 de abril Publicação: DR n.º 81/15, Série I, de 27 de abril	17/07/2016	Aviso n.º 8/2016, DR n.º 67/16, Série I, de 6 de abril	
Descrição: 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 sobre Normas de Formação, de Certificação e de Serviço de Quartos para Pessoal de Navios de Pesca, Convenção STCW F	7/07/1995	Aprovação: RAR n.º 233/2016, de 23 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 106/2016, 5 de dezembro Publicação: DR n.º 232/16, Série I, de 5 de dezembro			
Descrição: A Convenção Internacional em apreço, estabelece requisitos básicos de formação, de certificação e de serviço de quartos para pessoal de navios de pesca a nível internacional e reforça ainda as normas de formação e a segurança na indústria da pesca e das frotas de pesca, contribuindo desta forma para a redução de acidentes e para melhorar, no contexto mundial, o atual nível de segurança da indústria da pesca.					
Acordo de Paris, no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas	12/12/2015	Aprovação: RAR n.º 197-A/2016, de 30 de setembro Ratificação: Decreto PR n.º 79-M/2016, 30 de setembro Publicação: DR n.º 189/16, Série I, de 30 de setembro	4/11/2016	Aviso n.º 117/2016, DR n.º 236, Série I, de 12 de dezembro	
Descrição: O Acordo de Paris constitui um marco no reforço da ação coletiva a nível global e encerra em si o potencial para promover a transição global para sociedades de baixo carbono e resilientes às alterações climáticas. Com este Acordo a comunidade internacional estabelece como objetivo a descarbonização das economias mundiais e estabelece o objetivo de limitar o aumento da temperatura média global a níveis bem abaixo dos 2°C acima dos níveis pré-industriais e prosseguir esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C. Reconhecendo que isso reduzirá significativamente os riscos e impactos das alterações climáticas, estabelecendo um mecanismo que permite a revisão e aumento do nível de ambição das contribuições determinadas nacionalmente (<i>Nationally Determined Contributions – NDC's</i>) para mitigação de 5 em 5 anos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo Relativo aos Privilégios e Imunidades da Organização Europeia para a Exploração de Satélites Meteorológicos (EUMETSAT)	1/12/1986	Aprovação: RAR n.º 230/2016, de 7 de outubro Ratificação: Decreto PR n.º 100/2016 de 25 de novembro Publicação: DR n.º 227/16, Série I, de 25 de novembro			É ratificada a retirada da reserva formulada à alínea g) do artigo 10.º do Protocolo.

Descrição:

O Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades da EUMETSAT, adotado em Darmstadt, a 1 de dezembro de 1986, foi aprovado para adesão com algumas reservas, pela RAR n.º 7/95 e ratificado pelo Decreto PR n.º 16/95, amboa publicados no Diário da República n.º 32 de 7 de fevereiro de 1995, que define os privilégios e imunidades considerados necessários ao cumprimento eficiente do exercício das atividades oficiais da EUMETSAT.

Procede-se agora à retirada da reserva formulada na alínea b) do artigo 2.º da RAR n.º 7/95, nos termos da qual os nacionais e os residentes permanentes em Portugal estariam excluídos do gozo do privilégio previsto na alínea g) do artigo 10.º do Protocolo, que determina a isenção de impostos nacionais sobre os salários e emolumentos pagos pela EUMETSAT.

Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos por Poluição causada por Combustível de Bancas	23/03/2001	Aprovação: RAR n.º 62/2015, de 2 de abril Ratificação: Decreto PR n.º 35/2015 de 12 de junho Publicação: DR n.º 113/15, Série I, de 12 de junho	21/10/2015	Aviso n.º 7/2016, DR n.º 67/16, Série I, de 6 de abril	
---	------------	--	------------	--	--

Descrição:

A Convenção Bancas 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.

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	Aprovação: Decreto n.º 13/2015 de 14 de julho Publicação: DR n.º 135/15, Série I, de 14 de julho	1/12/2015	Aviso n.º 11/2016, DR n.º 68/16, Série I, de 7 de abril	A República Portuguesa emite uma reserva relativa à limitação de responsabi- -lidade do transportador por risco de guerra e à obrigação de seguro, com base no modelo adotado pelo Comité Jurídico da Organização Marítima Internacional

Descrição:

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.

Protocolo de 2005 Relativo à Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (SUA)	14/10/2005	Aprovação: RAR n.º 77/2015, de 2 de abril Ratificação: Decreto PR n.º 50/2015, de 8 de julho Publicação: DR n.º 131, Série I, de 8 de julho	30/11/2015	Aviso n.º 12/2016, DR n.º 69/16, Série I, de 8 de abril	
---	------------	--	------------	--	--

Descrição:

O regime deste Protocolo consubstancia diversas alterações de 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.

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo de 2005 Relativo ao Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental	14/10/2005	Aprovação: RAR n.º 100/2011, de 4 de março Ratificação: Decreto PR n.º 48/2011, de 4 de maio Publicação: DR n.º 86, Série I, de 4 de maio	30/11/2015	Aviso n.º 14/2016, DR n.º 71/16, Série I, de 12 de abril	
Descrição: Os Estados Partes no presente Protocolo sendo já Partes no Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental, concluído em Roma em 10 de março de 1988, reconhecem que os motivos para os quais foi elaborado o Protocolo de 2005 à Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima também se aplicam às plataformas fixas localizadas na plataforma continental.					

Acordo de Parceria Económica Intercalar entre a Costa do Marfim, por um lado, e a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por outro	Abidjan a 26/11/2008 e Bruxelas a 22/01/2009	Aprovação: RAR n.º 236/2016, de 23 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 108/2016, de 9 de dezembro Publicação: DR n.º 235, Série I, de 9 de dezembro			
Descrição: O presente Acordo estabelece um quadro inicial para um acordo de parceria económica (APE). Permite à Parte Costa do Marfim beneficiar do acesso ao mercado melhorado oferecido pela Parte CE no âmbito das negociações APE e, na mesma ocasião, evitar uma perturbação das relações comerciais entre a Costa do Marfim e a Comunidade Europeia aquando da expiração do regime comercial transitório do Acordo de Cotonu, em 31 de dezembro de 2007, enquanto se aguarda a celebração de um APE global.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Aviação Euro-Mediterrânico entre a União Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e o Governo do Estado de Israel, por outro	10/06/2013	Aprovação: RAR n.º 235/2016, de 21 de outubro Ratificação: Decreto PR n.º 107/2016, de 9 de dezembro Publicação: DR n.º 235, Série I, de 9 de dezembro			
Descrição: O presente Acordo tem como intenção promover um Espaço de Aviação Euro-mediterrânico baseado nos princípios da convergência e da cooperação regulamentares e da liberalização do acesso ao mercado. Tenciona tirar partido do quadro de acordos de transporte aéreo vigentes, de modo a abrir o acesso aos mercados e a maximizar as vantagens para os consumidores, as transportadoras aéreas, os trabalhadores e as comunidades das Partes Contratantes. Este Acordo deve ser aplicado de forma progressiva mas integral e que um mecanismo adequado pode assegurar o estabelecimento de disposições regulamentares e normas equivalentes para a aviação civil com base nos padrões mais elevados aplicados pelas Partes Contratantes.					

Convenção do Trabalho Marítimo	23/02/2006	Aprovação: RAR n.º 4/2015, de 21 de novembro Ratificação: Decreto PR n.º 7/2015, de 12 de janeiro Publicação: DR n.º 7, Série I, de 12 de janeiro		Aviso n.º 118/2016 DR n.º 236, Série I, de 12 de dezembro	
Descrição: A Convenção do Trabalho Marítimo, reúne num só texto 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>	Aprovação: RAR n.º 134/2015, de 26 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 120/2015, de 8 de outubro Publicação: DR n.º 197, Série I, de 8 de outubro		Aviso n.º 10/2016, DR n.º 68/16, Série I, de 7 de abril	
Descrição: 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 Constitutivo do Banco Asiático de Investimento em Infraestrutura	<i>29/06/2015</i>	Aprovação: RAR n.º 198/2016, de 20 de julho Ratificação: Decreto PR n.º 82/2016, de 7 de outubro Publicação: DR n.º 193/16, Série I, de 7 de outubro			
Descrição: 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.					

CONSELHO DA EUROPA

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo n.º 12 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais	4/11/2000	Aprovação: RAR n.º 232/2016, de 23 de setembro Ratificação: Decreto PR n.º 102/2016, de 25 de novembro Publicação: DR n.º 227/16, Série I, de 25 de novembro			
Descrição: Dado que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos reconhece sobretudo direitos pertencentes ao grupo dos chamados direitos “civis e políticos”, a interdição de discriminação consagrada no respetivo artigo 14.º está limitada a estes direitos. Com a ratificação do presente Protocolo, tal interdição passa a aplicar-se a qualquer direito previsto na lei, abrangendo assim os chamados “direitos económicos, sociais e culturais”.					

Protocolo n.º 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais	24/06/2013	Aprovação: RAR n.º 231/2016, de 20 de julho Ratificação: Decreto PR n.º 101/2016, de 25 de novembro Publicação: DR n.º 227/16, Série I, de 25 de novembro			
Descrição: Este Protocolo tem por finalidade aumentar a eficiência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sem que este perca a qualidade, a justiça nem a efetividade das suas soluções nos casos em que é chamado a decidir. Esta ratificação em nada alterará a ordem jurídica interna portuguesa, já que as matérias alteradas dizem respeito a práticas já instauradas e confirmadas neste país. Dizem ainda respeito à fixação da idade de 65 anos para admissão dos juízes ao cargo, o que permite que estes exerçam o seu mandato até aos 74 anos; à redução do prazo de apresentação de queixa de 6 para 4 meses; à eliminação da possibilidade de oposição de uma parte à devolução do caso de uma secção para o Tribunal Pleno; e à eliminação do critério do exame pelo tribunal interno competente em caso de ausência de prejuízo importante.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Protocolo ao Tratado do Atlântico Norte sobre a adesão do Montenegro	19/05/2016	Aprovação: RAR n.º 26/2017, de 22 de dezembro de 2016 Ratificação: Decreto PR n.º 16/2017, de 17 de fevereiro Publicação: DR n.º 35/17, Série I, de 17 de fevereiro			
Descrição: Todos os Estados Partes do Tratado do Atlântico Norte que foi assinado 4 de abril de 1949, consideram que a segurança do Atlântico Norte ficou reforçada com a adesão do Montenegro.					

UNIÃO EUROPEIA

Sexta Ata de Retificação do Tratado da União Europeia	7/02/1992	Aprovação: RAR n.º 40/1992, de 10 de dezembro Ratificação: Decreto PR n.º 63/1992, de 30 de dezembro Publicação: DR n.º 300/92, Série I-A, de 30 de dezembro		Aviso n.º 110/2016, DR n.º 213/16, Série I, de 7 de novembro	
Descrição: O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos. A União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado. A União tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados membros e entre os respectivos povos.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Sétima Ata de Retificação do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia	13/12/2007	Aprovação: RAR n.º 19/2008, de 23 de abril Ratificação: Decreto PR n.º 31/2008, de 19 de maio Publicação: DR n.º 96/08, Série I, de 19 de maio		Aviso n.º 102/2016, DR n.º 183/16, Série I, de 22 de setembro	
Descrição: Com esta retificação ao Tratado os Estados membros inspiraram-se no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito. A União funda-se no presente Tratado e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Estes dois Tratados têm o mesmo valor jurídico. A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia.					

Acordo de Diálogo Político e Cooperação entre a União Europeia e seus Estados-membros, por um lado, e Cuba, por outro	12/12/2016				
Descrição: O Acordo destina-se a estabelecer o diálogo político e a enquadrar juridicamente a cooperação entre a União Europeia, incluindo os seus Estados-membros, e Cuba, abrangendo todas as áreas que compõem as suas relações bilaterais. A entrada em vigor do Acordo irá contribuir para a crescente institucionalização das relações entre a União Europeia e Cuba, numa altura em que este país dá sinais muito positivos de abertura e de disponibilidade em melhorar as suas relações com um conjunto de atores internacionais.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo entre os Estados membros da União Europeia, reunidos no Conselho, relativo à Proteção das Informações Qualificadas Trocadas no Interesse da União Europeia	25/05/2011	Aprovação: RAR n.º 125/2012, de 13 de julho Ratificação: Decreto PR n.º 152/12, de 26 de setembro Publicação: DR n.º 187/12, Série I, de 26 de setembro	1/12/2015	Aviso n.º 1/2016, DR n.º 1/16, Série I, de 4 de janeiro	
Descrição: Os Estados membros da União Europeia reconhecem que, para que se possa estabelecer um processo de consulta e cooperação plenas e efectivas, poderá ser necessário que, no interesse da União Europeia, troquem informações classificadas entre si e com as instituições da União Europeia ou as agências, organismos ou serviços por ela instituídos.					

Acordo para a Criação e Estatuto da Organização Europeia de Direito Público	27/10/2004	Aprovação: RAR n.º 212/2016, de 23 de setembro Ratificação: Decreto PR n.º 94/16, de 2 de novembro Publicação: DR n.º 210/16, Série I, de 2 de novembro			
Descrição: A Organização tem por objetivo criar e divulgar conhecimento no domínio do direito público lato sensu, incluindo inter alia o direito público nacional, comparado e europeu, o direito dos direitos humanos, o direito do ambiente, etc., bem como a promoção de valores europeus, através do direito público, em todo o mundo. Para o efeito, a Organização deverá organizar e apoiar atividades no domínio científico e institucional, bem como no domínio da investigação, da educação, da formação, do ensino e outras atividades, e prestar apoio às instituições democráticas na Europa e no mundo. Para concretizar os seus objetivos, a Organização pode realizar todo o tipo de atividades, de acordo com o previsto no seu Regulamento e com o que os seus órgãos possam vir a desenvolver, e promoverá a cooperação com outras instituições, organizações e organismos, em particular organizações do sistema das Nações Unidas.					

DESIGNAÇÃO	ASSINATURA	APROVAÇÃO/ PUBLICAÇÃO/ RATIFICAÇÃO	ENTRADA EM VIGOR (PARA PORTUGAL)	AVISO DE ENTRADA EM VIGOR	RESERVAS / OBJEÇÕES
Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e os seus Estados-Membros, por Um Lado, e a República da Coreia, por Outro	6/10/2010	Aprovação: RAR n.º 23-A/2012, de 4 de novembro Ratificação: Decreto PR n.º 32-A/12, de 16 de fevereiro Publicação: DR n.º 34/12, Série I, de 16 de fevereiro	13/12/2015	Aviso n.º 2/2016, DR n.º 4/16, Série I, de 7 de janeiro	
Descrição: O presente Acordo irá criar um mercado alargado e seguro para mercadorias e serviços, assim como um ambiente estável e previsível para o investimento, dessa forma reforçando a competitividade das respetivas empresas nos mercados globais.					

Acordo de Cooperação relativo a um Sistema Mundial Civil de Navegação por Satélite (GNSS) entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros por um lado e a República da Coreia, por outro	09/09/2006	Aprovação: Decreto n.º 28/2007, de 28 de novembro Publicação: DR n.º 217, Série I, de 12 de novembro	1/07/2016	Aviso n.º 80/2016, DR n.º 137/16, Série I, de 19 de julho	
Descrição: O Acordo tem por objetivo promover, facilitar e reforçar a cooperação entre as Partes no âmbito das contribuições da União Europeia e a Coreia para um sistema mundial de navegação por satélite (GNSS) para utilização civil.					

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	27/06/2012	Aprovação: RAR n.º 138/2013, de 24 de julho Ratificação: Decreto PR n.º 108/13, de 13 de setembro Publicação: DR n.º 177/13, Série I, de 13 de setembro		Aviso n.º 116/2016, DR n.º 231/16, Série I, de 2 de dezembro	
Descrição: 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 sectores de interesse comum previstos no presente Acordo.					

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	Aprovação: RAR n.º 132/2015, de 19 de junho Ratificação: Decreto PR n.º 119/15, de 7 de outubro Publicação: DR n.º 196/15, Série I, de 7 de outubro	1/10/2016	Aviso n.º 109/2016, DR n.º 209/16, Série I, de 31 de outubro	
Descrição: 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: – à retenção na fonte dos recursos próprios tradicionais a título de encargos de cobrança – que foi reduzida de 25 para 20%. – 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). – 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. 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.					

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		Aprovação: RAR n.º 54/2015, de 2 de abril Ratificação: Decreto PR n.º 32/15, de 22 de maio Publicação: DR n.º 99/15, Série I, de 22 de maio	1/07/2016	Aviso n.º 77/2016, DR n.º 136/16, Série I, de 18 de julho	
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 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		Aprovação: RAR n.º 40-A/2015, de 20 de março Ratificação: Decreto PR n.º 29-A/2015, de 22 de abril Publicação: DR n.º 78/15, Série I, de 22 de abril	8/10/2015	Aviso n.º 78/2016, DR n.º 136/16, Série I, de 18 de julho	
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.					

V.

**BIBLIOGRAFIA SOBRE
DIREITO INTERNACIONAL**

V – BIBLIOGRAFIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL³³⁷

I. Monografias:

Barata, Mário Simões; (2016) – *Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa – Confederação, Federação e Integração Europeia*. Coimbra: Almedina.

Barbieri, Biovana; (2016) – *Direitos Fundamentais dos Consumidores – À luz dos Ordenamentos Jurídicos da Espanha, Portugal e Brasil*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Brito, Wladimir; (2016) – *Diplomacia e Direito Diplomático*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Cabrita, Isabel; (2016) – *O Modelo Chinês para os Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.

Carvalho, Américo Taipa de; (2016) – *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora (3.^a edição).

Carducci, Michelle; Mazzuoli, Valério de Oliveira; (2016) – *Teoria Tridimensional das Integrações Supranacionais*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Casella, Paulo Borba; (2016) – *Direito Internacional no Tempo Clássico*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Cunha, Maria da Conceição Ferreira da; (2016) – *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

³³⁷ 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.

Cunha, Paulo Ferreira da; (2016) – *Avessos do Direito – Ensaios de Crítica da Razão Jurídica*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Duarte, Maria Luísa; (2016) – *Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*. Lisboa: AAFDL Editora.

Gomes, José Luís Caramelo; (2016) – *Lições de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

Gorjão-Henriques, Miguel; (2016) – *Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina.

Gouveia, Jorge Bacelar; (2016) – *Textos Fundamentais de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina (3.^a edição).

Maia, Catherine; Kolb Robert; (2016) – *O Estatuto Internacional da Província Angolana de Cabinda à Luz do Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina.

Martins, Ana Maria Guerra; (2016) – *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina (reimpressão).

Martins, Patrícia Fragoso; (2016) – *Rethinking Access by Private Parties to the Court of Justice of the European Union – Judicial review of European Union acts before and after the Lisbon Treaty*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Mazzuoli, Valério de Oliveira; Carducci, Michelle; (2016) – *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Meissner, William Baynard; (2016) – *How to Explain Brazilian Civil Procedure in English*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Miranda, Jorge; (2016) – *Curso de Direito Internacional Público*. Cascais: Principia (6.^a edição).

Moreira, Adriano; (2016) – *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina (9.^a edição).

Oliveira, Elsa Dias; (2016) – *Casos Práticos – Direito Internacional Privado – Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina.

Pereira, António Pinto; (2016) – *Direito da União Europeia – O Sistema Institucional*. Lisboa: Escolar Editora.

Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral; (2016) – *Poder Constituinte – Do Tempo das Pátrias à Era da Globalização*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Piton, André Paulino; (2016) – *A Integração Penal Europeia*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Porto, Manuel Carlos Lopes; (2016) – *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia – Face aos Desafios da Globalização*. Coimbra: Almedina.

Ribeiro, Manuel de Almeida; (2016) – *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Almedina (reimpressão da 2.^a edição).

Ribeiro, Manuel de Almeida; Coutinho, Francisco Pereira; (2016) – *Jurisprudência Resumida do Tribunal Internacional de Justiça (1947-2015)*. Lisboa: Dom Quixote.

Robalo, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa; (2016) – *Justiça Restaurativa – Um Caminho para a Humanização do Direito – Texto em Português Lusitano*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Rocha, Isabel; (2016) – *Tratados da União Europeia*. Porto: Porto Editora.

Silveira, Alessandra; (2016) – *Tratado de Lisboa – Versão Consolidada*. Lisboa: Quid Juris.

Vargas, Jorge de Oliveira; (2016) – *Julgamento por Equidade – Dever Judiciário, Obrigação e Limites à Luz dos Princípios da Igualdade Material, Dignidade da Pessoa Humana, Moralidade, Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica – Crítica ao Novo Código de Processo Civil*. Vila Nova de Gaia: Juruá Editora.

Vargas, Juan Ramón Martínez; Barbosa, Giovanny Vega; (2016) – *Tratado de Derecho del mar*. Valência: Tirant lo Blanch.

Vicente, Dário Moura; (2016) – *Direito Comparado – Perspectivas Luso-Americanas*, Vol. III. Coimbra: Almedina.

II. Artigos em Obras Coletivas

Alexandrino, José de Melo; (2016) – *A natureza variável dos direitos humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 63-86.

Amaral, Diogo Freitas do; (2016) – *O direito internacional visto de dentro da ONU*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 351-362.

Barroso, José Manuel Durão; (2016) – *União Europeia: onde estamos e para onde vamos*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 937-962.

Basso, Maristela; (2016) – *As novas tendências do direito internacional privado*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 411-418.

Bussani, Mauro; Urscheler, Lukas Heckendorn (Coord.); (2016) – *Comparisons In Legal Development – The Impact of Foreign and International Law on National Legal Systems*. Zurique: Schulthess.

Faria, Luísa Leal de; (2016) – *As Culturas da Europa e o Direito da União Europeia: problematização e pedagogia*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 193-209.

Fontoura, Jorge; Accioly, Elizabeth; (2016) – *A Atuação Consultiva de Tribunais Internacionais em Nova Perspetiva Sul-Americana*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 719-730.

Garcia, Maria da Glória; Cortês, António; Rocha, Armando (Coord.); (2016) – *Direito do Mar – Novas perspetivas*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Klein, Eckart; (2016) – *Wer hat das letzte Wort? Bemerkungen zur Rolle des Gesetzgebers, des Bundesverfassungsgerichts und der Europäischen Gerichtshöfe im Bereich der auswärtigen Politik, insbesondere der europäischen Integration*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 397- 414.

Lanceiro, Rui Tavares; Oliveira, Heloísa; Freitas, Tiago Fidalgo de; Duarte, Francisco de Abreu; (2016) – *Direito Internacional Público – Casos práticos*. Lisboa: AAFDL Editora.

Lanceiro, Rui Tavares; Freitas, Tiago Fidalgo de; Duarte, Francisco de Abreu; (2016) – *Colectânea de Textos de Direito Internacional Público*. Lisboa: AAFDL Editora.

López-Muñiz, José Luis Martínez; (2016) – *La ley en la Unión Europea*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 887-912.

Machado, Jónatas; (2016) – *O Rasto Teológico do Direito Internacional*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 649-702.

Martins, Guilherme d’Oliveira; (2016) – *União Europeia – O Desafio da Convergência Social*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 533-544.

Martins, Margarida Salema d’Oliveira; (2016) – *O princípio do primado do direito internacional*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 249-276.

Mesquita, Maria José Rangel de; (2016) – *Controlo Jurisdicional da Política Externa e de Segurança Comum e Justiça Transnacional*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 317-350.

Piçarra, Nuno; (2016) – *Sobre o chamado Código das Fronteiras Schengen: premissas, regras e exceções*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 481-507.

Pinheiro, Luís de Lima; Oliveira, Elsa Dias; Almeida, João Gomes de; Abecassis, Nuno; (2016) – *Direito Internacional Privado – Casos práticos de devolução e qualificação*. Lisboa: AAFDL Editora.

Ramos, Rui Manuel Moura; (2016) – *O Tribunal de Justiça e o Acesso dos Particulares à Jurisdição da União Após as Alterações Decorrentes do Tratado de Lisboa*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 737-760.

Schmidt-Assmann, Eberhard; (2016) – *Europäische Agenturen als Organisationsformen der dezentrierten und der dezentralen Unionsverwaltung*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 381-396.

Silveira, Alessandra; Froufe, Pedro Madeira; Canotilho, Mariana (Coord.); (2016) – *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

Stein, Torsten; (2016) – *The Common Security and Defense Policy – Europe as a global player?*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. II. Coimbra: Almedina, pp. 895-910.

Vilaça, José Luís da Cruz; (2016) – *O «Método Comunitário» e a União Económica e Monetária*, in “Liber Amicorum Fausto de Quadros”, vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 855-886.

III. Artigos em Revistas Científicas

AA. VV.; (2016) – *Atas da Conferência Internacional “O associativismo empresarial na Península Ibérica”*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 10 de março de 2016. Porto: Revista Electrónica de Direito, jun. 2016, n.º 2.

Botteselli, Ettore; (2016) – *Princípios do UNIDROIT: Internacionalização e Unificação do Direito Comercial Internacional* – Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, n.º 1, pp. 933-952.

Brás, Afonso; (2016) – *O núcleo essencial dos direitos sociais na ordem jurídica internacional*. E-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 3, n.º 2 – 2016, pp. 195-228.

Cabral, Nazaré Costa; (2016) – *The future of the Euro*. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano IX, n.º 1 – 2016, pp. 323-325.

Calle, Irene Merino; (2016) – *La Conciliación Laboral, personal y familiar en el Derecho internacional y comparado. Especial referencia al caso español*. Revista Electrónica de Direito, fev. 2016, n.º 1.

Candeias, Maria Margarida Acates; (2016) – *O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde*. O Direito, Ano 148º – I – 2016, pp. 473-540.

Duarte, Francisco de Abreu; (2016) – *A Responsabilidade de proteger (R2P) e a crise síria dos refugiados: uma oportunidade perdida*. E-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Volume 3, n.º 2 – 2016, pp. 64-83.

Furquim, Saulo Ramos; (2016) – *As Políticas de Combate à Imigração Ilegal no Âmbito da União Europeia: Uma Perspetiva Crítica a Diretiva do Regresso e seus Fenômenos Criminais*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, nº 3, pp. 1325-1370.

González, Santiago Álvarez; (2016) – *Gestación por Sustitución o la Crisis de la Autonomía del Legislador de DIPr (y Quizá También del Legislador de Derecho Civil)*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCII – 2016, Tomo I, pp. 227-261.

Júnior, Ruy Rosado de Aguiar; (2016) – *Aspetos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) – 1980*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, n.º 2, pp. 1407-1437.

Nahas, Thereza Christina; (2016) – *Direito Social e Mercosul*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, n.º 1, pp. 1593-1605.

Ramos, Rui Manuel Moura; (2016) – *A Convenção de Viena de 1980 sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias Trinta e Cinco Anos Depois*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCII – 2016, Tomo I, pp. 1-20.

Santos, Admaldo Cesário dos; (2016) – *Tribunal Europeu dos Direitos do*

Homem (TEDH) e Liberdade Religiosa: O Caso Cha'are Shalom Ve Tsedek versus França. Uma Apreciação Crítica. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, nº 4, pp. 1-11.

Santos, Paulo Márcio Reis; Reis, Yuri Brizon; (2016) – *A Responsabilidade Internacional do Sudão e o Caso Darfur: Perspetivas para a Efetividade do Tribunal Penal Internacional*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, nº 5, pp. 1211-1235.

Silva, Ivo Pereira da; (2016) – *Em Defesa da Igualdade Entre os Estados: Rui Barbosa na Conferência de Haia (1907)*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCII – 2016, Tomo II, pp. 1187-1204.

