

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos
fundamentais nacional:**

Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português

Filipa de Aragão Homem

Dissertação de Mestrado Científico
Ciências Jurídico-Internacionais

2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o sistema de protecção de direitos
fundamentais nacional:**

Estudo sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português

Filipa de Aragão Homem

Dissertação orientada pela Professora Doutora Maria José Rangel Mesquita

Mestrado Científico

Ciências Jurídico-Internacionais

2017

Resumo

A presente dissertação incide sobre a articulação do sistema de garantia dos direitos humanos instituído pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”) com o sistema português de protecção de direitos fundamentais. Em particular, pretende-se com este estudo compreender de que forma se concretiza o princípio da subsidiariedade que guia a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“TEDH”) no caso português.

Analizamos, assim, primeiramente, o princípio da subsidiariedade que enforma o sistema da CEDH e que tem sido objecto de aprofundamento através das sucessivas reformas implementadas desde os anos 2000. As medidas adoptadas têm consequências profundas na configuração do sistema, a primeira das quais se prende com a restrição do direito de acesso ao TEDH. Em paralelo às reformas foi encetado um debate de fundo acerca da vocação essencial do TEDH assente no binómio *justiça individual* ou *justiça constitucional*. De outro lado, a própria reconstrução hermenêutica das competências do TEDH por meio da sua jurisprudência contribui para a sedimentação de uma nova concepção de justiça a realizar pelo mesmo. Esta dinâmica expansiva é, contudo, objecto de acérrimas críticas.

De seguida, analisamos a realidade portuguesa reflectida em Estrasburgo. Cumpre, desde logo, perceber quais as razões subjacentes à fraca expressividade do contencioso português neste contexto. A este propósito detectam-se várias fragilidades na articulação entre os dois sistemas, das quais se destaca o diálogo com o Tribunal Constitucional português.

Por fim, averiguamos do impacto das reformas do TEDH para o sistema português.

Palavras-chave:

- Tribunal Europeu dos Direitos Humanos;
- Princípio da Subsidiariedade;
- Sistema português de protecção de direitos fundamentais;
- Recurso efectivo;
- Esgotamento das vias de recurso internas;
- TEDH como Tribunal Constitucional Europeu.

Abstract

The research deals with the articulation between the human rights protection system established by the European Convention on Human Rights (“ECHR”) and the Portuguese fundamental rights protection system. The purpose of this research is to comprehend the way in which the principle of subsidiarity which guides the intervention of the European Court of Human Rights (“ECtHR”) is applied in the Portuguese case.

The study starts by analysing the principle of subsidiarity which shapes the system of the ECHR and which has been deepened as a result of the reforms implemented since the early 2000’s. The adopted measures have important consequences on the configuration of the system, the first of which regards the restriction of the right of access to the ECtHR. At the same time, there is an on-going discussion concerning the essential purpose of the ECtHR: whether it should adjudicate *individual justice* or *constitutional justice*. Furthermore, the ECtHR’s jurisprudence which reflects an expansive understanding of its own jurisdiction, has also contributed to the sedimentation of a new idea of justice that the ECtHR is intended to provide. This judicial activism of the ECtHR is, however, heavily criticised.

Then we analyse the Portuguese reality as portraided by the individual applications submitted to the ECtHR. Our aim is to investigate the reasons which explain why the Portuguese caseload is low. To this effect, several frailties are diagnosed, with special focus on the dialogue between the ECtHR and the Portuguese Constitutional Court.

Finally, we enquire into the impact of the ECtHR’s reforms in the Portuguese fundamental rights protection system.

Key-words:

- European Court of Human Rights;
- Principle of Subsidiarity;
- Portuguese Human Rights protection system;
- Effective remedy;
- Exhaustion of domestic remedies;
- The ECtHR as a Constitutional Court for Europe.

Índice

Resumo	3
Abstract	4
Índice	5
Abreviaturas	7
Indicações de Leitura	8
INTRODUÇÃO	9
1. O Sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: do texto da Convenção à prática do TEDH.....	13
1.1 O mecanismo de protecção de direitos humanos da Convenção: “List der Vernunft”	13
1.1.1 <i>O Protocolo n.º 11</i>	15
1.1.2 <i>O funcionamento do sistema da CEDH.....</i>	18
(A) Enquadramento da Convenção	18
(B) O processo hermenêutico desenvolvido pelo TEDH na aplicação da Convenção	24
1.2 O Princípio da Subsidiariedade.....	30
1.2.1 <i>Manifestações do Princípio da Subsidiariedade: vertente substantiva ...</i>	<i>33</i>
(A) Queixas de “quarta instância”	33
(B) Margem de apreciação.....	34
1.2.2 <i>Manifestações do Princípio da Subsidiariedade: vertente processual</i>	<i>40</i>
(A) Os requisitos de admissibilidade	40
2. Reforma do TEDH: O Tribunal como “Criatura Viva”.....	52
2.1 As reformas implementadas no sistema da Convenção.....	55
2.1.1 <i>Protocolo n.º 14: a “reforma da reforma”</i>	<i>55</i>
2.1.2 <i>Reformas e outras práticas internas relevantes</i>	<i>58</i>
2.1.3 <i>O longo caminho de Interlaken até Bruxelas: a “reforma da reforma da reforma”</i>	<i>63</i>
2.1.4 <i>Protocolos futuros</i>	<i>69</i>
(A) O Protocolo n.º 15	69
(B) O Protocolo n.º 16	71
2.2 As competências do TEDH à luz da sua (re)construção hermenêutica	73
2.2.1 <i>O controlo da convencionalidade de normas legais em abstracto</i>	<i>74</i>
2.2.2 <i>O controlo da convencionalidade de normas constitucionais.....</i>	<i>78</i>
2.2.3 <i>A incursão do TEDH em matéria de execução dos acórdãos</i>	<i>80</i>
2.3 O futuro do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos	83
2.3.1 <i>Balanço da evolução do Tribunal</i>	<i>83</i>
(A) O impacto das reformas no acesso ao Tribunal	87
2.3.2 <i>O TEDH como tribunal constitucional europeu?</i>	<i>90</i>
2.3.3 <i>Perspectivas de futuro</i>	<i>97</i>
3. A articulação do sistema português de protecção de direitos fundamentais com o sistema da CEDH.....	100
3.1 A realidade portuguesa em Estrasburgo	100
3.2 O Sistema Português de Protecção de Direitos Fundamentais.....	104
3.2.1. <i>Os meios de defesa dos direitos fundamentais</i>	<i>106</i>
3.2.2. <i>Crítica.....</i>	<i>115</i>
3.3 A articulação entre o sistema nacional e o sistema europeu	118
3.3.1 <i>A recepção da Convenção na ordem jurídica portuguesa</i>	<i>119</i>
3.3.2 <i>A articulação processual entre os dois sistemas: as especificidades do esgotamento das vias de recurso internas.....</i>	<i>126</i>

(A) Os casos de “ <i>demora</i> ” (artigo 6.º da CEDH).....	130
(B) O recurso ao Tribunal Constitucional: obrigatoriedade ou casuísmo?...	134
3.3.3 <i>A articulação material entre os dois sistemas: a relação entre o TEDH e as autoridades nacionais</i>	141
(A) O diálogo do TEDH com o Tribunal Constitucional Português.....	145
4. O TEDH: tão longe, aqui tão Perto!	152
4.1 Diagnóstico	152
4.2 Identificação das fragilidades subjacentes à articulação entre os sistemas: algumas linhas de reflexão	157
4.2.1 <i>No plano dos procedimentos</i>	157
4.2.2 <i>No plano do sistema</i>	163
4.3 Prognose: o impacto da metamorfose do TEDH	166
4.3.1 <i>Uma nova dinâmica de protecção de direitos?</i>	170
CONCLUSÕES	175
BIBLIOGRAFIA	181

Abreviaturas

Ac.	—	Acórdão
Cap.	—	Capítulo
CEDH Convenção	ou —	Convenção Europeia dos Direitos Humanos; oficialmente, Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEJ	—	Centro de Estudos Judiciários
Comissão	—	Comissão Europeia dos Direitos Humanos
CPC	—	Código de Processo Civil
CPP	—	Código de Processo Penal
CPTA	—	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	—	Constituição da República Portuguesa
DUDH	—	Declaração Universal dos Direitos Humanos
GDDC	—	Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria- Geral da República
LTC	—	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
MP	—	Ministério Público
ONU	—	Organização das Nações Unidas
PGR	—	Procuradoria-Geral da República
Regulamento	—	Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
STA	—	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	—	Supremo Tribunal de Justiça
TC	—	Tribunal Constitucional Português
TCAN	—	Tribunal Central Administrativo Norte
TEDH Tribunal	ou —	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TP	—	Tribunal Pleno

Indicações de Leitura

- A presente dissertação não se encontra redigida ao abrigo das normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, actualmente em vigor.
- Ao abrigo da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de Abril, é recomendada a todas as entidades públicas e privadas a adopção de expressão universalista para referenciar os direitos humanos, substituindo-se, assim, a expressão “*Direitos do Homem*” pela expressão “*Direitos Humanos*”. Adoptando esta recomendação, referir-nos-emos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem como *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, consideração que se aplicará a todos os outros instrumentos ou órgãos referidos que se incluam no escopo da recomendação.
- A tradução portuguesa da CEDH considerada é a versão oficial, disponível no *site* do Tribunal: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>.
- As transcrições são reproduzidas na língua original, excepto quando expressamente referido que se trata de uma tradução nossa.
- As decisões e acórdãos do TEDH são identificadas pelo nome do caso, Estado demandado, formação judicial que o proferiu, e data, e foram todas consultadas na base de dados de jurisprudência do Tribunal acessível através do *link*: <http://hudoc.echr.coe.int/eng>.
- Os acórdãos dos tribunais portugueses são identificados pelo tribunal, número do acórdão (no caso dos acórdãos do Tribunal Constitucional), formação que o proferiu, data, número de processo, e nome do relator, e foram todas consultadas no *site* oficial do IGFEJ – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos de Justiça, I.P., acessível através do *link*: <http://www.dgsi.pt>, e, no caso dos acórdãos do Tribunal Constitucional, no *site* deste tribunal, acessível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
- Com excepção da primeira referência de cada obra, todas as restantes citações da mesma obra são feitas apenas por referência ao autor e ao título da obra abreviado.

INTRODUÇÃO

Aquando da preparação dos relatórios da parte escolar do curso de mestrado científico, especialidade de ciências jurídico-internacionais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tive a oportunidade de realizar um estágio no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (abreviadamente, “**TEDH**” ou “**Tribunal**”), onde trabalhei na divisão de pesquisa e colaborei com a divisão portuguesa.

Durante estes cinco meses do estágio pude sentir diariamente o “*pulsar*” do Tribunal em toda a sua dimensão. Esse período permitiu-me aprofundar o conhecimento dos métodos e procedimentos de interpretação e aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹ (“**Convenção**” ou, abreviadamente, “**CEDH**”) através da jurisprudência do Tribunal, bem como sobre o modo de funcionamento daquele e a sua dinâmica intrínseca.

Desde o interior do Tribunal tomei conhecimento de realidades que, *cá fora*, pouco ou nenhum eco têm. Refiro-me em particular às sucessivas *reformas do Tribunal* que tanta comoção têm causado em Estrasburgo e das quais resultou um mecanismo de garantia em muitos aspectos distinto daquele que fora instituído com o Protocolo n.º 11. Tive também a oportunidade de conhecer a *substância* por detrás dos números e estatísticas que são divulgados relativamente ao contencioso português e acompanhar o processo de triagem das queixas.

A presente dissertação parte, portanto, de uma investigação empírica, através da recolha de elementos e dados *in loco*, entre os quais se incluem os inestimáveis contributos que representaram as conversas com os juízes do TEDH, em particular, com o Juiz português, o Professor Doutor Paulo Pinto de Albuquerque, e os juristas que compõem a divisão portuguesa e a divisão de pesquisa no Tribunal.

Da investigação conduzida resultaram as seguintes constatações que evidenciaremos ao longo do texto:

- As sucessivas reformas implementadas têm como principal objectivo o aprofundamento da subsidiariedade do sistema e foram mote para a reflexão aprofundada em curso sobre qual a verdadeira vocação do Tribunal;
- O contencioso português em Estrasburgo tem um peso relativo marginal no contexto do Tribunal, quer em termos quantitativos, quer qualitativos;

¹ Oficialmente Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

- As especificidades da aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português acarretam um nível de complexidade considerável, sendo detectáveis algumas fragilidades na articulação entre o sistema nacional de protecção de direitos fundamentais e o sistema da Convenção, em particular, no plano dos procedimentos, e, em especial, no diálogo com o Tribunal Constitucional português;
- As reformas implementadas e a eventual reconfiguração do escopo da actividade do TEDH têm um efeito sensível na tutela conferida aos cidadãos.

Dada a extensão do tema e a quantidade de questões que estas primeiras constatações suscitam, restringimos a nossa análise da articulação entre o sistema da Convenção e o sistema nacional de protecção de direitos fundamentais às seguintes interrogações às quais procuraremos dar resposta:

- Que impacto tiveram as medidas implementadas no âmbito das reformas na configuração da subsidiariedade do sistema da CEDH e, em particular, no direito de acesso ao Tribunal? Será o TEDH ainda um tribunal vocacionado para a realização de *justiça individual*? Ou estará a transformar-se paulatinamente num tribunal *constitucional*?
- Quais as principais razões que determinam a fraca expressividade de queixas contra o Estado Português junto do TEDH? Constituirá a tutela conferida pelo sistema português de protecção de direitos fundamentais uma justificação possível para essa realidade?
- Quais são as principais fragilidades ou aspectos carentes de optimização detectados na articulação entre os mecanismos internos de protecção de direitos fundamentais e a queixa ao TEDH? E na perspectiva da configuração dos sistemas? Em particular, qual o papel do Tribunal Constitucional português neste âmbito e como se articula com o TEDH?
- Qual o impacto da *metamorfose* do TEDH no sistema de protecção de direitos fundamentais nacional?

Sobrepõem-se, portanto, dois planos de análise: um que concerne à articulação presente entre os sistemas; outro referente às perspectivas de futuro. Neste âmbito, tentaremos elaborar um diagnóstico, focando, essencialmente, as fragilidades detectadas, e um prognóstico, dando particular ênfase ao impacto deste novo paradigma de justiça regional no sistema multinível de protecção de direitos fundamentais

português, em concreto, atendendo ao modelo nacional de justiça constitucional e à tutela de direitos fundamentais conferida a essa luz.

O tratamento destas questões parte de uma análise à luz dos cânones do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais concretamente, de Direito Regional dos Direitos Humanos, cuja construção dogmática e funcional dos direitos humanos se revela indispensável para compreender as competências e o modo do seu exercício pelo TEDH. A compreensão holística do problema exige, contudo, o seu estudo também desde os seguintes primas: do Direito Internacional Público, pois os temas tratados enquadram-se nas questões clássicas deste ramo do Direito; do Direito Constitucional, domínio por excelência das matérias relativas a direitos fundamentais e base do sistema de tutela português; e também sociológica e vitimológica, para compreender o alcance da reforma do sistema e da reconstrução hermenêutica das competências do Tribunal através da sua jurisprudência.

Estas distintas abordagens metodológicas interseccionam-se num ponto nevrálgico: a análise da tutela eficaz dos direitos humanos no âmbito de um sistema multinível de protecção.

Em face do exposto, impõe-se fazer uma ressalva. O presente estudo é realizado tendo por base a situação actual vivida no Tribunal e a sua articulação com o sistema português, bem como os desenvolvimentos previstos hoje conhecidos. Não se inclui, assim, no escopo deste trabalho, a questão da adesão da União Europeia à Convenção e do modo como o sistema terá que ser adaptado para a acomodar. Não ignorando, embora, que o estudo cabal das potencialidades do sistema multinível de protecção de direitos fundamentais justificaria a sua consideração num contexto investigatório mais amplo, neste estudo concentrar-nos-emos apenas na articulação entre o sistema da CEDH e o sistema doméstico.

O objecto do presente estudo pode, assim, ser caracterizado como uma análise inter-sistémica dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais no plano nacional e regional europeu. Não se pretende, portanto, entrar no extensíssimo domínio da protecção substantiva conferida, mas sim analisá-la desde o ponto de vista dos procedimentos e da sua articulação.

As questões identificadas serão sucessivamente tratadas ao longo de quatro capítulos: o primeiro, dedicado ao enquadramento do sistema da Convenção; o segundo, referente às reformas introduzidas no mesmo; o terceiro, que versará sobre a realidade portuguesa no TEDH; e, finalmente, o quarto, que tratará do diagnóstico dos problemas

e identificação das fragilidades detectadas, bem como de um ensaio de prognose quanto aos desafios futuros.

A importância da temática é auto-explicativa. A complexidade subjacente à articulação entre os dois sistemas é, em si, comprometedora da tutela eficaz de direitos fundamentais e inconciliável com a acessibilidade aos mecanismos de defesa que se impõe assegurar. É ainda agravada pelo relativo desconhecimento das matérias e ausência de debate crítico acerca das mesmas.

Com efeito, esta complexidade afasta o cidadão da defesa dos seus direitos fundamentais, afectando, de modo especialmente acentuado, os mais vulneráveis. Numa época em que a informação é a chave de todos os poderes, impõe-se, portanto, consciencializar e desmistificar o recurso ao Tribunal de Estrasburgo de modo a aproximá-lo de todos os portugueses.

Esperamos que este trabalho possa, ainda que modestamente, contribuir para um debate mais aprofundado neste domínio.

1. O SISTEMA DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS: DO TEXTO DA CONVENÇÃO À PRÁTICA DO TEDH

1.1 O mecanismo de protecção de direitos humanos da Convenção: “*List der Vernunft*”²

A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida como Convenção Europeia dos Direitos Humanos, foi adoptada em Roma a 4 de Novembro de 1950³. Tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos ideais se propunha efectivar no contexto europeu^{4,5}, a Convenção surgiu no contexto dos movimentos de protecção de direitos humanos que desabrocharam no rescaldo da Segunda Guerra Mundial.

A Convenção é um tratado de direito internacional de direitos humanos que consagra um elenco de direitos e liberdades, reflexo de uma determinada concepção de democracia⁶. O respeito por estes direitos e liberdades é supervisionado por um mecanismo de controlo que inclui um órgão judicial, o que constitui o traço essencial do sistema⁷. Sendo um tratado de direito internacional, os Estados Parte submetem-se voluntariamente ao mesmo, aceitando a obrigação, prevista no artigo 1.º da Convenção,

² Expressão alemã utilizada por Jochen A. FROWEIN e que pretende significar que as potencialidades do sistema da Convenção desenhado pelos seus redactores eram muito mais abrangentes, conforme resulta da evolução do sistema e da jurisprudência do Tribunal, do que as inicialmente perspectivadas. — Cf. “The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 35, N.º 1-8, N.P. Engel, 2015, p. 2.

³ A Convenção foi assinada nessa data pelos membros fundadores do Conselho da Europa (Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega e Reino Unido), com a excepção da Suécia que assinou uns dias mais tarde, e ainda pela Alemanha, a Islândia e a Turquia. A Convenção entrou em vigor na ordem internacional em 3 de Setembro de 1953, que corresponde à data do depósito do 10.º instrumento de ratificação.

⁴ Resolução 217 A (III) adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

⁵ Conforme resulta desde logo do preâmbulo da Convenção. Nesse sentido, Jean-Paul COSTA, antigo presidente do Tribunal, refere que a Convenção “*was also the first successful attempt to give binding legal effect to the ideals embodied in the Universal Declaration of Human Rights.*” — Memorandum do, à data, Presidente do TEDH em preparação da Conferência de Interlaken, de 3 de Julho de 2009, p. 1, disponível na página do Tribunal através do link: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286>

⁶ Conforme se lê no preâmbulo da Convenção: “*Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem,*

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal” (realçado nosso).

⁷ Segundo Armando ROCHA, “*o essencial da elaboração da Convenção esteve focado na criação desta engrenagem institucional e não tanto na elaboração de um catálogo de direitos substantivos.*” — *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2010, p. 31.

de reconhecerem os direitos e liberdades definidos na Convenção a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição.

Neste sentido, Sir Nicholas BRATZA, antigo presidente do Tribunal, descreve a Convenção assim: *“It is no ordinary treaty. It is not an aspirational instrument. It sets out rights and freedoms that are binding on the Contracting Parties.”*⁸

O desenho original do mecanismo da Convenção incluía uma estrutura tripartida composta pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem (“Comissão”), o Tribunal, e o Comité de Ministros⁹. A Comissão estava encarregue da filtragem das queixas a remeter para apreciação pelo Tribunal¹⁰, o que raramente fazia, absorvendo a maior parte dos casos. De outro lado, na visão dos países fundadores, o Tribunal limitava-se a estabelecer e controlar o respeito pelos Estados Parte de *standards* mínimos de protecção dos direitos humanos dos seus cidadãos¹¹. O contencioso perante o TEDH era, assim, pouco expressivo, e as decisões de condenação pouco frequentes¹².

O direito de petição individual, embora consagrado na Convenção logo em 1950, no antigo artigo 25.º (correspondente ao actual 34.º), estava previsto apenas como cláusula opcional e, mesmo quando reconhecido pelos Estados Parte, não conferia ainda aos indivíduos um direito de acesso directo à Comissão ou ao Tribunal¹³. Este acesso

⁸ Discurso proferido na Conferência de Brighton, em 2012, p. 2, disponível na página do Tribunal através do

link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

⁹ Nas palavras de CUNHA RODRIGUES, “(...) os mecanismos de aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem marcam a transição da proclamação dos direitos do homem para a sua efectivação prática” — CUNHA RODRIGUES, Prefácio à 1.ª Edição, in Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª Edição, Almedina, 2015, p. 12.

¹⁰ Vide, para maior detalhe, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª Edição revista e atualizada, Almedina, 2015, p. 28.

¹¹ Nesse sentido, Helen KELLER e Alec STONE SWEET, referem que: “(...) the traditional view was that the Convention established European standards of rights protection in the form of a floor below which national legal protection may not fall. In this sense, it has always been recognized that the Convention harmonizes rights protection, at least at this minimal level.” — “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems” in AAVV, *A Europe of Rights – The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2011, p. 702.

¹² Vide, sobre os primeiros anos do funcionamento do mecanismo da Convenção, Anthony LESTER, “The European Court of Human Rights after 50 years”, in AAVV, *European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, pp. 101 e 102; Wojciech SADURSKI, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 9, n.º 3, Oxford University Press, 2009, pp. 401 e ss.; João RAMOS DE SOUSA, “Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris — Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004, pp. 6 e 7.

¹³ Na formulação original do artigo 25.º da Convenção, que corresponde hoje ao artigo 34.º, a recepção de queixas por parte de pessoas singulares, organização não-governamental ou grupo de particulares alegando a sua qualidade de vítima dependia da aceitação dessa competência da Comissão por parte do Estado contra o qual a queixa era dirigida. Quanto ao acesso ao Tribunal, a redacção original da Convenção previa que o direito de apresentar uma queixa ao Tribunal estava reservado aos Estados Parte

veio a ser permitido apenas com a entrada em vigor do Protocolo n.º 9, permanecendo, contudo, o reconhecimento do direito de petição individual pelos Estados Parte como opcional¹⁴.

Nos anos 90, a realidade do Conselho da Europa mudou drasticamente, com a expansão ao Leste da Europa. A adesão dos países do ex-Bloco Soviético acarretou um importante desafio para o TEDH, tanto a nível quantitativo como qualitativo pois, não só a situação política de transição democrática que aqueles estados enfrentavam motivava um recurso abundante ao Tribunal, como as questões de direitos fundamentais suscitadas eram materialmente distintas daquelas que até então apreciava¹⁵. O funcionamento do mecanismo previsto começou a demonstrar-se deficitário no início dos anos 90, face ao número crescente de queixas que assoberbavam a Comissão o que se agravava com o incremento dos Estados membros do Conselho da Europa.

Neste contexto, foi pensada e implementada, por meio do Protocolo n.º 11, a primeira reforma estrutural do sistema, aquela que veio conferir-lhe a configuração que hoje conhecemos e que é responsável pela sua popularidade e prestígio.

1.1.1 O Protocolo n.º 11

A assinatura, em 1994, do Protocolo n.º 11 à Convenção foi essencialmente motivada pela excessiva acumulação de queixas perante a Comissão o que originava uma delonga desrazoável na apreciação das mesmas, problemas que podiam vir a provocar uma deterioração significativa da autoridade e qualidade da jurisprudência proferida. Acresciam ainda as críticas que se faziam ouvir relativamente ao carácter apenas parcialmente judicial do sistema (pois os membros da Comissão eram eleitos

e à Comissão (artigo 44.º). Os Estados podiam apresentar uma queixa com fundamento na violação de um direito da Convenção de um seu nacional por parte de outro Estado Parte à Convenção, desde que este último tivesse reconhecido a competência do Tribunal como obrigatória (artigo 48.º (b)).

¹⁴ Cf. Artigos 3 e 5 do Protocolo n.º 9, que alteraram a formulação dos antigos artigos 44.º e 48.º.

¹⁵ O impacto da jurisprudência do TEDH na transição para a democracia nestes Estados foi muito significativo. No entanto, não se deverá ignorar o efeito que estas adesões acarretaram para o funcionamento e relação do Tribunal com os vários Estados Parte. Na opinião de Luzius WILDHABER, a adesão deste grupo de países foi um “*erro histórico*” por não se ter previsto um período de tempo razoável para serem tomadas medidas de compatibilização das ordens jurídicas com a Convenção e que permitissem identificar e resolver problemas estruturais e sistémicos que vieram, mais tarde, a assoberbar de queixas o Tribunal. – “Consequences for the ECtHR of Protocol no. 14 and the resolution on judgments revealing an underlying systemic problem”, in *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009, p. 62. Sobre esta questão, *vide* também Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 337.

pelo Comité de Ministros no qual era também delegada uma competência residual para apreciar casos não remetidos ao Tribunal)¹⁶.

Este protocolo alterou profundamente a estrutura do mecanismo de garantia da Convenção: o Tribunal e a Comissão fundiram-se e extinguiu-se a Comissão. Foi, assim, criado um novo Tribunal que passou a funcionar a título permanente, sendo retirada a competência residual decisória do Comité de Ministros. O sistema, no que concerne à apreciação das queixas, tornou-se, então, plenamente judicial.

O Protocolo n.º 11 tornou também obrigatório o reconhecimento do direito de petição individual para todos os Estados Parte na Convenção^{17,18}. O indivíduo ganhou acesso directo (*jus standi*) ao TEDH como sujeito de direito internacional com capacidade jurídica plena. A partir de então, qualquer indivíduo submetido à jurisdição de um Estado Parte à Convenção que considerasse ter sido vítima da violação dos seus direitos aí reconhecidos passou a ter a possibilidade de, nos termos do (novo) artigo 34.º da Convenção, exercer o impulso processual e demandar directamente o Estado infractor perante esta instância internacional. O Estado ficou, portanto, sujeito a ser escrutinado por uma entidade supranacional com poderes para o condenar a reparar a violação identificada. Face a estas características, vários autores apelidam este mecanismo de *amparo internacional*¹⁹.

O direito de petição individual ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com esta configuração, é considerado a *pedra-angular* do sistema de protecção da Convenção. É também o aspecto que o destaca no plano internacional como o sistema mais eficaz²⁰. Efectivamente, o direito de petição individual a uma instância

¹⁶ Vide Relatório Explicativo do Protocolo n.º 11, disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e9>, par. 19 e ss. Vide, também, em resumo, Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14, disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d380f>, pars. 4 e 5.

¹⁷ Note-se que já antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 11, a aceitação do direito de petição individual e, assim, o mecanismo de controlo da Convenção, era um requisito para adquirir a qualidade de membro do Conselho da Europa pelo que, na prática, era já obrigatório. Vide, para mais informação sobre este ponto, Relatório Explicativo do Protocolo n.º 11, pars. 85 e 86.

¹⁸ Vide, para mais informação sobre a evolução do direito de petição individual no TEDH, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., pp. 330 e ss.

¹⁹ Neste sentido, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV (5.ª Edição, 2014), Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2014, p. 465; Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010, p. 318.

²⁰ Conforme se pode ler no Relatório do Grupo de Sábios para o Comité de Ministros (CM(2006)203), de 15 de Novembro de 2006, disponível através do link: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, par. 23: “The right of individual application enshrined in Articles 34 and 35 of the Convention is the most distinctive feature of

internacional confere aos indivíduos cujos direitos foram violados a última esperança de obter justiça. Neste sentido, o direito de petição individual deve ser considerado numa acepção ampla, que não se esgota na legitimidade para apresentar uma queixa (vertente formal), antes englobando também o direito a ver a sua queixa apreciada e a obter justiça individual (vertente material).

O indivíduo liberta-se das amarras do Estado. Mais: o mecanismo de acesso ao TEDH permite inclusivamente, e de forma até então inédita, que supere a sua posição de inferioridade face ao Estado e o demande em juízo perante uma entidade supranacional²¹.

A concepção do direito de petição nestes termos assenta no reconhecimento de que, sem o direito de reivindicar os seus direitos perante uma instância acima do Estado, os direitos proclamados nos instrumentos internacionais correm o risco de esvaziamento do seu conteúdo. Face à importância e potencialidades inerentes a este direito, CANÇADO TRINDADE descreve-o como a “*estrela mais brilhante no universo dos direitos humanos*”²².

No entanto, conforme veremos melhor *infra*, as mudanças operadas pela entrada em vigor do Protocolo n.º 11 não foram todas positivas. Na verdade, o novo sistema

this control mechanism. The Court is the only international court to which any individual, non-governmental organisations or group of individuals have access for the purpose of enforcing their rights under the Convention. The right of individual application is today both an essential part of the system and a basic feature of European legal culture in this field.” (realçado nosso). Aspecto que é reforçado pelo modelo de execução em que a execução do acórdão ficará pendente na agenda do Comité de Ministros até que seja devidamente executado.

Conforme refere Armando ROCHA, citando R. Helfer, o Tribunal Europeu é a “*jóia da coroa*” dos sistemas internacionais de protecção de direitos humanos. — *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 8.

²¹ Conforme refere António HENRIQUES GASPAR: “*No sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os Estados que aceitaram o direito de recurso individual e a competência das instâncias de controle (...) comprometeram-se a assumir processualmente a posição de parte, que tem de se defender das queixas individuais com idênticos meios processuais em relação aos particulares e com igualdade de armas. Dito em linguagem processualmente mais sugestiva: no processo perante o Tribunal Europeu, os Estados estão colocados na posição de réus.*” Mais ainda “*(...) a posição dos Estados — há que reconhecê-lo sem preconceito — é processualmente desvantajosa na instância internacional: de facto o Estado acaba por ser onerado com a obrigação de demonstrar que o queixoso não tem razão, numa espécie, processualmente não escrita, de inversão do ónus da prova.*” — “*Protecção Internacional dos Direitos Humanos: Sistema da Convenção Europeia*”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris — Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004, pp. 44 e 45.

Ou, nas palavras de Paulo MARREAS FERREIRA: “*o particular tem nas suas mãos um instrumento de muito poder contra o Estado pelo qual se sente mal tratado*” — “*O Castelo de Ventura*”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris — Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004, p. 39.

Vide, sobre os aspectos contrastantes com o direito internacional clássico, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 18.

²² *The Access of individuals to international justice*, Oxford University Press, 2011, p. 13. Vide ainda pp. 49 e 199.

instituído pelo Protocolo não logrou alcançar o principal objectivo que motivou a sua adopção — resolver o problema da acumulação de queixas —, tendo, aliás, conduzido a um agravamento do mesmo. Na verdade, não fossem as sucessivas reformas que foram restringindo o direito de acesso e criando mecanismos para lidar eficazmente com o influxo de queixas (melhor analisadas no Cap. 2), o Tribunal estaria excessivamente sobrecarregado para conseguir dar a resposta esperada.

A obrigatoriedade de reconhecer o direito de petição individual permitiu ao Tribunal aceder a um material muito mais vasto e directamente através da voz das próprias vítimas, desenvolvendo, desta forma, a sua jurisprudência tanto em termos quantitativos como qualitativos²³. Em particular, a adesão dos países do Bloco de Leste motivou a assumpção pelo TEDH de uma postura mais impositiva, em particular, no que concerne aos *standards* de protecção dos direitos conforme já desenvolvidos pelos órgãos de controlo da Convenção, e também mais proactiva, procurando elevar o grau de protecção dos direitos humanos na Europa para além dos parâmetros mínimos.

Deste modo, as mudanças trazidas com o Protocolo n.º 11, associadas à expansão geográfica da Convenção, criaram o contexto institucional e processual propício para o Tribunal se auto-afirmar como instância de último recurso e *bastião dos direitos humanos* no plano europeu.

Feito este primeiro enquadramento, impõe-se, agora, analisar o funcionamento do sistema da Convenção.

1.1.2 O funcionamento do sistema da CEDH

(A) Enquadramento da Convenção

Nos termos do artigo 19.º da Convenção, o Tribunal foi criado “*a fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos*”. O TEDH é, assim, o *guardião* da Convenção, cabendo-lhe velar pela protecção dos direitos e liberdades ali previstos. Nesse sentido, é-lhe reconhecida competência sobre “*todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção*” (cf. artigo 32.º da Convenção).

Estas questões chegam ao TEDH, essencialmente, por meio das petições individuais dos cidadãos submetidos à sua jurisdição (cf. artigo 34.º da Convenção).

²³ Vide, neste sentido, António HENRIQUES GASPAR, “A Influência da CEDH no Diálogo Interjurisdicional: A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho”, in *Julgar*, n.º 7, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2009, p. 34.

Nos termos deste artigo, poderá queixar-se ao Tribunal qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares *que se considere vítima* de violação dos seus direitos.

O controlo do respeito pelos direitos e liberdades previstos na Convenção é realizado pelo TEDH que afere, à luz das circunstâncias do caso concreto, se o Estado cumpriu, ou não, com as obrigações que decorrem da Convenção conforme interpretada pelo Tribunal.

A competência decisória do TEDH é, assim, essencialmente declaratória. Assume, contudo, uma natureza de *declaração de princípio*, isto é, de apreciação do modo de administração de justiça no caso concreto à luz dos parâmetros da Convenção mas direcionada à definição de *standards* aplicáveis a todos os Estados Parte na interpretação e aplicação da Convenção²⁴. O Tribunal não reaprecia, em princípio, a determinação dos factos ou a aplicação da lei interna, tarefa que é da competência dos tribunais dos Estados Parte, nem goza de qualquer poder para revogar decisões internas. Não é, portanto, um tribunal de recurso nem funciona como uma “*quarta instância*” (*vide* 1.2.1.(A) *infra*). Neste contexto, diz-se que o contencioso do TEDH é um contencioso de *legalidade* e não de *anulação*²⁵.

Nos termos do artigo 41.º, caso considere ter-se verificado uma violação da Convenção, o Tribunal aprecia se existem meios no direito interno do Estado Parte para a reparar (*restitutio in integrum*) e, em caso negativo, condena o Estado Parte a pagar uma compensação. Neste sentido, os acórdãos do TEDH têm um efeito de *res judicata* limitado ao processo decidido.

Quanto à execução dos acórdãos do Tribunal, dispõe o artigo 46.º, n.º 1, da Convenção: “*As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes*”.

Este artigo encerra em si um comando dirigido aos Estados; não indica, porém, o modo como deve este respeito ser assegurado e, em particular, o modo como os acórdãos devem ser executados. Ora, os acórdãos do TEDH não gozam de força

²⁴ Por contraposição a uma função de mera “*correção de erro*”, como explica Basak ÇALI, com referência aos modelos de revisão das decisões jurisdicionais no plano interno. — “From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016, p. 147 e ss.

²⁵ *Vide*, Ana Maria GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2012, p. 263; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 162.

executória²⁶ nas ordens jurídicas dos Estados Parte o que se compreende dada a natureza subsidiária do sistema com a qual se pretende a menor ingerência possível na soberania estadual. Neste sentido, a execução das decisões jurisdicionais do TEDH depende necessariamente da “*vontade colaboradora dos Estados*”²⁷.

A execução dos acórdãos, sempre num espírito de boa fé^{28,29} implica três tarefas distintas: cessação da violação, reparação do dano^{30,31}, e prevenção de violações futuras semelhantes (conforme resulta da interpretação teleológica e sistemática do artigo 46.º). O cumprimento destas três vertentes pode implicar, na prática, que o Estado Parte deva

²⁶ Ou seja, não são títulos executivos. O que não significa, no entanto, que não sejam obrigatórios. Decorre do artigo 46.º e do espírito da Convenção que a não execução do acórdão constitui uma violação da Convenção e que poderá dar azo a nova queixa junto do TEDH. Aliás, a execução dos acórdãos é essencial à efetividade do mecanismo e, em concreto, para a reparação da esfera jurídica do requerente. Vide, sobre esta matéria, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., pp. 155 e ss.; José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o Caso Português*, AAFDL, 2009, pp. 174 e ss.

²⁷ Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, op. cit., p. 319. A Autora refere, aliás, que esta “*limitada possibilidade de execução dos acórdãos*” constitui o “*calcanhar de Aquiles*” do sistema da CEDH.

Neste sentido, Armando ROCHA refere que o regime instituído no que concerne à execução dos acórdãos não é o mais adequado pois deixa na autonomia dos Estados a definição do respectivo grau de executoriedade. — *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., pp. 157 e 158.

²⁸ Sendo a Convenção um tratado de direito internacional, os Estados Parte devem cumprir com as obrigações aí previstas com respeito pelos princípios de direito internacional dos tratados aplicáveis. Entre estes, avultam, desde logo, o princípio do “*pacta sunt servanda*”, segundo o qual os Estados Parte devem cumprir os tratados de boa fé (artigo 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Sobre este tema, vide Eirik BJORGE, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, 2015, p. 42 e ss.

Também neste sentido, Maria José MORAIS PIRES refere que “*a “boa execução dos acórdãos” é a pedra angular e o valor fundamental da efetividade do sistema europeu de protecção dos direitos do homem. O princípio da boa fé do direito internacional reveste-se aqui de importância crucial (...)*” — “*Execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O Protocolo n.º 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, in AAVV, *Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, p. 825.

A boa fé exige, nomeadamente, que o acórdão seja executado dentro de um prazo razoável. — Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 160.

²⁹ Note-se que a execução das decisões do TEDH é, de outro lado, condicionada pelo respeito devido aos princípios constitucionais internos, entre os quais avulta o princípio da separação de poderes que limita o acolhimento da jurisprudência do TEDH pelos tribunais. — Vide, neste sentido, Eirik BJORGE, *Domestic Application...*, op. cit., pp. 49 e ss.

Realidade a que o TEDH deveria, em teoria, ser sensível. — Vide, neste sentido, Andreas PAULUS, “*From Implementation to Translation: Applying the ECtHR Judgments in the Domestic Legal Orders*”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015.

³⁰ Conforme refere Armando ROCHA, nesta vertente, o acórdão do TEDH assemelha-se a uma condenação à prática de acto devido embora limitado pela margem de apreciação que cabe aos Estados Parte. — *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 164.

³¹ Tal poderá implicar, no caso de actos jurisdicionais, uma distorção significativa ao efeito de caso julgado da decisão interna. Efectivamente, embora a Convenção não o imponha expressamente, tem-se entendido que o método mais adequado para reparar o dano advindo dos efeitos de uma decisão jurisdicional, é o processo de revisão da sentença à luz da decisão do TEDH. — Vide, mais desenvolvidamente, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 171 e ss.; José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, op. cit., p. 191 e 192 e 217 e ss.

alterar a sua legislação ou práticas internas, em cumprimento da jurisprudência do TEDH³².

O Estado deverá, sob a supervisão do Comité de Ministros, escolher os meios internos adequados para cumprir a obrigação ínsita na decisão (cf. artigo 46.º, n.º 2, da CEDH)³³. O TEDH não terá, *em princípio*, aqui qualquer intervenção. Ou seja, no quadro originário da Convenção, uma condenação do TEDH traduzir-se-ia numa *obrigação de resultado* para o Estado Parte pois a liberdade dos Estados na escolha dos meios para executar constituía uma regra fundamental do sistema³⁴. Realidade que, no entanto, tem vindo a mudar (*vide* 2.2.3. *infra*).

Os acórdãos vinculam apenas os Estados demandados no processo: não têm, portanto, eficácia *erga omnes*. No entanto, como referimos, ao TEDH cabe não só aplicar a Convenção como interpretá-la (cf. artigo 32.º da Convenção). Aliás, a interpretação das normas que consagram os direitos previstos na Convenção é inerente ao processo hermenêutico levado a cabo pelo Tribunal e do qual resulta a decisão da sua aplicação nos casos concretos. Assim, conforme refere CABRAL BARRETO, “*os acórdãos do Tribunal servem não apenas para julgar os casos que lhe são confiados, mas, mais amplamente, para clarificar, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção, contribuindo assim para o respeito pelos Estados dos compromissos assumidos na sua qualidade de Partes Contratantes*” (realçado nosso)³⁵.

É o chamado efeito de *res interpretata* dos acórdãos. Quer isto dizer que, ainda que não tenham eficácia *erga omnes*, os acórdãos gozam de uma autoridade no que concerne à interpretação da Convenção³⁶ que é exportável do caso concreto para a generalidade de aplicação da mesma³⁷. Em conformidade, os Estados Parte devem não só executar os acórdãos do Tribunal em que são parte, mas também atender às soluções

³² Vide, neste sentido, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, *op. cit.*, p. 349 e 439 e ss. Vide também Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 182 a 184; José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 183 e ss.

³³ Vide, CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, *op. cit.*, pp. 439 e 440.

³⁴ Vide, a este respeito, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 167.

³⁵ *A Convenção Europeia ...*, *op. cit.*, p. 376, repetindo a formulação do TEDH adoptada logo em 1978, no Ac. Irlanda c. Reino Unido, 18.01.1978.

³⁶ Esta interpretação realizada pelo TEDH é inclusivamente considerada como uma interpretação autêntica dos preceitos da Convenção, pelo que se pode afirmar que não são propriamente os acórdãos que gozam desta autoridade, mas a própria Convenção conforme interpretada pelo TEDH — *vide*, nesse sentido, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op.cit.*, p. 42 e 377.

³⁷ O que se verifica principalmente quando o Tribunal considera haver uma violação. — Katia LUCAS, “Regard sur le processus de révision initié à Interlaken: entre (ré)action et inhibition”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 26 année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015, p. 84.

conferidas pelo TEDH quanto a outros casos, de onde resulta um efeito *erga omnes de facto* das decisões do Tribunal³⁸.

A defesa do efeito *erga omnes de facto* dos acórdãos decorre do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações previstas da Convenção, mas também no princípio da subsidiariedade a que se pretende assim dar efectividade³⁹. Nesse sentido, como afirmou a ex-juíza do Tribunal, Elisabet FÜRA-SANDSTRÖM, constitui um instrumento poderoso para assegurar a efectividade do sistema de protecção de direitos fundamentais na Europa⁴⁰. Encontra, porém, um obstáculo significativo no facto de, na prática, depender dos Estados acolherem esta jurisprudência ou não.

Ora, salienta-se, no entanto, que a referência a esta autoridade da jurisprudência do Tribunal em relação aos Estados que não são parte no processo está estreitamente relacionada com a intrincada questão de saber qual o valor jurídico da mesma, desde logo, se é fonte de Direito. Conforme é sabido, o sistema da Convenção “*bebe*” influencia tanto dos sistemas de *common law* como do direito continental. Enquanto, no primeiro, é seguido um raciocínio analógico que privilegia a segurança jurídica e a previsibilidade das soluções — valores subjacentes à adopção de um sistema em que a jurisprudência firmada faz precedente e, portanto, vincula as soluções futuras adoptadas pelos tribunais; no segundo, a jurisprudência tem efeitos limitados aos casos concretos, não emanando das decisões uma força vinculativa para os tribunais.

Ora, embora a jurisprudência do TEDH não forme precedente, nem vincule formalmente o próprio Tribunal a observar as soluções que haja imposto no passado, a bem da certeza e previsibilidade jurídica e também da igualdade, esta jurisprudência acaba por ser auto-referencial e fundar a adjudicação ao caso concreto da solução adoptada num caso anterior⁴¹. Quer, portanto, dizer que, embora a jurisprudência não assuma um valor normativo, os critérios normativos utilizados podem valer para os casos semelhantes.

Para os Estados, como Portugal, com um ordenamento jurídico de raiz romano-germânica, esta vinculatividade *sui generis* da jurisprudência é estranha e suscita um

³⁸ Vide, sobre esta questão, José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 181 a 183; António HENRIQUES GASPAR, “A Influência da CEDH...”, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

³⁹ Vide, neste sentido, Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Fabris c. França (TP), 7.02.2013, pp. 29-31; Vide também o Voto de Vencido do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Hutchinson c. Reino Unido (TP), 17.01.2017, par. 45-47.

⁴⁰ Elisabet FÜRA-SANDSTRÖM, “Amplifying the effect of the Court’s case-law in the States parties”, in *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009, p. 511.

⁴¹ Conforme se pode ler, p. ex., no Ac. Chapman c. Reino Unido (TP), 18.01.2001, par. 70.

problema hermenêutico complexo que se prende com a identificação dos elementos da decisão que têm carácter vinculativo aplicável por analogia nos casos similares. Ou seja, a conhecida distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* do acórdão.

Concluindo, e para não nos alongarmos numa discussão complexa que não cabe no escopo deste trabalho, diremos apenas que, na prática, esta autoridade da jurisprudência do Tribunal significa que, verificando-se um problema de base na legislação ou prática nacionais que motivam a verificação de uma violação, o TEDH será incentivado a repetir as suas considerações na apreciação de queixas subsequentes suscitando a mesma questão. Assim, de modo a dar cumprimento à sua obrigação de assegurar o respeito pelos direitos e liberdades previstos na Convenção a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição e, no limite, para evitar futuras condenações, o Tribunal entende que os Estados Parte devem adoptar uma postura *proactiva* e diligenciar no sentido de prevenir uma violação, alterando, caso necessário, a legislação ou as práticas de acordo com as recomendações do Tribunal, mesmo quando incluídas em acórdão proferido contra outro Estado Parte^{42,43}.

Este é, em termos gerais, o enquadramento do funcionamento do sistema da Convenção e a base para o modo como o Tribunal aprecia as queixas que lhe são apresentadas. O modo como o Tribunal, na prática, desempenha esta função é, no entanto, influenciado por diversos factores e, de forma determinante, pela maneira como o próprio interpreta as suas competências e as desenvolve através da sua jurisprudência (*vide* 2.2. *infra*).

⁴² *Vide*, neste sentido, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia ...*, *op. cit.*, pp. 42 e 350; Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Fabris c. França (TP), 7.02.2013; Jean-Paul COSTA, “The authority of the jurisprudence of the ECtHR”, in *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 289 e ss. Ainda neste sentido, veja-se o *Memorandum* do Presidente do TEDH em preparação para a Conferência de Interlaken, pp. 6 e 7. *Vide* ainda a Recomendação do Comité de Ministros n.º 5 (2004) (Rec(2004)5), de 12 de Maio de 2004, em que recomenda que a preparação de qualquer legislação relacionada com direitos consagrados na Convenção seja realizada consirando a Convenção e a jurisprudência do TEDH, pars. 5 e 6.

No que concerne à actividade jurisdicional, afirmando que o acolhimento desta jurisprudência por parte dos tribunais nacionais não pode ser cego, implicando que se faça “*tábua rasa*” das diferentes culturas jurídicas nacionais, *vide*, Patricia POPELIER *et al.*, AAVV, *Criticism of the European Court of Human Rights — Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Intersentia, 2016, pp. 541 e ss.

⁴³ O exemplo clássico deste efeito *erga omnes de facto* é o de os Países Baixos terem alterado a lei relativamente à capacidade de filhos nascidos fora do casamento serem herdeiros, após as decisões contra a Bélgica (Ac. Marckx c. Bélgica (TP), 13.06.1979) e contra a Áustria (Ac. Inze c. Áustria (Secção), 28.10.1987) nesse sentido. Exemplo oposto é o da França que só após o Estado ter sido condenado, o que era antecipável, alterou a lei (Ac. Mazurek c. França (3.ª Secção), 1.02.2000).

(B) O processo hermenêutico desenvolvido pelo TEDH na aplicação da Convenção

Cabe perceber, agora, de que forma é que o Tribunal, na prática, interpreta e aplica a Convenção. Desde logo, a aplicação da Convenção não é automática nem obedece a critérios estáticos, antes obedecendo a um complexo processo hermenêutico desenvolvido pelo Tribunal e no âmbito do qual se socorre de vários elementos de interpretação⁴⁴, dos quais destacamos: a doutrina da interpretação actualista da Convenção, a doutrina dos conceitos autónomos, a margem de apreciação dos Estados Parte (aspecto que será tratado autonomamente *infra*), as exigências da proporcionalidade, e o diálogo que se estabelece entre os tribunais⁴⁵. Esta interpretação dinâmica levada a cabo pelo Tribunal, que muito tem contribuído para o avançar da dogmática dos direitos humanos e, em consequência, para o elevar dos parâmetros de protecção impostos, dificulta a tarefa dos Estados Parte de cumprirem com as suas obrigações estabelecidas pela Convenção.

Dada a natureza e propósito deste estudo, daremos maior ênfase ao primeiro dos elementos referidos, limitando-nos a enunciar os outros de forma menos desenvolvida.

O Tribunal interpreta, desde a sua criação, o texto da Convenção de uma forma actualista, daí referir-se a *doutrina da interpretação actualista* ou *dinâmica*⁴⁶. Esta doutrina tem influenciado de sobremaneira a jurisprudência do Tribunal e orientado a interpretação que este faz da Convenção desde muito cedo.

De acordo com este cânone hermenêutico, os juízes europeus perspectivam a Convenção como um “*instrumento vivo*” que deve ser interpretado à luz das condições do presente e tendo em conta a evolução da sociedade⁴⁷ pois, conforme refere CABRAL BARRETO, “*só assim se protegem os direitos não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efectivos*”⁴⁸. Assim, o Tribunal (i) interpreta o texto da Convenção tendo em vista o

⁴⁴ Também referidos pela doutrina como “*standards of judicial review*”.

⁴⁵ Vide, Eirik BJORGE, *Domestic Application...*, *op. cit.*, p. 12 e ss; Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 377 e ss.

Sobre o mesmo assunto, realçando outros elementos, vide, Ana Maria GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 196 e ss.

⁴⁶ Ou ainda, “*interpretação evolutiva*” (da expressão em inglês, “*evolutive*”).

⁴⁷ Cf. Ac. Tyrer c. Reino Unido (Secção), 25.04.1978, par. 31; vide, no mesmo sentido, mais recentemente, p. ex. Mamatkulov e Askarov c. Turquia (TP), 4.02.2005, par.121, Hirsi Jamaa e outros c. Itália (TP), 23.02.2012, par. 175.

⁴⁸ Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op.cit.*, pp. 377 e 378, utilizando uma formulação do Tribunal que tem sido sucessivamente referida nos seus acórdãos, p. ex. Ac. Airey c. Irlanda (Secção),

exercício e gozo real e efectivo dos direitos aí previstos, e não apenas teórico ou abstracto, e (ii) tem em consideração as mutações do quadro político, económico, social e moral no espaço territorial de aplicação da Convenção e mesmo externo⁴⁹.

A adopção desta postura por parte do Tribunal está conforme com os princípios gerais de interpretação dos tratados⁵⁰. Em particular no caso da Convenção, é preciso não esquecer que em 1950 o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos se encontrava ainda num estado embrionário, pelo que não faria sentido, num tratado que foi desenhado para vigorar durante muito tempo, aterem-se os juízes a concepções cristalizadas no tempo. Nem esta era, aliás, a ideia originária subjacente à Convenção, o que pode concluir-se desde logo da menção expressa no preâmbulo ao propósito do “*desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*”.

Através desta interpretação, os juízes têm desenvolvido a panóplia de direitos e liberdades consagrados na Convenção o que permitiu que certos direitos, não expressamente previstos no texto original, fossem deduzidos dos ali consagrados, conferindo-lhes um sentido adaptado aos tempos vividos^{51,52}.

Na prática, a interpretação actualista ou efectiva da Convenção significa que o Tribunal se afasta da ideia original de que a sua função seria meramente a de identificar e garantir a observância de *standards* mínimos de protecção de direitos; ao invés, o Tribunal pugna pela elevação desses *standards*.

9.10.1979, par. 24, Ac. Christine Goodwin c. Reino Unido, (TP) 11.07.2002, par. 74, Ac. Leyla Şahin c. Turquia (TP), 10.11.2005, par. 136, Ac. Nada c. Suíça (TP), 12.09.2012, par. 182.

⁴⁹ Vide, neste sentido, Basak ÇALI, “From flexible to variable standards...”, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁰ Como ensina Eirik BJORGE, esta abordagem é transversal ao Direito Internacional Público. O Autor define a interpretação actualista (dos tratados) como: “(...) *where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving limit.*” — *Domestic Application...*, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

O princípio segundo o qual os tratados devem ser interpretados atendendo ao seu fim (interpretação teleológica) vem estabelecido no artigo 31.º, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

⁵¹ Ana Maria GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 196 e 197.

Elencam-se aqui alguns exemplos notáveis do resultado da aplicação desta interpretação da Convenção: direito a um ambiente saudável (Ac. Lópes Ostra c. Espanha (Secção), 9.12.1994); reconhecimento do direito de casais de pessoas do mesmo sexo terem a sua união reconhecida pelo Estado (Ac. Vallianatos e outros c. Grécia (TP), 7.11.2013; Ac. Oliari e outros c. Itália (4.ª Secção), 21.07.2015), bem como o direito a co-adotar o filho do/da companheiro/a (Ac. X. e outros c. Áustria (TP), 19.02.2013); direito a recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida em determinados casos (Ac. Dickson c. Reino Unido (TP), 4.12.2007, Ac. Costa e Pavan c. Itália (2.ª Secção), 28.08.2012). Vide, para mais exemplos, João RAMOS DE SOUSA, “Escutas telefónicas em Estrasburgo: O activismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in *Sub Iudice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris — Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004, pp. 53 e 54.

⁵² Segundo CABRAL BARRETO, “*esta interpretação extensiva e evolutiva tem os seus limites, não podendo ser retirado do texto da Convenção um direito que não foi inicialmente consagrado, como o direito a morrer, o direito ao suicídio*”. — *A Convenção Europeia...*, *op.cit.*, p. 378. Notamos, contudo, que mesmo estes direitos têm vindo a ser desenvolvidos pelo Tribunal.

A interpretação da Convenção pelo Tribunal não deverá, contudo, desligar-se do seu substrato. Neste sentido, a existência ou ausência de um *consenso europeu* sobre a matéria constitui um importante freio a esta doutrina da interpretação actualista⁵³. Com efeito, a constatação da existência de um consenso entre os Estados Parte quanto a determinada solução servirá de limite à proactividade do Tribunal dado que a expansão dos critérios do Tribunal para lá dessa base comum suscitará, naturalmente, críticas e poderá ser fonte de tensões na relação com os Estados⁵⁴.

Pese embora as valias desta interpretação já referidas, esta doutrina é criticada, nomeadamente, por fazer perigar a segurança jurídica. Com efeito, ao interpretar o texto da Convenção de forma actualista, o Tribunal poderá afastar-se da sua própria jurisprudência anterior e, assim, abalar a previsibilidade das soluções jurídicas adoptadas. Esta fricção entre a previsibilidade que se exige nas soluções adoptadas e a efectividade da Convenção dificulta seriamente a tarefa dos Estados Parte de se manterem a par e cumprirem com os *standards* que são exigidos, a cada momento, pelo Tribunal⁵⁵.

O Tribunal recorre também com frequência à *doutrina dos conceitos autónomos* para interpretar a Convenção⁵⁶. Recorrendo à definição de CABRAL BARRETO, os

⁵³ A ideia de *consenso europeu* a que o Tribunal recorre com alguma frequência é alvo de muitas críticas, nomeadamente, a sua indeterminação, a fácil manipulação, a ausência de relação directa entre a bondade das soluções e o facto de serem aplicadas por muitos Estados, entre outras. *Vide*, neste sentido, Béatrice PASTRE-BELDA, “Et si la Cour européenne des droits de l’homme renonçait à l’interprétation consensuelle?”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 26 année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015; e Andreas FOLLESDAL, “Squaring the circle at the battle at Brighton: is the war between protecting human rights or resepecting sovereignty over, or has it just begun?”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016, p. 202 e 203.

⁵⁴ Neste sentido, CABRAL BARRETO refere que “ao aplicar a Convenção a situações novas, o Tribunal procede com cautela de modo a que as suas decisões possam reflectir tanto quanto possível um sentir existente no seio dos Estados sob a sua jurisdição” e, bem assim, “se o Tribunal não fica à espera de uma harmonia total, dificilmente avançará sozinho sem o apoio mais ou menos sólido de alguma jurisdições nacionais e, naturalmente, sem o apoio de alguns tribunais superiores, pois são eles os melhores colocados para se aperceberem das mudanças sociais ocorridas ao nível interno.” — “As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Instâncias nacionais”, Intervenção na Cerimónia do 30.º Aniversário da Adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, STJ, 2008, pp. 7 e 8.

⁵⁵ A este propósito, Basak ÇALI fala de um “*elemento de surpresa*” da jurisprudência do TEDH — *Vide*, “From flexible to variable standards...”, *op. cit.*, p. 149 e 150.

No mesmo sentido Eirik BJORGE. Este Autor refere ainda a dificuldade acrescida que os tribunais nacionais enfrentam ao tentarem interpretar a Convenção em casos que suscitem questões sobre as quais o TEDH ainda não se pronunciou. Em princípio, nestes casos os tribunais nacionais devem atender aos princípios ínsitos na jurisprudência de Estrasburgo e procurar uma solução conforme aos mesmos. Certo é que não deverão ignorar os avanços alcançados pelo TEDH e conferir uma protecção inferior àquela. — Cf. *Domestic Application...*, *op. cit.*, pp. 19 e 21.

⁵⁶ Esta doutrina tem também origem no Direito Internacional Público e pretende, nesse contexto, indicar aos Estados que a lei internacional tem um significado próprio ao qual os Estados não se podem

conceitos autónomos são “*termos ou expressões utilizados na Convenção aos quais o Tribunal tem conferido um significado ou interpretação que não corresponde necessariamente ao sentido preciso que aos mesmos é dado no direito interno.*”^{57,58}.

O Tribunal recorre igualmente ao *princípio da proporcionalidade*, em particular, quando estão em causa conflitos de direitos que foram decididos, no domínio interno, a favor de um direito em detrimento de outro (os casos típicos dos conflitos entre o artigo 8.º e o 10.º ou 11.º da Convenção)⁵⁹. Este princípio está intimamente relacionado também com a margem de apreciação, decorrência do princípio da subsidiariedade, que o TEDH confere aos Estados Parte (*infra* melhor analisada).

Como a solução encontrada está naturalmente modelada pelas circunstâncias do caso concreto, a dedução de um princípio aplicável a outros casos poderá ficar comprometida, o que dificulta o acolhimento da jurisprudência do TEDH pelos Estados Parte. Neste contexto, o Tribunal deverá estar especialmente atento à estabilidade e coerência da sua jurisprudência.

Atenhamo-nos ainda à influência exercida pelo *diálogo* que é estabelecido pelo TEDH com os tribunais nacionais na interpretação dos direitos e liberdades previstos na Convenção. Neste contexto, a referência ao diálogo estabelecido entre o TEDH e os tribunais nacionais reporta-se ao intercâmbio e influências mútuas que se verificam entre eles, pretendendo-se sublinhar que não são só os tribunais nacionais que bebem da jurisprudência de Estrasburgo, também o TEDH colhe a experiência dos tribunais dos Estados Parte para procurar soluções e *modus decidendi* que o auxiliem no desempenhar as suas funções⁶⁰. Esta atitude do Tribunal tem como fundamento base o princípio da

“esquivar” refugiando-se no seu direito interno como justificação para não cumprirem obrigações de direito internacional. — Vide Eirik BJORGE, *Domestic Application...*, *op. cit.*, p. 13.

Este princípio está estabelecido no artigo 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

⁵⁷ *A Convenção Europeia...*, *op.cit.*, p. 379.

⁵⁸ Um termo particularmente ilustrativo para designar este problema de transposição de conceitos jurídicos entre ordenamentos é o de “*legal irritants*”. Estes conceitos são “*juridicamente irritantes*” por não serem susceptíveis de ser “*domesticados*”, isto é, adoptados por uma outra ordem jurídica na plenitude do seu significado. — Cf. Angelika NÜßBERGER, “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015, p. 165 — fazendo referência ao termo cunhado por G. Teubner.

⁵⁹ É pressuposto que os direitos em causa não sejam passíveis de derrogação. Em conformidade, este princípio não terá aplicação quando estão em causa direitos absolutos (identificados no artigo 15.º, n.º 2, da Convenção, e no artigo 3.º do Protocolo n.º 6, no artigo 4.º, n.º 3, do Protocolo n.º 7 e no artigo 2.º do Protocolo n.º 13).

⁶⁰ Uma manifestação muito concreta deste diálogo encontra-se na prática de referir e citar decisões internas o que ocorre, nomeadamente (i) quando a decisão é tomada com referência ao “*consenso europeu*” e (ii) quando a fundamentação está ancorada na decisão judicial interna e é reconhecida uma margem de apreciação quanto à questão em juízo ao Estado Parte demandado. — Vide Cristoph GRABENWARTER, “The Cooperation of Constitutional Courts in Europe — Current Situation and

subsidiariedade e a ideia de que os tribunais nacionais estão melhor posicionados para decidir do que o TEDH.

Um aspecto nuclear que permite e justifica o diálogo é o facto de nenhum dos tribunais ter autoridade absoluta sobre o outro⁶¹. O sistema de protecção de direitos fundamentais ao nível europeu é um sistema de monitorização multinível, em que os vários tribunais *partilham* a função de proteger direitos fundamentais. A relação entre os tribunais envolvidos não é hierárquica nem unilateral, mas de influência mútua⁶², num constante exercício dinâmico de interpretação que contribui para o desenvolvimento da protecção dos direitos humanos⁶³. Assim, o diálogo estabelecido entre o TEDH e os tribunais nacionais deve ser norteado por uma perspectiva de aliança, e não de rivalidade⁶⁴.

Esta perspectiva de diálogo, por contraposição a uma vinculação hierárquica, é para os tribunais nacionais “*particularly appealing as it allows them to underscore their loyalty and their spirit of cooperation with the European Court of Human Rights, while giving them leeway to occasionally diverge from its case law.*”⁶⁵

De outro lado, para o Tribunal, o diálogo é uma forma de manter e fortalecer a sua credibilidade e legitimidade, sem antagonizar os Estados Parte.

Esta inexistência de hierarquia estrita entre os tribunais constitui, ao mesmo tempo, uma dificuldade intrínseca ao mecanismo da Convenção, a saber: a articulação institucional entre aqueles e o impacto que tem na recepção e acolhimento da jurisprudência do TEDH. Aspecto que é dificultado pelo facto de o valor jurídico da

Perspectives”, in *The Cooperation of Constitutional Constitutional Courts in Europe — Current Situation and Perspectives: XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts*, Vol. I, Verfassungsgsgerichtshof Oesterreich, 2014, p. 41. Vide também, António HENRIQUES GASPAS, “A Influência da CEDH...”, *op. cit.*, pp. 35 e ss.

⁶¹ Vide, desenvolvidamente, Patricia POPELIER *et al.*, *Criticism of the European Court of Human Rights...*, *op.cit.*, p. 548.

⁶² Cf. Harmut ADEN, “Human Rights before the courts: Concurrence or complementary protection by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and by national constitutional courts?”, in AAVV, *Human Rights in Europe: a fragmented regime?*, Peter Lang, 2006, p. 65; Vide também nesse sentido, Patricia POPELIER *et al.*, *Criticism of the European Court of Human Rights...*, *op.cit.*, pp. 548 e 549, e ainda António HENRIQUES GASPAS, “A Influência da CEDH...”, *op. cit.*, p. 38.

⁶³ O desenvolvimento dos direitos humanos promove, de *per se*, este diálogo. Conforme explica António HENRIQUES GASPAS “foi a expansão do domínio dos direitos fundamentais e a vontade de lhes transmitir efectividade em decisões concretas que tem contribuído para a maior procura e aceitação do diálogo judicial” pois estes “transportam em si uma partilha de sentido universal de valores comuns, como se traduzissem uma linguagem comum de vocação universal”. — “A Influência da CEDH...”, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ Vide, neste sentido, Vide Wojciech SADURSKI, “Partnering with Strasbourg...”, *op. cit.*, p. 441 e 442; Steven GREER e Luzius WILDHABER, “Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n.º 4, Dezembro, Oxford University Press, 2012, p. 675.

⁶⁵ Patricia POPELIER *et al.*, *Criticism of the European Court of Human Rights...*, *op.cit.*, p. 548.

Convenção ser distinto nos vários ordenamentos jurídicos dos Estados Parte, oscilando entre valor constitucional, quase-constitucional, supralegal, ou legal⁶⁶.

Na ausência de um mecanismo formal de diálogo, as decisões judiciais são o principal veículo para este intercâmbio (por via indirecta, naturalmente), em ambos os sentidos. Neste contexto, o diálogo será tanto mais profícuo quanto os tribunais nacionais aplicarem a Convenção no plano interno. Com efeito, esta aplicação da Convenção (e da jurisprudência do TEDH) é, naturalmente, influenciada por aspectos de direito interno e pela necessidade de compatibilização com as soluções previstas nos ordenamentos jurídicos internos, de onde podem resultar soluções específicas distintas das de Estrasburgo. Neste sentido, a própria Convenção, no seu artigo 53.º, prevê que os Estados Parte estão vinculados a aplicar a Convenção (conforme a interpretação do TEDH) apenas quanto ao nível mínimo de protecção, nada impedindo que apliquem *standards* mais elevados de protecção de direitos⁶⁷.

Os interlocutores privilegiados deste diálogo com o TEDH são os tribunais superiores dos Estados Parte que fazem a ponte com os tribunais nacionais, criando uma dinâmica de aplicação da Convenção e recepção da jurisprudência do TEDH no plano interno⁶⁸.

Como analisaremos melhor *infra* (2.1.3. e 2.1.4.(B)), foram recentemente tomados passos importantes na efectivação e institucionalização deste diálogo, reconhecendo-se o importantíssimo papel dos tribunais nacionais enquanto mediadores entre os dois sistemas.

Note-se, contudo, que a forma como o próprio Tribunal se vai arrogando novas competências e alterando o modo de funcionamento interno tem dificultado (e, por vezes, prejudicado) o diálogo e a definição das relações entre os tribunais nacionais, particularmente os tribunais superiores, e o TEDH, em especial, quando intervém em esferas que estão tradicionalmente reservadas à soberania dos Estados (*vide* 2.2. *infra*).

Do exposto torna-se claro que o processo hermenêutico desenvolvido pelo TEDH na aplicação da Convenção é complexo e dinâmico, o que produz um efeito sensível, a nível substantivo, na articulação com os sistemas domésticos de protecção de direitos

⁶⁶ *Vide*, para um apanhado dos vários enquadramentos jurídicos da Convenção no direito interno: Cristoph GRABENWARTER, “The Cooperation of Constitutional Courts in Europe...”, *op. cit.*

⁶⁷ *Vide*, neste sentido, Eirik BJORGE referindo-se ao conceito de “*rights diversity*” — *Domestic Application...*, *op. cit.*, pp. 48 e 49.

⁶⁸ *Vide*, neste sentido, Cristoph GRABENWARTER, “The Cooperation of Constitutional Courts in Europe...”, *op. cit.*, p. 44.

fundamentais dos Estados Parte. Esta articulação assenta no princípio da subsidiariedade que passaremos agora a analisar.

1.2 O Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade é, conforme ensina Andreas FOLLESDAL, um princípio de carácter político destinado a regular a atribuição e exercício de poderes e autoridade entre uma entidade e os seus membros⁶⁹.

O princípio da subsidiariedade no Direito Internacional encontra o seu fundamento base na soberania dos Estados. São os Estados que decidem abdicar de parcelas da sua soberania em prol de determinado objectivo, *in casu*, o respeito pelos direitos humanos através do controlo da observância de parâmetros de direitos humanos commumente definidos por uma organização internacional⁷⁰. A existência do Tribunal não é, portanto, autónoma da vontade política dos Estados Parte que balizam os poderes que lhe são conferidos e podem coarctar as suas competências ou inclusivamente rejeitá-las.

O princípio da subsidiariedade da actuação do TEDH é um elemento intrínseco e essencial ao mecanismo da Convenção e à articulação deste com os Estados Parte^{71,72}. Embora não esteja expressamente previsto no texto da Convenção, resulta da conjugação dos artigos 1.º e 19.º, referentes, respectivamente, à obrigação dos Estados respeitarem os direitos humanos e à função do Tribunal de supervisionar o cumprimento dessa obrigação. Conforme melhor analisaremos *infra*, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15 passará a prever-se uma referência expressa a este princípio, bem como à margem de apreciação dos Estados, no Preâmbulo da Convenção (*vide* 2.1.4.(A) *infra*).

⁶⁹ Cf. “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 195.

⁷⁰ No que concerne às motivações dos Estados Parte para abdicar da sua soberania neste contexto, Andreas FOLLESDAL refere que os Estados se submetem voluntariamente a estes padrões de modo a serem reconhecidos como Estados de Direito e respeitadores dos direitos humanos e, assim, fortalecer a sua credibilidade. — Cf. “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 198.

⁷¹ *Vide*, sobre a análise do princípio da subsidiariedade como critério funcional no contexto de um sistema “multi-layered”, Federico FABBRINI, “The margin of Appreciation...”, *op. cit.*

⁷² Para ser mais precisa, a intervenção do Tribunal não é subsidiária relativamente aos Estados *per se*, mas sim, aos sistemas de protecção de direitos fundamentais nacionais — Cf. Dean SPIELMANN, “Whither the Margin of Appreciation?”, in AAVV, *Current Legal Problems*, Vol. 67, Oxford University Press, 2014, p. 53.

Este princípio pode assumir várias configurações distintas⁷³, devendo entender-se que, no contexto específico do mecanismo da Convenção, significa que “*the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lies first and foremost with the authorities in the Contracting States rather than with the Court. The Court can and should intervene only where the domestic authorities fail in that task.*”⁷⁴

Assim, em primeira linha, a tarefa de respeitar e proteger os direitos humanos dos seus cidadãos incumbe, pois, aos próprios Estados, através da acção dos seus tribunais ou de outras autoridades nacionais⁷⁵. A jurisdição do Tribunal representa uma última linha de defesa que deverá ser apenas accionada quando uma violação ocorrida no seio doméstico de cada Estado Parte não seja susceptível de reparação nesse âmbito.

A subsidiariedade do mecanismo da CEDH assenta na presunção de que as autoridades nacionais são capazes de dar uma resposta mais pronta e eficaz às violações de direitos humanos levadas a cabo sob a sua jurisdição pois estão em contacto directo e contínuo com as chamadas “*forças vitais*” (“*vital forces*”) do país⁷⁶. Com efeito, as autoridades dos Estados Parte não só estão mais próximas dos factos que podem apreciar mais facilmente e dotadas de um conhecimento mais aprofundado das matérias em apreço, como dominam a matriz axiológica e valorativa específica a cada Estado e que determina a forma como são consagrados, efectivados e protegidos os direitos humanos.

Acresce que os órgãos internos de um Estados Parte têm uma evidente maior legitimidade democrática do que qualquer órgão supraestadual, pelo que as decisões e medidas tomadas internamente gozarão de uma maior autoridade e tenderão a ser, assim, mais facilmente acatadas.

⁷³ Para uma análise comparativa relativamente ao sistema da UE, remetemos para a Nota do Jurisconsulto (“*Principle of subsidiarity - Interlaken follow-up - Note by the Jurisconsult*”), pars. 3 e ss., disponível na página do Tribunal através do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe_r. Vide também Federico FABBRINI, “The margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison”, in *iCourts Working Paper Series*, n.º 15, The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, 2015.

⁷⁴ Nota do Jurisconsulto, par. 2.

⁷⁵ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, “A Jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Sub Judge: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril /Setembro, DocJuris — Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004, p. 30.

Neste sentido, Armando ROCHA refere que “*Em face desta solução de apelo aos mecanismos de direito interno, há uma dimensão que se torna, então, inultrapassável: a Convenção encara o juiz nacional como o peão do sistema institucional europeu de protecção dos direitos do homem (...)*”. — *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 35.

⁷⁶ Cf. Nota do Jurisconsulto, par. 9.

Por fim, a própria natureza do sistema impõe a intervenção subsidiária do Tribunal dado que este não tem poderes para intervir directamente nos ordenamentos jurídicos dos Estados Parte, devendo respeitar a autonomia daqueles tanto no que concerne à apreciação das questões subjacentes à queixa, como na execução dos acórdãos. Neste sentido, a subsidiariedade é igualmente uma necessidade prática do sistema⁷⁷.

A concepção do princípio da subsidiariedade no sistema da Convenção tem como fundamento e propósito a garantia dos direitos do indivíduo (“*person-centric*”, em contraponto com uma concepção “*state-centric*” da subsidiariedade)⁷⁸. Ou seja, é o superior interesse dos cidadãos que justifica a limitação da soberania dos Estados e, bem assim, a intervenção do Tribunal.

Em conformidade com esta concepção, será reconhecida uma margem de apreciação aos Estados tanto maior quanto melhor estes demonstrem respeitar os direitos dos cidadãos sob a sua jurisdição. Ou seja, a aplicação do princípio da subsidiariedade, com maior ou menor intensidade, depende do grau de compromisso dos Estados Parte para com as obrigações previstas na Convenção. Um Estado onde a Convenção esteja a ser devidamente implementada, o que implica uma atenção à jurisprudência do TEDH relativamente ao modo como interpreta os direitos e liberdades aí reconhecidos, será, em princípio, sujeito a um menor escrutínio pelo Tribunal, sem que tal possa implicar, sob qualquer circunstância, uma “*blanket immunity*” dos Estados⁷⁹.

A intensidade deste controlo encontra o seu contrapeso no princípio da efectividade dos direitos previstos na Convenção que podem justificar uma intervenção mais ou menos musculada do Tribunal (“*judicial activism*” ou “*judicial self-restraint*”).

Ora, a configuração e aplicação do princípio da subsidiariedade no âmbito do mecanismo da Convenção tem sido objecto de grandes transformações, no sentido do seu aprofundamento (*vide* 2.1. *infra*).

O princípio da subsidiariedade assume uma vertente substantiva e uma vertente processual. Quanto à primeira, manifesta-se, essencialmente, através da rejeição de

⁷⁷ Neste sentido, Armando ROCHA refere que este fenómeno é inerente ao direito internacional cujas normas carecem de coactividade o que justifica esta delegação, nos Estados, da tarefa de, em primeira mão, tutelar os direitos previstos na Convenção. — Cf. *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁸ *Vide*, sobre esta distinção, suas implicações e limites Andreas FOLLESDAL, “*Squaring the circle...*”, *op. cit.*, p. 195 e ss.

⁷⁹ *Vide*, neste sentido, o discurso proferido pelo Sir Nicholas BRATZA na Conferência de Brighton, p. 5.

queixas de “*quarta instância*” e na margem de apreciação reconhecida aos Estados Parte. Quanto à segunda, manifesta-se nos requisitos de admissibilidade das queixas ao TEDH, em particular, a exigência de esgotamento das vias de recurso internas⁸⁰.

1.2.1 Manifestações do Princípio da Subsidiariedade: vertente substantiva

(A) Queixas de “*quarta instância*”

Desde logo, uma das principais decorrências do princípio da subsidiariedade no que concerne à jurisdição do Tribunal é a de que este não corresponde a uma “*quarta instância*”⁸¹, o que pretende significar que a queixa ao TEDH não constitui um recurso de apelação, cassação, revista ou revisão⁸². Esta doutrina da rejeição da “*quarta instância*” representa uma manifestação do princípio da subsidiariedade, em concreto, da ideia de que os Estados Parte estão melhor posicionados e apetrechados para apreciar os factos e determinar o direito interno aplicável, pelo que não deverá substituir-se aos mesmos.

Efectivamente, o TEDH não tem competência para, nomeadamente, rever a matéria de facto fixada, a interpretação e aplicação do direito interno, a admissibilidade e apreciação de prova, a equidade substantiva do resultado, nem a culpabilidade do arguido — tarefas que incumbem exclusivamente à jurisdição interna dos Estados Parte e cuja apreciação vincula o Tribunal. Neste contexto, o Tribunal deverá abster-se de apreciar erros de factos ou de direito cometidos por instâncias nacionais. Excepcionam-se, contudo, os casos em que a determinação de qualquer um daqueles elementos se revele flagrante e evidentemente arbitrária ou irracional e, portanto, em si, comporte uma violação da Convenção (em particular, do artigo 6.º da CEDH)^{83,84}. Como já

⁸⁰ Vide, neste sentido, Nota do Jurisconsulto, par. 17 e ss.

⁸¹ Nem uma “2.ª instância constitucional” — Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., p. 383.

⁸² Cf. Ac. Perlala c. Grécia, de 22.02.2007: par. 25: “(...) *La Cour ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, sinon, elle s’érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission (...)*” (realçado nosso).

Igualmente, entre outros, Ac. Von Hannover (n.º 2) c. Alemanha (TP), 7.02.2012, par. 105: “*In exercising its supervisory function, the Court’s task is not to take the place of the national courts, but rather to review, in the light of the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation are compatible with the provisions of the Convention relied on.*” (realçado nosso).

Bem assim, conforme explica Paulo MARRECA FERREIRA: “*A decisão de Estrasburgo não modifica o caso julgado, a queixa não é um recurso na sua acepção técnica, o que levanta delicados problemas de execução de sentença do Tribunal Europeu.*” — “O Castelo de Ventura”..., op. cit., pp. 40 e 41.

⁸³ Cf. Nota do Jurisconsulto, pars. 36-38. Vide também Geir ULFSTEIN, “The European Court of Human Rights and national courts: a constitutional relationship?”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016, p. 50.

aflorámos, o TEDH tão-pouco tem competência para anular decisões judiciais, incluindo penas criminais ou sanções disciplinares, ou actos administrativos, nem para anular ou modificar leis ou regulamentos⁸⁵ (embora tal, conforme veremos no ponto 2.2.3. *infra*, não o impeça de, na prática, exigir aos Estados que o façam). Quanto a estas questões, portanto, o TEDH deverá refrear a sua apreciação⁸⁶.

Neste sentido, as queixas dirigidas ao TEDH cujo objecto envolva uma reapreciação daqueles aspectos revela, como indica o próprio Tribunal, uma “*compreensão errada, por parte dos requerentes, acerca do papel do Tribunal e da natureza do mecanismo judicial estabelecido pela Convenção*”⁸⁷. Estas queixas são tratadas, ao nível da admissibilidade, como queixas manifestamente mal fundadas, nos termos do artigo 35.º, n.º 3, al. a), da CEDH.

(B) Margem de apreciação

Como explica Eirik BJORGE, a doutrina da margem de apreciação é uma “*forma de discricionariedade*” do Tribunal⁸⁸ a que recorre na administração de justiça nos casos concretos. Enquanto a subsidiariedade é “*uma limitação ao poder de controlo do Tribunal, que se aplica indiferentemente a todos os litígios, já a doutrina em análise é pensada somente em determinadas circunstâncias, e a sua amplitude alterna casuisticamente*”⁸⁹.

Vide, para maior desenvolvimento sobre este tópico: *Guia prático sobre a Admissibilidade*, Conselho da Europa/Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 3.ª Edição, 2014, disponível através do link http://direitoshumanos.gddc.pt/4/IVPAG4_3_3_6.htm; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 380 e ss e Entrevista no Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 74, Janeiro, Ordem dos Advogados, 2011, p. 27.

⁸⁴ Note-se, contudo, que, embora o Tribunal não deva pôr em causa a matéria de facto fixada pelas instâncias internas, pode acontecer que lhe seja trazida matéria de facto nova no processo em Estrasburgo. Nestes casos, em particular, se as instâncias superiores internas apreciam apenas questões de direito e, portanto, aceitaram a matéria de facto conforme fixada pelas instâncias inferiores, pode acontecer que o TEDH chegue a uma conclusão diversa desta instância superior. — Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, “As relações entre...”, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁵ Conforme o próprio TEDH aliás reconhece: Ac. Pakelli c. Alemanha (Secção), 25.04.1983, par. 45; Ac. Marckx c. Bélgica (TP), 13.06.1979, par. 58.

⁸⁶ A jurisprudência do Tribunal não é, contudo, plenamente coerente quanto a este ponto. Veja-se a elucidativa Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE no ac. Moreno Diaz Peña e outros c. Portugal (1.ª Secção), 4.06.2015.

⁸⁷ Cf. Nota do Jurisconsulto, par. 28, tradução nossa.

⁸⁸ *Domestic Application...*, *op. cit.*, p. 26. Diferentemente, no entender de Catarina SANTOS BOTELHO, esta doutrina é uma forma de controlar a discricionariedade dos Estados na implementação da Convenção. — Cf. “Quo Vadis «doutrina da margem nacional de apreciação»? — O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Universidade Católica, 2011, p. 350.

⁸⁹ Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 349.

Tal como vimos no ponto anterior, esta doutrina materializa a ideia, agora numa vertente substantiva, de que os Estados estão melhor posicionados para avaliar todas as circunstâncias do caso em apreço e concede-lhes a autoridade para, dentro de certos limites e em determinadas condições, interpretar a Convenção e determinar se houve ou não violação dos direitos aí previstos⁹⁰.

Pese embora, como vimos, a Convenção não se refira expressamente à doutrina da margem de apreciação, esta é uma prática antiga do Tribunal⁹¹ e que tem sido utilizada como instrumento para definir as relações entre o Tribunal e as autoridades nacionais⁹² e para balizar o escopo de revisão realizada pelo primeiro⁹³.

Conforme afluímos *supra*, a margem de apreciação reconhecida aos Estados é um dos factores considerados pelo Tribunal aquando da apreciação das queixas que é chamado a decidir. Este é, na verdade, um aspecto fulcral desta apreciação e que justifica que o Tribunal exerça uma intervenção maior ou menor, consoante as circunstâncias do caso, a natureza do direito e da interferência em causa, bem como a existência ou não de consenso sobre a matéria⁹⁴.

Como ensina CABRAL BARRETO, a margem de apreciação assenta essencialmente em dois aspectos: (i) o estabelecimento dos factos e a interpretação do direito interno ficam, em princípio, no âmbito da competência exclusiva dos Estados Parte (salvo manifesto arbítrio ou irracionalidade e na medida em que ofendam direitos e liberdades previstos na Convenção), como já analisámos; e (ii) caso a violação tenha sido sancionada ao nível interno, o Tribunal deverá aceitar a solução encontrada pelos Estados (salvo se esta se revelar manifestamente insuficiente)⁹⁵.

Neste sentido, a doutrina da margem de apreciação constitui um limite material à competência de controlo do TEDH enquanto tribunal internacional. Como decorrência do princípio da subsidiariedade que norteia a actividade do Tribunal, este deve atender

⁹⁰ Cf. Andreas FOLLESDAL, “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 191

⁹¹ *Vide*, sobre as origens da doutrina da margem de apreciação, Dean SPIELMANN, “Whither the Margin of Appreciation?”..., *op. cit.*, pp. 50 e ss; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, pp. 347 e ss.

⁹² Cf. Ac. A. e outros c. Reino Unido (TP), 19.02.2009, par. 184.

Nas palavras de Catarina SANTOS BOTELHO, a doutrina revela-se um “*instrumento necessário ao pluralismo e a uma visão democrática do próprio direito internacional, maxime dos direitos do homem. Na verdade, a função do TEDH não é definir, de forma pretoriada e abstracta, o alcance das normas internacionais, mas, outrossim, conciliar a vocação universal dos direitos do homem, com as especificidades e sensibilidades de cada Estado, de cada ordenamento jurídico nacional*”. — “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 346.

⁹³ *Vide*, neste sentido, Discurso Sir Nicholas BRATZA na Conferência Final de Brighton, pp. 5 e 6.

⁹⁴ Cf. Nota do Jurisconsulto, par. 46; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 352.

⁹⁵ Cf. *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 342.

às soluções encontradas pelo direito interno dos Estados e, num espírito de cooperação e respeito mútuos, apenas colocá-las em causa quando manifestamente insuficientes.

Normalmente, os casos que colocam em causa questões completamente novas, não tratadas em Estrasburgo, bem como concepções morais ou vários tipos de obrigações positivas em conflito serão decididas pelo Tribunal reconhecendo uma *maior* margem de apreciação aos Estados⁹⁶. Ressalvam-se os direitos previstos na Convenção que são absolutos e, portanto, não admitem derrogações nem ficam submetidos à margem de apreciação dos Estados Parte⁹⁷. Já os casos referentes a direitos das minorias (em particular, artigo 14.º da CEDH) são normalmente caracterizados por uma *menor* margem de apreciação, impondo-se o Tribunal como protector desse grupo considerado mais vulnerável.

O domínio em que se apela e densifica de forma mais intensa a margem de apreciação é o das situações que envolvem um conflito de direitos^{98,99}. Nestes casos em que é necessário conciliar dois (ou mais) direitos em presença, não haverá, em princípio, uma solução única conforme à Convenção, mas, ao invés, um “*corredor de soluções*”¹⁰⁰, dependendo a opção quanto a uma delas do peso conferido a um ou a outro direito e das circunstâncias e particularidades do caso concreto. Em conformidade, o Tribunal deverá conceder aos Estados uma margem mais ampla na análise dessas circunstâncias e particularidades do caso concreto, bem como do contexto jurídico em que a questão é decidida, concentrando-se antes na apreciação e análise do processo seguido pelas autoridades nacionais para chegar à solução adoptada¹⁰¹.

O Tribunal verificará de que forma é que os tribunais domésticos aplicam a Convenção e se o fazem com referência à jurisprudência do TEDH, aferindo, portanto, do grau de implementação da Convenção no plano interno. Conforme já vimos, a

⁹⁶ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, “As relações entre...”, *op. cit.*, pp. 8 e ss., Eirik BJORGE, *Domestic Application...*, *op. cit.*, p. 27; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 353.

⁹⁷ Vide Nota de Rodapé 59 *supra*.

⁹⁸ Cf. Andreas FOLLESDAL, “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 191 e 192; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 352.

⁹⁹ As matérias respeitantes a liberdade de imprensa e de expressão representam, porém, uma excepção pretendendo-se, quanto a estas, que haja uma ingerência limitada em todo o espaço europeu — Cf. CABRAL BARRETO, “As relações entre...”, *op. cit.*, p.6

¹⁰⁰ Expressão utilizada no Ac. Axel Springer AG c. Alemanha (TP), 7.02.2012, par. 62.

¹⁰¹ Nestes casos, conforme refere Angelika NÜBBERGER, a obrigação de aplicação da jurisprudência do TEDH configura-se mais como uma obrigação de meios do que de resultado. Assim, em casos de conflitos de direitos, o TEDH deveria cingir-se a verificar se os tribunais nacionais “*have duly taken into account all the different rights and interests involved, have based their conclusions on the criteria developed by the Court in its jurisprudence and have come to equitable results. Those results could be criticized only if there were strong reasons to find them unacceptable*”. — “Subsidiarity in the Control of Decisions...”, *op. cit.*, pp. 184. Vide também Eirik BJORGE, *Domestic Application...*, *op. cit.*, p. 34.

vertente substantiva da subsidiariedade impõe que seja concedida uma margem de apreciação mais ampla aos Estados Parte nos quais se regista uma implementação da Convenção em grau considerado eficaz e adequado.

Neste contexto, faz-se apelo a uma margem de apreciação dita *qualificada* (ou, no termo cunhado por Basak ÇALI, à “*doutrina dos tribunais responsáveis*”)¹⁰² que se distingue da margem de apreciação “*normal*” no peso conferido à análise do *modo* como os tribunais domésticos alcançaram a solução adoptada. Ou seja, o Tribunal apreciará, primacialmente, se os tribunais domésticos decidiram o caso de forma compatível com a Convenção e conforme aos critérios estabelecidos na sua jurisprudência. Em caso afirmativo, só perante razões ponderosas é que deixará de remeter para a solução adoptada pelos tribunais nacionais.

Em conformidade, no caso das queixas em que se contesta a solução adoptada ao nível nacional, quando a composição dos interesses em causa foi realizada pelos tribunais nacionais já à luz dos requisitos estabelecidos pelo TEDH, aquelas poderão mesmo ser consideradas como “manifestamente mal fundadas”. Isto porque, nos casos em que a Convenção está implementada nos Estados Parte em termos tais que os tribunais nacionais consideram inclusivamente a jurisprudência do TEDH e os princípios daí decorrentes na decisão interna, dificilmente se compreenderá que o Tribunal interfira e reveja essa decisão, impondo outra solução. Ao invés, o Tribunal deverá confiar nos tribunais nacionais e restringir a densidade da sua apreciação¹⁰³.

Note-se ainda que a margem de apreciação conferida aos Estados Parte não se limita aos tribunais, mas inclui todos os órgãos constitucionais nacionais, embora a ponderação do TEDH possa ser diferente consoante o órgão¹⁰⁴. No entanto, conforme veremos melhor *infra*, a tendência do Tribunal interferir em esferas da competência do poder legislativo, em particular, suscita vários problemas e tensões.

¹⁰² No original, “*responsible domestic courts doctrine*”. Vide Basak ÇALI, “From flexible to variable standards...”, *op. cit.*. Como exemplo paradigmático desta nova doutrina do Tribunal, a autora indica o Ac. Von Hannover c. Alemanha (n.º 2) (TP), 7.02.2012.

¹⁰³ Vide, intervenção do agente governamental da Suíça, Frank SCHUERMANN, Comentário no painel “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014, pp. 105-106.

Esta ideia é desenvolvida pelo Autor com base no Ponto C), par. 15 d) da Declaração Final da Conferência de Brighton.

¹⁰⁴ Vide, neste sentido, Geir ULFSTEIN, “The European Court of Human Rights and national courts...”, *op. cit.*, p. 49 e ss.

Neste ponto, refira-se que a *doutrina da interpretação actualista* do TEDH representa uma restrição significativa à margem de apreciação dos Estados. De facto, como já analisámos, esta constante revisão, por parte do Tribunal, dos parâmetros aplicáveis na protecção de determinado direito, nomeadamente, o que o texto da Convenção comporta ou não, significa que os Estados Parte estão sempre um “*passo atrás*” do Tribunal, o que pode comprometer a extensão da margem de apreciação que lhes é reconhecida.

Ressalve-se que a doutrina da margem de apreciação não deverá ser entendida como concedendo aos Estados Parte um “*domínio reservado*” sobre determinadas matérias, que fiquem, assim, fora do controlo do TEDH¹⁰⁵. Aliás, o respeito pelos *standards* mínimos exigidos pelo TEDH na interpretação da Convenção representa um limite intransponível à margem de apreciação dos Estados. Deste modo, quando a solução encontrada não respeite esses parâmetros mínimos, a margem de apreciação será afastada. Nas palavras de CABRAL BARRETO, “*o Tribunal deve aceitar as decisões das instâncias nacionais que não sejam claramente incompatíveis com as exigências da Convenção e se encontrem naquele espaço de acção que a referida “margem de apreciação” aceita*”¹⁰⁶.

A *doutrina do consenso europeu* é também um importante factor que poderá ser utilizado pelo Tribunal tanto para apoiar uma solução encontrada ao nível nacional, como para a rejeitar^{107,108}. Na determinação da suficiência ou idoneidade das soluções, o Tribunal poderá analisar a situação nos outros Estados Parte e verificar se existe um consenso entre os Estados Parte sobre a matéria. Assim, nos casos em que o Tribunal detecta um consenso nos ordenamentos jurídicos dos vários Estados Parte, isto é, a adopção de soluções de sentido semelhante, terá maior legitimidade para condenar determinado Estado por adoptar uma solução distinta da maioria, afastando, nesse caso, a margem de apreciação do Estado quanto a essa questão. Ao invés, não se verificando este denominador comum, a margem de apreciação dos Estados será maior. Ou seja, “*a existência de consenso relaciona-se inversamente com a amplitude da margem nacional de apreciação*”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cf. Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, pp. 361 e 362.

¹⁰⁶ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁷ Doutrina esta que é igualmente objecto de muitas críticas. *Vide* Nota de Rodapé 53 *supra*.

¹⁰⁸ Os casos *Hirst c. Reino Unido* (Secção e Tribunal Pleno) e *Lautsi c. Itália* (Secção e Tribunal Pleno) são paradigmáticos deste fenómeno, tendo, no entanto, os resultados a que o Tribunal chegou suscitado grande brado.

¹⁰⁹ Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 353.

A principal vantagem do reconhecimento da margem de apreciação dos Estados e da sua aplicação reside no respeito pela soberania dos Estados. Em contrapartida, a aplicação desta doutrina tem um efeito prático considerável na jurisprudência do TEDH e que deverá ser acautelado: a susceptibilidade de dar azo a uma variedade considerável de julgados e soluções e, assim, a uma “*protecção de Direitos Humanos de geometria variável*”¹¹⁰. É importante, porém, não perder de vista que o objectivo da Convenção e do Tribunal é o de proteger os direitos e liberdades aí previstos, e, sem prejuízo de se pugnar por uma harmonização dos padrões de tutela entre todos os Estados Parte, não se pretende alcançar uma uniformização desses padrões¹¹¹. Com efeito, a protecção dos direitos da Convenção é compatível com diferentes formas de os efectivar, desde que conformes aos parâmetros mínimos estabelecidos.

O recurso do TEDH à doutrina da margem de apreciação é, principalmente, criticado pela falta de definição da mesma e da amplitude da sua aplicação casuística. Critica-se, neste âmbito, o facto de criar insegurança jurídica, deixar demasiado espaço à discricionariedade dos juízes, e de o Tribunal não se assumir como “*standard-setter*”, impondo determinados parâmetros de respeito pelos direitos humanos¹¹².

Não obstante estas vicissitudes, o Tribunal continua a fazer apelo a esta doutrina da margem de apreciação dos Estados de forma recorrente, com maior ou menor intensidade, na decisão de casos concretos¹¹³. A sua previsão expressa no preâmbulo da Convenção demonstra, de um lado, a preocupação dos Estados Parte em assegurar esta reserva de soberania¹¹⁴ e, de outro lado, o compromisso do Tribunal em respeitar o mesmo.

¹¹⁰ Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 342.

¹¹¹ Cf. Andreas FOLLESDAL, “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 199; Dean SPIELMANN, “Whither the Margin of Appreciation?”..., *op. cit.*, *Abstract*; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, pp. 356 e ss.

¹¹² *Vide*, neste sentido, Andreas FOLLESDAL, “Squaring the circle...”, *op. cit.*, p. 192 e ss. *Vide* também Dean SPIELMANN, “Whither the Margin of Appreciation?”, *op. cit.*, p. 54 e ss.; Carla M. ZOETHOUT, “Margin of Appreciation, Violation and (in)compatibility: Why the ECtHR might consider using an alternative mode of adjudication”, in *European Public Law*, Vol. 20, n.º 2, Kluwer Law International BV, 2014, p. 309 e ss.; Catarina SANTOS BOTELHO, “Quo Vadis...”, *op. cit.*, pp. 356 e ss.

¹¹³ Nas palavras de Dean SPIELMANN: “(...) *the margin of appreciation, so familiar at Strasbourg, is of our past, our present and our future*” — “Whither the Margin of Appreciation?”, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ Catarina SANTOS BOTELHO, citando Henkin, a “*doutrina da margem nacional de apreciação é «um mecanismo subtil de reintroduzir a letra “S” (soberania) no direito internacional*”. — “Quo Vadis...”, *op. cit.*, p. 360.

1.2.2 Manifestações do Princípio da Subsidiariedade: vertente processual

(A) Os requisitos de admissibilidade

O princípio da subsidiariedade materializa-se no plano processual nos requisitos (ou condições) de admissibilidade para aceder ao TEDH elencados no artigo 35.º da Convenção. Estes requisitos servem de “*filtro*” para aceder à jurisdição de Estrasburgo permitindo rejeitar todas as queixas que não cumpram os mesmos e que, por conseguinte, não merecem um tratamento mais aprofundado.

Embora a obrigação de verificação de todos estes requisitos de admissibilidade traduza, em si, uma manifestação do princípio da subsidiariedade, ater-nos-emos aqui apenas aos que principalmente a materializam: a exigência de esgotamento das vias de recurso internas, não configurar uma queixa de quarta instância e ter o requerente sofrido um prejuízo significativo. Faremos também uma breve referência ao prazo para apresentação da queixa para referir as questões que se suscitam na sua articulação com o critério do esgotamento das vias de recurso internas.

(i) *O esgotamento dos recursos internos: o recurso efectivo*

De entre os requisitos de admissibilidade referidos, avulta a obrigatoriedade de esgotar as *vias de recurso internas* antes de recorrer ao TEDH, requisito que encabeça o elenco dos pressupostos de admissibilidade¹¹⁵. Desde logo, impõe-se fazer aqui uma precisão. Conforme explica FAUSTO DE QUADROS, o termo utilizado na tradução oficial em língua portuguesa da Convenção “*vias de recurso internas*” não corresponde a uma tradução adequada das versões originais da Convenção: em língua inglesa refere-se “*remedies*”; na francesa refere-se “*voies de recours*”. Efectivamente, o termo “*recursos*” no ordenamento jurídico português remete-nos para um meio contencioso, o que significativamente restringe o significado do termo na acepção original e naquela que melhor corresponde ao espírito da Convenção. Segundo o Autor, a melhor tradução daqueles vocábulos seria a de “*meios jurídicos internos*” ou simplesmente “*meios internos*”¹¹⁶.

¹¹⁵ Em Portugal refere-se frequentemente este requisito como o *princípio da exaustão* das vias de direito interno. Em crítica à utilização deste termo, vide, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50, Vol. I, Abril, Ordem dos Advogados, 1990, p. 147.

¹¹⁶ Vide, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 120 a 122.

Fica aqui expressa a nossa adesão à posição do Professor FAUSTO DE QUADROS. Optámos, porém, por não adoptar esta nomenclatura e utilizar a que resulta da tradução portuguesa da Convenção para facilitar a leitura acompanhada da presente dissertação com a Convenção e, assim, evitar uma confusão acrescida.

A obrigatoriedade de esgotamento das vias de recurso internas é o requisito que processualmente “dá vida” ao princípio da subsidiariedade. Efectivamente, é pressuposto do accionamento do sistema da Convenção que seja previamente concedida ao Estado Parte a oportunidade de remediar uma violação de direitos fundamentais antes de o litígio ser trazido para a esfera internacional^{117,118}. Este requisito decorre do direito internacional consuetudinário¹¹⁹, conforme reconhecido no artigo 35.º, n.º 1 da Convenção, e ancora-se, essencialmente, no *princípio da soberania estadual* segundo o qual o Estado deve ter prioridade na resolução da questão¹²⁰.

Neste sentido, o Estado deverá prever e colocar à disposição dos seus cidadãos, remédios que lhes permitam obter reparação ou, no limite, compensação pela violação do seu direito. O cidadão, por seu lado, deverá fazer uso de todos esses remédios, desde que considerados eficazes na teoria e na prática, previamente a recorrer a uma entidade supraestadual como é o caso do TEDH, sem que nenhum lhe tenha permitido obter adequada reparação da violação do seu direito fundamental.

Este critério cumpre, assim, duas funções essenciais: por um lado, assegura materialmente que a intervenção do Tribunal é subsidiária à dos Estados Partes, que se presume estarem melhor equipados para aferir da violação e para a reparar; por outro, protege o funcionamento eficiente do Tribunal ao filtrar as queixas. Acresce que o facto de ter havido intervenção dos tribunais nacionais é um importante contributo para a apreciação de fundo realizada pelo Tribunal.

O esgotamento das vias de recurso internas é, portanto, uma *regra de ouro* e constitui um elemento indispensável para o funcionamento do mecanismo de protecção¹²¹. No entanto, o próprio TEDH reconhece que o artigo 35.º (aqui, em

¹¹⁷ Vide, p. ex, Ac. Kudla c. Polónia (TP), de 26.10.2000, par. 152; Ac. Burden c. Reino Unido (TP), 29.04.2008, par. 42. Em conformidade, ficam os Estados dispensados de responder perante o TEDH antes de terem tido a oportunidade de reparar a situação ao nível interno — Vide, Ac. Selmouni c. França (TP), de 28.07.1999, par. 74; Ac. Akdivar e outros c. Turquia, 16.09.1996, par. 65.

¹¹⁸ Relacionado com este requisito está a questão de saber em que momento é que se verifica a violação: se aquando da prática do acto ilícito (teoria processualista: exaustão das vias de recurso é mera condição de exercício do direito de petição), se apenas quando todos os recursos internos tiverem sido esgotados sem que tenha sido possível a reparação (teoria substancialista: exaustão das vias de recurso é um requisito para a responsabilidade internacional). Vide, sobre esta questão, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 95 e 96.

¹¹⁹ Tendo vindo a ser consagrado em vários tratados de direito internacional dos direitos humanos, nomeadamente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 41.º, n.º 1, al. c)) e no seu Protocolo Facultativo (artigos 2.º e 5.º, n.º 2, al. b)), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 46.º, n.º 1, al. a)) e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (artigos 50.º e 56.º, n.º 5).

¹²⁰ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, op. cit., pp. 124 e 125; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 93.

¹²¹ Conforme se pode ler na Decisão quanto à admissibilidade no caso Demopoulos e outros c. Turquia (TP), 1.03.2010, par. 69: “*It is primordial that the machinery of protection established by the Convention*

conjugação com o artigo 13.º) “*deve ser aplicado com uma certa flexibilidade e sem formalismo excessivo*”, “*não se acomoda com uma aplicação automática*” nem “*reveste um carácter absoluto*”, sendo, ao invés, “*essencial ter em conta as circunstâncias da causa*”¹²², ou seja, tendo em atenção o enquadramento factual específico e a idoneidade dos meios disponíveis na ordem jurídica interna, bem como as particularidades do caso concreto¹²³. A não ser assim corre-se o risco de que o cumprimento deste requisito se torne excessivamente oneroso, ou mesmo, “*intransponível*” para os requerentes¹²⁴.

O esgotamento dos recursos internos não deve ser considerado numa perspectiva meramente formal. Ao invés, exige-se que o requerente tenha suscitado, *em substância*, perante as instâncias internas, as questões que traz ao TEDH, pese embora não seja, para tanto, necessário invocar especificamente um artigo da Convenção¹²⁵. De outra forma não se concede aos Estados Parte uma oportunidade *real* de reverem a situação e repararem a violação. De onde resulta que os recursos internos deverão permitir dar resposta, *em substância*, a uma alegação de violação de um direito da Convenção.

Para efeitos de aferir se todas as vias de recurso interno foram efectivamente esgotadas, o TEDH equaciona apenas os meios que considera constituírem um “*recurso efectivo*”. O direito a um recurso efectivo é um dos direitos previstos na Convenção (artigo 13.º) do qual decorre, para os Estados Parte, a obrigação de garantir o direito de recorrer a uma instância nacional face a uma qualquer violação de direito ou liberdade previsto na Convenção.

Assim, o direito previsto no artigo 13.º da CEDH representa, em si, um meio para garantir o respeito pelos outros direitos previstos naquela e, em conjugação com o artigo 35.º da Convenção, uma garantia suplementar de gozo efectivo dos direitos em

is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. This Court is concerned with the supervision of the implementation by Contracting States of their obligations under the Convention. It cannot, and must not, usurp the role of Contracting States whose responsibility it is to ensure that the fundamental rights and freedoms enshrined therein are respected and protected on a domestic level. The rule of exhaustion of domestic remedies is therefore an indispensable part of the functioning of this system of protection. (...). The Court cannot emphasise enough that it is not a court of first instance; it does not have the capacity, nor is it appropriate to its function as an international court, to adjudicate on large numbers of cases which require the finding of basic facts or the calculation of monetary compensation – both of which should, as a matter of principle and effective practice, be the domain of domestic jurisdictions.” (realçado nosso).

¹²² Ac. Soares de Melo c. Portugal (4.ª Secção), 16.02.2016, par. 70.

¹²³ Vide, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 156 e 157.

¹²⁴ Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 94. No mesmo sentido, fazendo apelo ao princípio da igualdade, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 148 e 149.

¹²⁵ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 404.

questão¹²⁶. Como refere CABRAL BARRETO, “a regra do esgotamento dos meios internos e o direito a um recurso efectivo são na realidade as duas faces da mesma moeda”¹²⁷.

Ora, o Tribunal não exige que este recurso efectivo seja um recurso em particular, ao invés, reconhece aos Estados Parte liberdade no cumprimento desta obrigação¹²⁸. No entanto, nem todos os recursos disponíveis na ordem jurídica interna serão considerados como um recurso efectivo à luz do artigo 13.º. Em conformidade, não se exige que o requerente accione todos os mecanismos existentes na ordem jurídica interna abstractamente aplicáveis no caso. Obrigatório será apenas que o requerente faça uso dos meios de reacção que são *essenciais, suficientes, acessíveis, eficazes e adequados*¹²⁹.

Note-se, mais uma vez, que a tradução portuguesa da Convenção induz em erro no que concerne ao artigo 13.º ao referir-se a “*recurso efectivo*” (na epígrafe) e no texto do artigo somente a “*recurso*”. Com efeito, esta tradução não é fiel ao termo original (em inglês, “*effective remedy*”) que é muito mais abrangente, permitindo englobar vias de reacção que não são apenas judiciais (por exemplo, reclamações e recursos hierárquicos), às quais a tradução para português parece ter querido reduzir¹³⁰. Não obstante o exposto, não se ignora que as vias de recurso mais eficazes serão efectivamente as judiciais.

É, portanto, imperativo para o requerente compreender o que o TEDH entende por recurso efectivo, desde logo, para perceber que vias de recurso deverá esgotar previamente a apresentar queixa perante aquele tribunal. Neste particular, o requerente enfrenta uma dificuldade sensível: como a efectividade dos recursos internos é apreciada nos casos concretos à luz das circunstâncias do caso e do direito interno aplicável, o requerente terá que “*navegar*” pela jurisprudência do TEDH de modo a perceber se determinado recurso será tido como efectivo ou não. Nestes termos, pese embora esta flexibilidade seja benéfica para a tutela dos direitos, representa também um ónus significativo para o requerente.

¹²⁶ Cf. Ac. Kudla c. Polónia (TP), 26.10.2000, par. 152.

¹²⁷ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 346.

¹²⁸ Cf., p.ex., *Idem*, par. 154; Ac. James e outros c. Reino Unido, 21.02.1986, par. 85.

¹²⁹ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 127 e ss.; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 97. Vide também Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 403. Vide também Nota do Jurisconsulto, p. 7.

¹³⁰ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, nota de rodapé 35, p. 129.

O TEDH tem utilizado vários critérios para aferir da efectividade de um recurso, podendo desenhar-se as seguintes linhas gerais¹³¹. Para ser considerado um recurso efectivo, este meio deverá: (i) ser disponível (acessível) e adequado; (ii) existir com grau suficiente de certeza (para este efeito, a jurisprudência nacional deverá estar suficientemente consolidada); (iii) ser efectivo na teoria e na prática; e (iv) ser suficiente e idóneo para a reparação da violação¹³².

À luz destes critérios, ressalta-se, desde logo, que os meios políticos ou legislativos não serão, em princípio, considerados meios efectivos, por um lado, pois o acesso aos mesmos está, normalmente, restringido, e, por outro, não são idóneos para reparar a violação¹³³. Quando aos meios administrativos absolutamente discricionários, tão-pouco serão considerados efectivos por não oferecerem garantias suficientes¹³⁴.

Estando em causa uma violação por meio de acto legislativo que ponha directamente em causa direitos tutelados pela Convenção (o que implica necessariamente um determinado grau de definição da situação do particular em face do poder político na matéria em causa), deverá averiguar-se das possibilidades e tipo de acesso de que os particulares podem gozar a uma via que lhes permita contestar a vigência da norma¹³⁵. Nestes casos, apenas as vias que permitem um acesso directo

¹³¹ Dada a quantidade e variedade de soluções e que não se justifica aqui enunciar ou analisar, remetemos para o *Guia Prático sobre a Admissibilidade*, e para Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, em particular, as anotações ao artigo 13.º e 35.º (p. 307 e ss. e 402 e ss.).

Vide também para um “apanhado” dos requisitos exigidos pelo Tribunal na apreciação da efectividade de um recurso, *vide* Ac. Vuckovic e outros c. Sérvia (TP), 25.03.2014, pars. 69-91. Para uma análise deste acórdão, *vide* Stanley NAISMITH, “Exhaustion of domestic remedies — must the remedy be capable of directly addressing the Convention complaint”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 157 e ss.

Vide também, para uma apreciação dos requisitos que têm sido exigidos pelo TEDH relativamente a diferentes direitos da Convenção: Nicholas BAMFORTH, “Articles 13 and 35 (1), Subsidiarity, and the Effective Protection of European Convention Rights in National Law”, in *European Human Rights Law Review*, n.º 5, Sweet & Maxwell, 2016, pp. 502 e ss.

¹³² Atendendo a estes critérios, várias serão as situações em que o requerente, na prática, fica dispensado de esgotar as vias abstractamente disponíveis. *Vide*, mais desenvolvidamente, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 407 e 408. Para uma análise das situações de excepção a esta regra no Direito Internacional e na jurisprudência da Comissão e do Tribunal até aos anos 90, *vide*, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 133 e ss; e também Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 97 e ss.

¹³³ *Vide*, neste sentido, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 126; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 97.

¹³⁴ Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 97.

¹³⁵ Note-se que o Tribunal considera que o artigo 13.º não impõe a existência de um remédio que permita contestar a vigência de uma lei ordinária perante uma autoridade nacional *com fundamento* na sua desconformidade à Convenção (Ac. Vallianatos e outros c. Grécia, *supra* identificado, par. 94). Ou seja, exige-se apenas que se preveja um remédio que possibilite contestar a vigência da lei, mas não necessariamente com fundamento na sua desconformidade à Convenção. — Neste sentido, Declaração de Voto Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE ao mesmo acórdão, p. 43 e nota de rodapé 20.

serão consideradas, e já não aquelas que implicam a intervenção de entidades terceiras¹³⁶ (como é o caso Português — *vide* 3.3.2. *infra*).

Já quanto à violação da Convenção fundada em acto jurisdicional, o requerente deverá ter esgotado todos os recursos para instâncias superiores idóneos à reparação da violação e, caso a violação se funde na aplicação de norma contrária à constituição, eventualmente, dependendo do modelo de justiça constitucional interno, através do recurso à jurisdição constitucional (o que, no caso português, suscita várias questões — *vide* 3.3.2.(B) *infra*). Esta via só será considerada esgotada quando tiver sido proferida uma decisão final¹³⁷ (salvo, por exemplo, os casos em que o requerente suscita uma questão de demora em que se permite recorrer ao Tribunal antes de o processo interno estar findo)¹³⁸.

Quando está em causa um acto administrativo, o requerente deverá recorrer, em primeiro lugar, aos meios gratuitos disponíveis e eficazes e que sejam exigidos para poder impugnar contenciosamente o acto e, em segundo lugar, aos meios contenciosos até obter composição definitiva do litígio¹³⁹.

A disponibilidade de várias vias de reacção alternativas não implica o esgotamento de todas por parte do requerente, mas apenas as consideradas “*essenciais*”, que correspondem normalmente às vias de recurso *ordinárias*¹⁴⁰. De outro lado, caso o recurso não demonstre perspectivas razoáveis de sucesso, atendendo à prática ou jurisprudência estabelecida, o esgotamento desse recurso fica dispensado. Não bastará, no entanto, invocar dúvidas quanto à fraca probabilidade de sucesso ou quanto à efectividade do recurso; nesses casos o recurso deverá ser esgotado. Tal não significa, naturalmente, que para ser considerado efectivo, o recurso deva ter um resultado favorável para o requerente¹⁴¹.

Note-se que caso um recurso interno considerado efectivo não seja admitido em virtude de um erro processual imputável ao requerente, tal será considerado como não

¹³⁶ *Vide*, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 128, 131 e 132.

¹³⁷ Neste sentido, *vide* a Declaração de Voto dos juízes VUCINIC, PINTO DE ALBUQUERQUE e KURIS, nos acórdãos da 2.ª Secção, Camekan c. Turquia, 28.01.2014, e Filiz c. Turquia, 4.03.2014.

¹³⁸ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 130 e 131.

Pela mesma razão, o Tribunal tem considerado também que nos casos das investigações realizadas no âmbito dos artigos 2.º e 3.º se demoram demasiado tempo ou não estão a ser eficazes.

¹³⁹ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.* p. 132.

¹⁴⁰ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 127 e Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 98; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 407.

¹⁴¹ Neste sentido, Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, *op. cit.* p. 325.

esgotamento das vias de recurso e a queixa não será admitida com esse fundamento¹⁴². Porém, caso o tribunal em causa aprecie, ainda assim, o mérito da questão, o requisito do esgotamento será respeitado.

De outro lado, a utilização de um recurso não efectivo será desconsiderada pelo TEDH — aspecto que é da maior importância pois a utilização desse recurso não obsta ao decurso do prazo de seis meses. No próximo ponto desenvolveremos melhor este aspecto.

Caso a queixa seja rejeitada com fundamento em não esgotamento, não fica precluída, em teoria, a possibilidade de o requerente voltar a apresentar a queixa em Estrasburgo após o esgotamento das vias de recurso internas. Na prática, porém, considerando que quando a admissibilidade da queixa é apreciada pelo Juiz Singular, o requerente não é notificado dos motivos que justificam a rejeição¹⁴³, e o prazo que tem para apresentar a queixa (que, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15 será encurtado para quatro meses — *vide* 2.1.4.(A) *infra*), esta possibilidade é de difícil concretização.

A nível do procedimento, a admissibilidade da queixa reporta-se, em princípio, ao momento da sua introdução. Estando, no entanto, pendente ainda um recurso, o Tribunal tolera que este seja decidido já depois da introdução da queixa desde que tal ocorra antes da apreciação da admissibilidade¹⁴⁴. Uma vez comunicada a queixa, incumbe ao Governo invocar esta excepção à admissibilidade o que implica que este demonstre que o requerente não esgotou os meios internos efectivos e disponíveis. Caso o Governo prove que existia efectivamente um recurso que não foi esgotado, já incumbirá ao requerente demonstrar que esse recurso não era efectivo¹⁴⁵. O Tribunal aprecia muitas vezes a questão da admissibilidade num ponto separado da decisão¹⁴⁶.

¹⁴² *Vide*, neste sentido, Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁴³ Ainda que, de acordo com a informação disponibilizada pelo Tribunal, esteja para breve a alteração desta prática no sentido de passar a ser notificada aos requerentes a rejeição acompanhada da fundamentação subjacente. Notamos, contudo, que esta alteração tem sido sucessivamente protelada (*vide*, a este respeito, os Documentos preparados pelo Tribunal sobre os impactos das reformas relativos aos anos de 2015 e 2016, respectivamente: ponto 3, p. 4, e ponto 3.A., par. 15). A justificação para a adopção e manutenção desta prática de não fundamentar as decisões pelo Tribunal prende-se essencialmente com restrições económicas e com a falta de recursos do Tribunal para alocar também a essa tarefa e aos custos que a mesma acarreta. Certo é que a prática consubstancia uma violação do artigo 45.º da CEDH que obriga à fundamentação das sentenças ou decisões do TEDH, incluindo as que declarem a inadmissibilidade.

¹⁴⁴ Ver Ac. Karoussiotis c. Portugal (2.ª Secção), 1.05.2011, par. 57.

¹⁴⁵ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 405 e 406.

¹⁴⁶ No âmbito das reformas chegou a ser proposta a introdução de uma previsão específica no Regulamento prevendo expressamente a possibilidade de o Tribunal se pronunciar em separado sobre a admissibilidade da queixa, em particular, sobre a verificação do requisito do esgotamento, a pedido do

(ii) *A articulação do critério do esgotamento das vias de recurso internas e o prazo de seis meses*

Nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da CEDH, a queixa ao TEDH deverá ser apresentada num prazo de seis meses a contar da data da decisão definitiva.

Conforme explica CABRAL BARRETO, “o período de seis meses visa um duplo objectivo: por um lado, a segurança jurídica, protegendo as autoridades e outras pessoas implicadas da incerteza em que as deixaria o decorrer prolongado do tempo e, por outro, conceder à vítima um lapso de tempo suficiente para ponderar a oportunidade de apresentação da queixa e de lhe definir o seu conteúdo” (realçado nosso)¹⁴⁷.

Ora, o cômputo do prazo de seis meses para apresentar a queixa está estreitamente relacionado com o requisito do esgotamento das vias de recurso internas. A articulação entre os dois, contudo, não é fácil¹⁴⁸. Face às dificuldades descritas na identificação dos recursos efectivos a esgotar, como se procede então, na prática, ao cômputo do prazo de seis meses¹⁴⁹?

Em primeiro lugar, o próprio conceito de “*decisão interna definitiva*” carece de densificação. Conforme ensina CABRAL BARRETO, fazendo referência à jurisprudência do TEDH, por decisão interna definitiva deverá entender-se “*a decisão tomada no quadro normal de esgotamento das vias internas de recurso utilizáveis para fazer cessar ou reparar a violação ou, na falta de recurso interno, a própria decisão criticada ou da data em que se teve conhecimento dessa decisão ou se sofre as suas consequências ou o seu prejuízo*”¹⁵⁰.

Não se confundem, portanto, com decisões respeitantes a, nomeadamente, pedidos de esclarecimento, rectificação de lapsos, etc., que, em princípio, não são consideradas para efeitos de início ou interrupção do prazo de apresentação da queixa.

Estado demandado, sempre que haja um interesse particular na apreciação da efectividade de determinado recurso interno. Esta proposta foi, porém, rejeitada. Cf. Declaração Final da Conferência de Brighton, par. C.15.f), e Documento “Interlaken Process and the Court” de 2012, p. 14.

¹⁴⁷ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 409.

¹⁴⁸ Tal como no ponto anterior, faremos aqui referência a algumas linhas gerais orientadoras, remetendo essencialmente para o *Guia Prático sobre a Admissibilidade*, e para Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, em particular, as anotações ao artigo 13.º e 35.º (p. 307 e ss. e 402 e ss.).

¹⁴⁹ Recordamos que este prazo foi alterado para apenas quatro meses pelo artigo 4.º do Protocolo n.º 15 — *Vide 2.1.4.(A) infra*.

¹⁵⁰ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 410.

A densificação deste conceito é ainda dificultada pela articulação que se impõe gerir com as normas processuais internas de cada ordenamento jurídico. Com efeito, só será possível qualificar determinada decisão como a “*decisão interna definitiva*” quando, à luz das regras vigentes em determinado ordenamento jurídico, for possível concluir que o requerente esgotou as formas de reacção disponíveis. Para tanto, não basta aferir dos meios teoricamente ao dispor do requerente, antes se impondo uma análise prática e casuística da possibilidade de recorrer a esses meios. Efectivamente a existência, em abstracto, da possibilidade de recurso poderá estar prejudicada no caso concreto.

Nestes termos, caso o requerente interponha um recurso que se sabe à partida não ser admissível, estará a fazer uso de um recurso não efectivo. A interposição deste recurso não será considerada para efeito de interrupção do prazo de seis meses para apresentar a queixa ao TEDH, nem terá a decisão de rejeição do recurso qualquer relevo para estes efeitos. O prazo começa a correr com a prolação da decisão interna que tratou a questão de fundo e corre enquanto se aguarda pela decisão de rejeição do recurso. Assim, uma queixa introduzida apenas após a prolação desta última, passados seis meses desde a primeira, corre o risco de ser *extemporânea*¹⁵¹.

Acresce que, mesmo quando avisados de que a decisão não é recorrível no caso concreto, há, por vezes, a tentação de aguardar pelo seu trânsito em julgado, segundo as regras processuais internas. A jurisprudência do TEDH é, neste ponto, clara: o prazo de seis meses conta-se a partir da data da decisão interna definitiva, isto é, da data da prolação, não sendo necessário aguardar pelo trânsito em julgado da última decisão dos tribunais nacionais para se apresentar a queixa ao TEDH¹⁵².

Não havendo, como se viu, um momento definido que possa ser considerado em qualquer circunstância como o momento relevante para início do prazo, gera-se, a mais das vezes, uma situação em que estão em presença dois interesses conflituantes: por um lado, deverá apresentar-se a queixa o mais cedo possível após terem sido esgotados todas as vias de recurso internas de forma a evitar a intempestividade da mesma; de outro lado, a “pressa” em apresentar a acção pode levar a que seja apresentada prematuramente, isto é, antes de esgotados todos os recursos internos, o que inevitavelmente conduzirá à sua rejeição, com esse fundamento, pelo Tribunal.

¹⁵¹ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., p. 410.

¹⁵² Vide, em crítica a este entendimento, António HENRIQUES GASPAR, “A Influência da CEDH...”, op. cit., p. 44.

Nos casos em que não é possível ao requerente perceber se o recurso interno será, por um lado, admissível a nível interno, e, por outro, efectivo para efeitos da Convenção, este problema parece ganhar proporções quase dantescas (como ocorre em determinadas situações no caso português — *vide* 3.3.2. *infra*). É, assim, aconselhável apresentar a queixa ao Tribunal Europeu o mais rapidamente possível de forma a evitar perder o prazo. Com efeito, caso o recurso interno seja admissível, a queixa será rejeitada, o que, no entanto, não precluirá o direito de a apresentar após decidido o dito recurso. Ao contrário, caso o recurso interno não seja admitido, não tendo o requerente apresentado a queixa junto do TEDH, poderá ficar precludido o seu direito de o fazer devido ao decurso do prazo¹⁵³.

Entende-se ainda que não bastará a prolação da decisão para despoletar o início do prazo, sendo necessário, para tanto, que o requerente tenha conhecimento da mesma (ou o seu mandatário — dependente de qual deles tiver primeiro conhecimento). De outro lado, não bastará o mero conhecimento do sentido da decisão, impondo-se que o requerente aceda também à fundamentação subjacente àquele.

Quid juris faltando um meio de recurso interno? Deverá, nesses casos, atender-se à data da prolação da decisão que se pretende atacar ou ao momento em que se sofre as consequências do acto lesivo em causa ou, sendo um acto contínuo, quando cessa a violação¹⁵⁴.

O prazo corresponde a seis meses de calendário e começa a contar no dia seguinte ao da prolação da decisão relevante. Os requisitos específicos para introdução da queixa vêm previstos no número 6 do artigo 47.º do Regulamento do Tribunal¹⁵⁵.

(iii) *O critério do prejuízo significativo*

O critério do prejuízo significativo é um requisito de admissibilidade recente, introduzido com o Protocolo n.º 14 (*vide* 2.1.1. *infra*). O objectivo da introdução deste critério fundava-se na necessidade de libertar o Tribunal de casos menores de modo a poder concentrar-se naqueles que exigem uma apreciação quanto ao fundo, seja devido

¹⁵³ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁴ Neste âmbito poderá perguntar-se também o que acontece quando um recurso interno deixa de ser considerado efectivo. Remetemos, neste ponto, para as considerações tecidas por Andrew TICKELL — Cf. “More ‘efficient’ justice at the European Court of Human Rights: but at whose expense?”, in *Public Law*, Issue 2, Abril 2015, pp. 211 e ss.

Vide também, sobre estas questões, Stanley NAISMITH, “Exhaustion of domestic remedies...”, *op.cit.*, pp. 157 e ss.

¹⁵⁵ Este artigo do Regulamento será melhor tratado *infra* (2.1.2.(B)), a propósito das Reformas do Tribunal.

ao seu interesse para o indivíduo seja, de uma forma mais geral, para a Convenção e para a jurisprudência do TEDH. Consagrou-se, portanto, o princípio “*de minimis non curat praetor*” segundo o qual o juiz não deverá ocupar-se de assuntos triviais ou de pouca relevância¹⁵⁶, ainda que a questão jurídica subjacente se enquadre materialmente nos preceitos da Convenção.

O conceito do “*prejuízo significativo*” tem sido densificado pela jurisprudência do TEDH, seguindo duas traves-mestras: o impacto económico da questão em apreço e a importância do caso para o requerente.

Este critério prevê duas cláusulas de salvaguarda. Assim, ainda que se verifique que o requerente não sofreu um *prejuízo significativo*, a queixa pode ser admitida caso: (i) “*o respeito pelos direitos do Homem garantidos na Convenção e nos respetivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo*” e (ii) implique a rejeição de “*qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno*”. Esta segunda cláusula de salvaguarda confere uma dimensão muito prática e relevante ao princípio da subsidiariedade, permitindo assegurar que qualquer caso, por mais trivial que possa ser a questão suscitada, merece uma apreciação judicial, seja ao nível nacional, seja ao nível europeu. Conforme veremos, contudo, a importância desta segunda cláusula de salvaguarda viria a ser relativizada e foi mesmo eliminada no Protocolo n.º 15 (*vide* 2.1.4.(A) *infra*).

Em tese, este novo critério representa uma restrição significativa ao direito de petição individual. Segundo CANÇADO TRINDADE, este novo critério traz ínsita a ideia de que algumas violações de direitos humanos são mais importantes que outras¹⁵⁷. Por outro lado, a sua aplicação poderá permitir que sejam descurados problemas sistémicos revelados através destas queixas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cf. *Research Report* sobre “The new admissibility criterion under Article 35 § 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on”, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012, par. 8, onde se lê: “*Significant disadvantage hinges on the idea that a violation of a right, however real from a purely legal point of view, should attain a minimum level of severity to warrant consideration by an international court. Violations which are purely technical and insignificant outside a formalistic framework do not merit European supervision.*”

¹⁵⁷ Cf. *The Access of individuals to...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁸ Outras críticas apontadas a este novo critério de admissibilidade prendem-se com a natureza vaga do mesmo, a possibilidade de ser manipulado e utilizado com o fito de rejeitar queixas, o casuísmo na sua aplicação, e o facto de a análise do mesmo estar intimamente relacionada com o mérito da queixa. — *Vide*, neste sentido, Alexander MORAWA, “The European Court of Human Right’s Rejection of Petitions where the Applicant has not suffered a significant disadvantage: a discussion of desirable and undesirable efforts to safeguard the operability of the Court”, in *Journal of Transnational Legal Issues*, Vol. 1, n.º 1, Dezembro, Universidade de Lucerna, 2012, p. 6; Guillem CANO-PALOMARES, “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm.

No entanto, a introdução deste critério acabou por não ter o efeito desejado, registando-se uma parca utilização do mesmo. De facto, dois dos critérios estabelecidos pelo artigo 35.º, n.º 3, al. a), referentes a queixa “manifestamente mal fundada” ou “abusiva” abrangiam já o escopo das queixas que o novo critério pretendia afastar¹⁵⁹. Neste contexto, menos ainda se compreende a restrição operada por via do Protocolo n.º 15.

Para concluir este ponto, importa reter o seguinte: a aplicação do princípio da subsidiariedade no direito internacional não é uma realidade estática. No caso do TEDH, em particular, a ideia de subsidiariedade tem sofrido grandes desenvolvimentos, manifestando-se hoje com uma configuração muito distinta daquela que foi inicialmente conceptualizada. Este desenvolvimento do princípio da subsidiariedade não é sempre evidente, adquirindo formas e contornos que podem não parecer, *prima facie*, relevantes para o seu estudo. Neste sentido, importa analisar, por um lado, as reformas, bem como as medidas implementadas da iniciativa do próprio Tribunal, que têm vindo a alterar significativamente o seu funcionamento (e, por inerência, a aplicação do princípio da subsidiariedade), e, por outro, a forma como o TEDH interpreta as suas próprias competências e como a sua jurisprudência as vem alargando, porventura implicando alguma ingerência em domínios que estão, por tradição, reservados aos Estados Parte. É o que faremos no próximo capítulo.

14 al CEDH”, in *Revista Española de Derechos Humanos*, n.º 42, Abril-Junho, Editorial Civitas, 2012, p. 61.

¹⁵⁹ Cf. Guillem CANO-PALOMARES, “La existencia de un prejuicio importante...”, *op. cit.*, pp. 67 e 68

2. REFORMA DO TEDH: O TRIBUNAL COMO “CRIATURA VIVA”

Conforme vimos *supra*, o Protocolo n.º 11 veio reestruturar profundamente o mecanismo de monitorização do respeito pelos direitos previstos na Convenção. Um dos propósitos da reestruturação era o de resolver o problema de acumulação de queixas na antiga Comissão e da sua apreciação em prazo razoável.

O novo Tribunal não logrou, contudo, resolver estes problemas os quais, ao invés, se agravaram. Aliás, o facto de se ter possibilitado o acesso directo dos indivíduos à jurisdição do Tribunal, naquele que foi o traço mais característico da nova configuração do sistema, terá contribuído de forma determinante para esse agravamento. Para este agravamento viria a contribuir também a sucessiva adesão de novos Estados ao tratado institutivo do Conselho da Europa¹⁶⁰. Dado o aumento exponencial de queixas apresentadas e que se foram acumulando, cedo se percebeu que o Tribunal, dotado apenas de recursos limitados, não teria capacidade para fazer face a este incessante aumento de serviço dentro de prazos razoáveis, o que, a longo prazo, comprometeria o seu funcionamento. Face a este fenómeno, é comumente referido na doutrina que o TEDH foi “*vítima do seu próprio sucesso*”.

Neste contexto, poucos anos volvidos desde a adopção do Protocolo n.º 11 ficou patente a necessidade de rever a estrutura e funcionamento do TEDH para evitar que entrasse em ruptura. À reforma estrutural que tornou o TEDH o mais eficaz mecanismo de protecção de direitos humanos à escala mundial sucederam-se, quase imediatamente, medidas para (re)reformular o seu modo de funcionamento e reduzir o número de queixas recebidas e apreciadas (a chamada “*reforma da reforma*”)¹⁶¹.

Em concreto, as novas reformas foram motivadas pelo “*backlog*”¹⁶² registado no início dos anos 2000 e que punha dramaticamente em causa a eficiência do sistema.

¹⁶⁰ Ver, neste sentido, o Relatório Explicativo ao Protocolo n.º 14, par. 6., disponível através do [link: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194).

A transformação operada na estrutura do Tribunal, com a extinção da Comissão ao mesmo tempo que se “abriam as comportas” do acesso ao Tribunal, parece, no mínimo, paradoxal. Alguns autores afirmam mesmo que esta abolição da Comissão foi um erro e advoga-se inclusivamente, face aos actuais problemas do TEDH, um eventual regresso a este mecanismo ou a implementação de um mecanismo de filtragem semelhante — *Vide*, neste sentido, Anthony LESTER, “The European Court of Human Rights after...”, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶¹ *Vide*, por exemplo, Ireneu CABRAL BARRETO sobre as propostas avançadas logo no início dos anos 2000, algumas das quais vieram a ser adoptadas mais tarde. — “A jurisprudência do novo...”, *op. cit.*

¹⁶² Termo que pode ser traduzido para a língua portuguesa como “*pendência*” ou “*acumulação*”. O significado deste termo foi precisado em Brighton estabelecendo-se, na Declaração Final, um prazo limite para se lidar com as queixas que entram no TEDH — a saber, um ano para decidir se o caso deve ou não ser comunicado ao Estado Parte, e dois anos a contar da comunicação para decidir o caso (cf. Ponto D.20.h)). Assim, todas as queixas relativamente às quais não sejam cumpridos estes prazos farão parte da *backlog* do Tribunal (também referida como “*Brighton backlog*”).

Utilizando uma expressão que se popularizou para descrever este fenómeno, estava instalado no seio do Conselho da Europa um “*moral panic*” face aos números¹⁶³. Como tão bem elucidada Anthony LESTER, a situação vivida no Tribunal no início dos anos 2000 fazia eco do mito de Sísifo, condenado a empurrar eternamente uma pedra até ao topo de uma montanha, sendo que, aí chegado, aquela resvala de novo para o sopé¹⁶⁴.

A preocupação de assegurar o funcionamento eficiente do TEDH e a sua capacidade para lidar com as queixas introduzidas tornou-se uma constante de tal forma que pode mesmo afirmar-se que este constitui o problema “*existencial*” do Tribunal. O problema da sobrecarga do Tribunal não é apenas um problema de *per se*. O excesso de queixas afecta também a celeridade com que o Tribunal as aprecia, bem como a qualidade dessa apreciação. Em consequência, e no limite, pode suscitar mesmo a questão de saber se o próprio Tribunal está a cumprir com os ditames da Convenção e da sua jurisprudência.

O objectivo imediato subjacente às sucessivas reformas implementadas pelo TEDH consistia na redução da pendência de queixas de forma a garantir, de um lado, um acesso ao direito efectivo, com todas as garantias associadas, nomeadamente, a decisão em prazo razoável, e, de outro, garantir a sustentabilidade do sistema, aumentando a sua *produtividade*¹⁶⁵. O alcançar destes objetivos deveria acarretar um duplo efeito: fortalecer a legitimidade e credibilidade do Tribunal e elevar os padrões de protecção de direitos fundamentais.

As medidas progressivamente implementadas traduziram-se essencialmente num desenvolvimento e aprofundamento do princípio da subsidiariedade. Note-se que, pese embora a grande parte da pendência de casos perante o TEDH seja imputável a um grupo limitado de Estados Parte¹⁶⁶, as reformas implementadas (à excepção da “*filtering section*” que abaixo referiremos) aplicam-se a todos.

É patente, em todos os textos que resultam das conferências de alto-nível, o compromisso dos Estados Parte com a manutenção do sistema da Convenção assente no

¹⁶³ Expressão utilizada por Florence BENOÎT-ROHMER e citada por Luzius WILDHABER no texto que apresentou na Conferência de Oslo, em 2014 — Vide, “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014, p. 95.

¹⁶⁴ “The European Court of Human Rights after...”, *op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁵ Expressão utilizada por Ireneu CABRAL BARRETO, em “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: entre o seu Passado e o seu Futuro”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014, p. 413.

¹⁶⁶ Como resulta da análise das estatísticas anualmente publicadas disponível na página do Tribunal através do link: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c> .

direito de petição individual¹⁶⁷. Neste contexto, a preocupação de não pôr em causa o direito de acesso consagrado esteve sempre subjacente à adopção das medidas de reforma. Verifica-se, no entanto, que grande parte das medidas introduzidas e dos esforços envidados foi no sentido de restringir o acesso ao Tribunal ou os meios disponibilizados para a apreciação judicial de fundo de grande parte das queixas.

De outro lado, perpassa também, dos textos das conferências, uma preocupação relativamente à *qualidade* dos casos que o TEDH é chamado a apreciar, somando-se as propostas no sentido de encontrar mecanismos que permitam ao Tribunal concentrar-se em casos que suscitem questões de maior relevância¹⁶⁸.

Na preparação desta “*reforma da reforma*” foi identificado um problema nuclear no funcionamento do sistema que justifica, em grande medida, a elevada pendência de casos perante o TEDH, a saber, a fraca implementação da Convenção nos planos nacionais. Em conformidade, os Estados têm sido progressivamente chamados a cumprir a sua parte para garantir e aumentar a eficiência do sistema, o que implica a tomada de medidas ao nível interno para prevenir violações da Convenção e a adopção de remédios eficazes que permitam a sua reparação, bem como medidas para melhorar o processo de execução dos acórdãos proferidos pelo Tribunal¹⁶⁹.

Refira-se ainda que este espírito de reforma do Tribunal, que tem, ao fim e ao cabo, como fito principal “*salvá-lo de si próprio*”, revela igualmente o compromisso dos Estados para com os seus cidadãos no sentido de manterem o actual sistema europeu de protecção de direitos humanos, mesmo num contexto político em que estes parecem tornar-se secundários. Como dizia Jean-Paul COSTA, antigo presidente do Tribunal, na Conferência de Izmir, a protecção de direitos fundamentais na Europa continua a ser, hoje, da maior importância, pelo que a manutenção e fortalecimento do TEDH é do interesse de todos¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Cf. Discurso do Secretário-Geral do Conselho da Europa, Thorbjorn JAGLAND, na Conferência de Brighton, p. 1 — disponível na página do Tribunal através do [link](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe) http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

¹⁶⁸ Veja-se a Opinião Preliminar do TEDH preparada para a Conferência de Brighton em que refere: “25. *The main thrust of the reform process is to ensure that the Court’s case-load is of a manageable size and consists of cases raising important Convention issues.*” (realçado nosso). — disponível na página do Tribunal através do [link](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe) http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

¹⁶⁹ Veja-se, desde logo, o Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14, pars. 14-17.

¹⁷⁰ Discurso do, à época, presidente do TEDH, Jean-Paul COSTA, na conferência de Izmir, em 2011: “*D’abord, la protection des droits n’est pas moins importante dans l’Europe actuelle que dans celle de 1950. La crise, les impératifs sécuritaires, la crainte ou la phobie de l’Autre, les conflits de toute sorte,*

No próximo ponto passaremos a elencar e analisar as principais medidas implementadas no mecanismo de garantia da Convenção. Dessa análise resulta claro que a reforma do TEDH tem duas faces. Uma mais visível que é a que resulta das discussões e elementos de trabalho apresentados nas conferências de alto-nível nas quais participam o TEDH, o Comité de Ministros e os Estados Parte da Convenção e das quais resultaram os vários protocolos operacionais à Convenção. Esta tem sido a abordagem institucional adoptada para a resolução dos problemas do Tribunal e que se caracteriza por uma discussão transparente com os Estados Parte. Outra, menos visível e que, por isso, se torna mais difícil de acompanhar. Referimo-nos às medidas e alterações da iniciativa do Tribunal quanto ao procedimento e tramitação das queixas nascidas da sua prática e que apenas *a posteriori* são positivadas ou levadas à consideração dos Estados Parte.

Vejamos, então, em concreto, os vários momentos e medidas que marcaram os vários momentos de reforma.

2.1 As reformas implementadas no sistema da Convenção

2.1.1 Protocolo n.º 14: a “reforma da reforma”

As negociações para a preparação e adopção do Protocolo n.º 14 foram encetadas pouco depois da entrada em vigor do Protocolo n.º 11 e, como já referimos, foram essencialmente motivadas pelo aumento constante do número de queixas apresentadas e pendentes no Tribunal. O risco de o Tribunal não ser capaz de dar resposta a esta procura fazia perigar, de forma considerável, a sua credibilidade e autoridade¹⁷¹.

Este protocolo aberto à assinatura em 2004, só entrou em vigor em 2010, após a ratificação da Rússia¹⁷².

appellent une consolidation du système, et non sa dilution. C'est l'intérêt de tous, Etats et société civile confondus, qu'il y ait dans le cadre d'un Conseil de l'Europe solide une Cour forte et efficace.” — p. 8, disponível na página do Tribunal através do link : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

Esta ideia foi reiterada, um ano mais tarde, no discurso proferido em Brighton pelo então presidente do TEDH, Sir Nicolas BRATZA, “*the Convention and its enforcement mechanism remain a unique and precious model of international justice, whose value in the Europe of the 21st century as a guarantee of democracy and the rule of law throughout the wider Europe is difficult to overstate. While much has changed in the past 50 years, the need for the Convention and for a strong and independent Court is as pressing now as at any time in its history.*”, p. 8.

¹⁷¹ Ver, neste sentido, o Relatório Explicativo ao Protocolo n.º 14, par. 6.

¹⁷² Esta longa demora na ratificação por todos os Estados Parte que se deveu, quase exclusivamente, à resistência do Estado Russo em ratificar, justificou a adopção do Protocolo n.º 14 *bis* em Maio de 2009. Este, ao contrário do Protocolo n.º 14, tinha um carácter opcional, bastando, para a sua entrada em vigor, a ratificação de três Estados Parte. Reconhecendo-se a urgência da implementação das medidas previstas

Registava-se, na altura, uma “*excessive caseload*” composta, essencialmente, por queixas inadmissíveis e repetitivas. Verificava-se, então, que parte significativa do trabalho e tempo dos juízes estava alocado à filtragem dos casos a conhecer, concentrando-se os esforços no trabalho realizado pelos Comitês, em detrimento do processamento de casos pendentes nas Secções.

As medidas implementadas dirigiam-se principalmente a fazer face a este problema¹⁷³. Notamos que o Protocolo n.º 14 procedeu a uma reforma de fundo do funcionamento do Tribunal, tendo-se alterado vários preceitos da Convenção. Ater-nos-emos apenas às alterações mais significativas¹⁷⁴.

Para melhorar o processo de filtragem das queixas e libertar meios no Tribunal alocados à apreciação de queixas claramente inadmissíveis, foi introduzida uma nova formação judicial com competência limitada à apreciação da admissibilidade das queixas: o *Juiz Singular*, que veio absorver a competência dos Comitês neste âmbito. Nos termos do artigo 27.º, n.º 1, o Juiz Singular “*pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34.º se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação*”, ou seja, nos casos em que a queixa é manifestamente inadmissível. Esta decisão, nos termos do número 2, não é recorrível¹⁷⁵.

Note-se que na preparação da decisão de inadmissibilidade, o Juiz Singular é assistido por juristas relatores integrados na secretaria do Tribunal (cf. artigo 24.º da CEDH)¹⁷⁶, coadjuvados pelos juristas que formam parte da divisão do Estado contra o

no Protocolo n.º 14 para a sustentabilidade do Tribunal, o objetivo deste Protocolo foi o obviar às consequências daquela demora e ir implementando, ainda que de forma parcial, os novos mecanismos para lidar com as queixas claramente inadmissíveis e os casos repetitivos, a saber, a nova formação de Juiz Singular e as novas competências dos Comitês. Assim previa-se no artigo 9.º do Protocolo que o mesmo cessaria a sua vigência a partir do momento em que o Protocolo n.º 14 entrasse em vigor.

¹⁷³ Ainda assim, já aquando da sua implementação se questionava se este mecanismo seria suficiente para resolver o problema de pendência de queixas (que se ia agravando com o passar do tempo). Neste contexto, os Estados Partes decidiram constituir um grupo de *sábios* que seria encarregado de reflectir sobre o futuro e a eficiência a longo prazo do mecanismo da Convenção, bem como sobre os efeitos iniciais do Protocolo n.º 14, e de propor medidas adicionais para salvaguardar o funcionamento do Tribunal sem comprometer os princípios orientadores da função do TEDH. *Vide*, sobre o resultado deste estudo, Relatório do Grupo de Sábios de 2006.

¹⁷⁴ Fazemos aqui uma breve referência apenas a que, para efeitos de compreensão das medidas adoptadas e da evolução da concepção do papel do Tribunal ao longo das reformas é interessante ver também as medidas que foram rejeitadas em cada momento, algumas das quais vieram a ser reaproveitadas mais tarde.

¹⁷⁵ Conforme vimos na Nota de Rodapé 143 *supra*, esta decisão tão-pouco é fundamentada.

¹⁷⁶ A referência expressa ao trabalho dos relatores é identificada no Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14 à Convenção, onde se pode ler: “58. (...) *While it is not strictly necessary from a legal point of view to mention rapporteurs in the Convention text, it was none the less considered important to do so because of the novelty of rapporteur work being carried out by persons other than judges and because it will be indispensable to create these rapporteur functions in order to achieve the significant potential increase in filtering capacity which the institution of single-judge formations aims at. The members of the registry*

qual a queixa é apresentada. O trabalho destes juristas é da maior importância. Efectivamente, embora a decisão final seja sempre do Juiz Singular responsável pela apreciação das queixas de determinado Estado ao nível da admissibilidade, a verdade é que este juiz não pode ser o juiz eleito pelo Estado Parte contra o qual a queixa é apresentada (nos termos do artigo 26.º, n.º 3, da CEDH, e 52-A.º, n.º 2, do Regulamento). Assim, pode acontecer que o Juiz Singular não esteja familiarizado com a ordem jurídica ou sequer a língua do Estado demandado, o que é muito relevante visto que, de acordo com o artigo 34.º do Regulamento, as queixas podem ser apresentadas em qualquer uma das línguas dos Estados Parte.

Para reagir à pendência de casos repetitivos, o Protocolo alargou a competência dos Comitês de três juízes, que passaram a poder decidir quanto ao fundo questões que tenham sido objecto de jurisprudência bem firmada do Tribunal¹⁷⁷ (os chamados *WECL Cases – Well-established case-law*), nos termos do art.º 28.º, n.º 1, al. b), da CEDH.

Estes casos são decididos pelo Comité seguindo um processo sumário, mais célere e simples do que o procedimento perante as Secções. Quando confrontado com casos repetitivos, o Tribunal levará a questão à atenção do Estado demandado indicando que se trata de uma questão relativamente à qual já existe jurisprudência bem firmada do Tribunal. Note-se que tanto o Estado Parte como o requerente podem contestar esta qualificação. A decisão proferida pelos Comitês deverá incidir simultaneamente sobre a admissibilidade e sobre o fundo, e, se necessário, sobre a reparação razoável a atribuir (cf. artigo 53.º, n.º 2, do Regulamento). A decisão, deverá, no entanto, quanto a cada um dos aspectos tratados, ser unânime; se não for alcançada a unanimidade, o caso será remetido para a Secção (nos termos do artigo 29.º da Convenção e do artigo 53.º, n.º 6, do Regulamento)¹⁷⁸.

Os resultados pretendidos com estas alterações foram alcançados. A introdução da formação do Juiz Singular teve um efeito muito significativo, permitindo eliminar a pendência de casos na fase de admissibilidade. Na Opinião Preliminar emitida em preparação para a Conferência Brighton, o Tribunal informava que, em apenas um ano,

exercising rapporteur functions will assist the new single-judge formations. In principle, the single judge should be assisted by a rapporteur with knowledge of the language and the legal system of the respondent Party. The function of rapporteur will never be carried out by a judge in this context.” (realçado nosso).

¹⁷⁷ Este conceito é definido no Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14, par. 68.: “*Well-established case-law*” normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute “well-established case-law”, particularly when the Grand Chamber has rendered it.”.

¹⁷⁸ Cf. Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14, par. 69.

tenham sido rejeitadas mais de 30% das queixas^{179,180}. Para alcançar estes resultados terá contribuído também a política de objetivos adoptada internamente segundo a qual por cada queixa que entra, uma deve ser rejeitada (política de “one in-one out”)¹⁸¹.

O Protocolo n.º 14 veio também acrescentar um novo critério de admissibilidade ao elenco do artigo 35.º: o *critério do prejuízo significativo* (n.º 3, al. b) do artigo) (*vide* 1.2.2.(A)(iii) *supra*).

Por fim, breve referência também ao artigo 29.º que passou a prever como regra a *adopção de decisões conjuntas* quanto à admissibilidade e ao mérito das queixas. Esta era já uma prática do Tribunal, que passou, assim, a estar prevista no texto da Convenção, e cujo propósito é também o de acelerar o processamento das queixas¹⁸².

Autonomizou-se ainda a referência ao procedimento de *resoluções amigáveis* no artigo 39.º. Pretendeu-se, com esta alteração, encorajar as partes a utilizar de forma mais frequente este procedimento. De outro lado, passou a prever-se expressamente que a supervisão e execução da decisão de resolução amigável incumbe ao Comité de Ministros (número 4 do artigo).

Ao nível da *execução de sentenças*, o Comité de Ministros passou a poder requerer ao Tribunal a interpretação da sentença de forma a facilitar a sua execução (art.º 46.º, n.º 3) e a submeter-lhe uma questão de incumprimento por um Estado Parte (art.º 46.º, n.º 4).

2.1.2 Reformas e outras práticas internas relevantes

Para além da reforma levada a cabo pelo Protocolo n.º 14, e das medidas que foram debatidas e que vieram a traduzir-se nos Protocolos n.º 15 e 16 (*vide* 2.1.4. *infra*), o Tribunal tem vindo a introduzir, de mote próprio, medidas que se traduzem em alterações no procedimento para apreciação das queixas, bem como outras práticas para fazer face aos problemas identificados. Estas iniciativas são também essencialmente motivadas por uma lógica de produtividade para alcançar os objetivos delineados. Não

¹⁷⁹ Cf. par. 8.

¹⁸⁰ Para mais estatísticas relativamente aos resultados produzidos pela introdução desta formação judicial, *vide* os documentos “*Interlaken process and the Court*” preparados pelo Tribunal, sobre os impactos das reformas, referentes aos anos de 2012 a 2016, disponíveis na página do Tribunal através do [link http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#newComponent_1346159600649_poi_nter](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#newComponent_1346159600649_poi_nter), sob a epígrafe “*Note on the Reform Work*”. No que concerne aos resultados produzidos pela adopção da formação de Juiz Singular, *vide* também Erik FRIBERGH e Roderick LIDELL, “*From Protocol n.º 11 to 2025 — a Court in constant change*”, in AAVV, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 503.

¹⁸¹ *Vide*, neste sentido, “*Interlaken Process and the Court*” de 2015, p. 3.

¹⁸² Ver, em maior pormenor, o Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14, par. 73.

obstante algumas destas medidas serem, posteriormente, cristalizadas no Regulamento, como são oficiosamente adoptadas, furtam-se a um debate mais alargado que inclua os vários Estados Parte¹⁸³.

De entre estas medidas avulta o procedimento dos *acórdãos-piloto*. Este procedimento, concebido pelo próprio Tribunal com o apoio do Comité de Ministros, constitui um meio para lidar com grupos de casos que suscitam uma questão idêntica e que, assim, revelam a existência de um problema estrutural. O procedimento pode ser iniciado pelo Tribunal quando se depara com um significativo número de queixas contra determinado Estado Membro derivadas da mesma causa¹⁸⁴. Neste contexto, o Tribunal selecciona uma (ou mais) queixa(s) para apreciação — e adia o exame de todas as queixas relevando do mesmo problema —, e, quanto a essa(s), (i) determina a existência ou não de violação da Convenção, (ii) procede à identificação do problema estrutural ou sistémico detectado, bem como (iii) do tipo de medidas adequadas para o solucionar. Este será, portanto, o acórdão-piloto¹⁸⁵ que poderá depois ser aplicado a todos os outros casos que suscitam a mesma questão¹⁸⁶.

O procedimento serve, assim, um duplo propósito: por um lado, o de auxiliar os Estados Parte na identificação e resolução de um problema sistémico através da indicação de soluções de carácter genérico (o que pode implicar uma alteração legislativa); por outro, e em consequência do primeiro, resolver de forma célere um grande número de queixas repetitivas.

Note-se que este procedimento foi primeiramente adoptado pelo Tribunal de forma *ad hoc*, com base numa interpretação extensiva do artigo 46.º da CEDH. O procedimento dos acórdãos-piloto foi formalmente adoptado através da resolução do Comité de Ministros em 2004 Res(2004)3, relativa a decisões reveladoras de problemas

¹⁸³ Vide, Andrew TICKELL, “More ‘efficient’ justice at the...”, *op. cit.*, p. 206.

¹⁸⁴ Nos termos do artigo 62.º, n.º 2, al. b), do Regulamento, o procedimento pode também ser iniciado a pedido das partes.

¹⁸⁵ Para uma reflexão sobre as características deste tipo de acórdãos, vide Antoine BUYSE, “Flying or landing? The pilot judgment procedure in the changing European human rights architecture”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016, p. 105 e ss.

¹⁸⁶ Para mais informações relativamente a este procedimento, ver a *Factsheet* emitida pela *Press Unit* do Tribunal relativa ao Procedimento dos Acórdãos-Piloto, disponível na página do Tribunal através do link http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347890855564_pointer.

sistémicos subjacentes¹⁸⁷, mas veio a ser formalmente previsto no Regulamento apenas em 2011 (em 21 de Fevereiro), com a introdução do artigo 61.^o¹⁸⁸.

Nos termos do número 6 desse artigo, o procedimento permite agrupar todas as queixas às quais subjaz o mesmo problema sistémico ou estrutural e adiar a sua apreciação pelo Tribunal até que o Estado adopte as medidas necessárias para o solucionar e, nessa base, resolver os casos pendentes por acordo. São também previstas algumas garantias processuais dos requerentes que vêm o processo de apreciação da sua queixa suspenso, a saber: a informação que se impõe disponibilizar aos requerentes, ao abrigo da alínea b) do número 6; a cláusula de salvaguarda prevista, ainda que em termos vagos, na alínea c)); e ainda a norma do número 2, al. c), que prevê o tratamento prioritário do caso piloto. Não se prevê, contudo, um prazo para a prolação do acórdão-piloto, de modo a que os requerentes não fiquem demasiado tempo à espera da apreciação do seu caso¹⁸⁹.

Este procedimento acarreta, de um lado, uma valia considerável para descongestionar o trabalho do TEDH, contribuindo para a diminuição do volume de queixas pendentes, bem como, em princípio, para uma mais célere resolução dos casos individuais. Assegura ainda, quanto à questão subjacente, a coerência da jurisprudência do Tribunal dado que esse entendimento é replicado para os casos semelhantes. No entanto, tal resultado é conseguido à custa da justiça individual traduzida na apreciação concreta e individualizada das queixas trazidas até Estrasburgo¹⁹⁰.

O artigo 41.^o do Regulamento estabelece uma directiva relativamente à *ordem de apreciação das queixas* apresentadas. Até 2009, as queixas eram apreciadas e julgadas seguindo, essencialmente, uma ordem cronológica. Nesse ano, contudo, alterou-se o preceito para passar a incluir a referência à “*importância*” das questões e a critérios que seriam definidos pelo próprio Tribunal. O Tribunal procedeu então a uma categorização interna de casos que passou a determinar a prioridade conferida à apreciação de cada queixa, independentemente do momento da sua recepção. Segundo o Tribunal, o

¹⁸⁷ A proposta de adopção do procedimento dos acórdãos-piloto havia já sido discutida aquando da preparação do Protocolo n.º 14 — Cf. par. 16 do Relatório Explicativo.

¹⁸⁸ Antoine BUYSE refere que, como a Resolução não estabelecia o procedimento subjacente à preparação e prolação de um acórdão-piloto, o desenvolvimento desta prática foi feito através de “*tentativa e erro*” — “*Flying or landing?...?*”, *op. cit.*, p. 109 e ss.; Para alguns exemplos de acórdãos-piloto, *vide* Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁸⁹ A este propósito, o Grupo de Sábios propôs a introdução de prazos. — Cf. Relatório do Grupo de Sábios de 2006, par. 105.

¹⁹⁰ Na formulação de Antoine BUYSE, “*the pilot judgment has always been in danger of losing in depth (individual justice) what it gains in scope (dealing with larger numbers of situations).*” — “*Flying or landing?...?*”, *op. cit.*, p. 114.

objectivo subjacente a esta *prioritização* é que os casos mais graves ou que revelem a existência de problemas de grande escala e tendentes a gerar um grande número de queixas sejam resolvidos mais rapidamente¹⁹¹.

No plano formal, têm sido também adoptadas regras ou medidas que pretendem aumentar a eficiência do Tribunal e acelerar a apreciação das queixas.

A 1 de Janeiro de 2014, entrou em vigor o *artigo 47.º do Regulamento* do Tribunal que introduziu regras formais mais rígidas para apresentar uma queixa. De acordo com esta regra, o formulário de queixa do qual não constem todas as informações elencadas no número 1, expostas de forma pertinente e suficiente, de acordo com o disposto no número 2, e acompanhada dos documentos enumerados no número 3, é rejeitado liminarmente pelo Tribunal, sem apreciação judicial (nos termos do número 5). Assim, entende-se que uma queixa estará apenas completa se cumpridos todos esses requisitos. O número 5.1 do artigo prevê uma cláusula de salvaguarda, permitindo, nos casos aí previstos, que uma queixa seja apreciada pelo Tribunal ainda que não cumpra os requisitos referidos.

Quanto ao *prazo para apresentar a queixa*, passou agora a prever o número 6 que, para efeitos de interrupção do prazo de seis meses, releva como data de introdução da queixa, a data de expedição do formulário de queixa, cumprindo com os requisitos descritos. A nova redacção deste artigo do Regulamento é da maior importância pois vem alterar radicalmente aquela que era a prática do TEDH até então¹⁹². Com efeito, anteriormente considerava-se bastante para interromper o prazo a introdução da queixa ainda que incompleta ou apresentando apenas de forma sumária a questão subjacente ou mesmo de uma “*simples carta a manifestar a intenção de apresentar uma queixa*”¹⁹³. A alínea b) do número 6 permite, no entanto, alguma flexibilização na aplicação da regra e, assim, que o Tribunal considere outra data de forma a salvaguardar resultados injustos da aplicação estrita da regra.

¹⁹¹ Cf. Política de *prioritização* do Tribunal, disponível na página do Tribunal através do link [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["priority%20policy"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{).

Segundo Ireneu CABRAL BARRETO, será conferida prioridade essencialmente aos casos em que esteja em causa a liberdade, integridade física e a vida dos requerentes, considerados como violações mais graves da Convenção e que correspondem a “*três direitos nucleares e fundamentais numa sociedade democrática*”. — Entrevista, em Boletim da Ordem dos Advogados, op. cit., p. 24.

¹⁹² Cf. “*Report on the implementation of the revised rule on the lodging of new applications*”, p. 2, pto. C disponível na página do Tribunal através do link: [http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["report%20on%20the%20imple mentation"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{).

¹⁹³ Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., p. 340.

Assim, diferentemente do que acontecia anteriormente, os advogados deverão ter em atenção, não só que o prazo de seis meses corre a partir da prolação da última decisão relevante (e não do trânsito em julgado — *vide* 1.2.2.(A)(ii)), como o formulário da queixa completo deverá ser enviado, na íntegra, ao Tribunal, antes do termo desse prazo (ainda que possa chegar depois). Deverá ainda acautelar-se a possibilidade de a queixa estar incompleta e, caso sejam notificados de que não cumpre os requisitos do artigo 47.º do Regulamento, o tempo necessário para a reformular. De outro modo, a queixa poderá esbarrar com o decurso do prazo para a sua apresentação (que, aliás, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15 passará a ser de quatro meses apenas — *vide* 2.1.4.(A) *infra*), precludindo-se, assim, a possibilidade de ser submetida ao crivo do TEDH.

Pretende-se com esta nova formulação do artigo adoptar uma abordagem mais restrita e formal quanto à admissão liminar de queixas no Tribunal, de modo a facilitar o trabalho do Secretariado ao nível da admissibilidade e, nessa medida, poupar tempo e esforços. De acordo com o Tribunal, esta nova formulação do artigo será também “*a way of requiring individual applicants to accept their share of responsibility for the efficient functioning of the Court.*”¹⁹⁴. Os juristas do Tribunal têm, regra geral, adoptado uma interpretação restritiva, aplicando o preceituado no artigo 47.º à letra. Em resultado, registou-se uma rejeição significativa de queixas que não cumpriam estes apertados requisitos¹⁹⁵.

Em 2012 foi aditado ao Regulamento o *artigo 62.º-A* referente às *declarações unilaterais* dos Estados. Nos termos deste artigo, nos casos em que o requerente rejeita uma proposta de acordo amigável, o Estado Parte pode apresentar ao Tribunal um pedido de arquivamento acompanhado de declaração unilateral mediante a qual reconhece a existência de violação e o compromisso de fornecer reparação adequada e das medidas correctivas necessárias. Caso o Tribunal considere que a declaração apresentada pelo Estado Parte oferece garantias suficientes no que concerne ao respeito pelos direitos do requerente, pode arquivá-la, sem que o requerente a isso se possa opor.

Refira-se ainda as seguintes práticas internas do Tribunal que nos parecem dignas de nota: o (i) *agrupamento de casos repetitivos*, as (ii) *decisões de princípio* e as (iii)

¹⁹⁴ Cf. “*Interlaken process and the Court*” de 2013, par. 14. Igualmente, o *Report on the implementation of the revised rule on the lodging of new applications*, p. 1.

¹⁹⁵ *Vide*, neste sentido, os documentos “*Interlaken process and the Court*” referentes aos anos de 2014 e seguintes. Segundo o Tribunal, houve um esforço grande de divulgação da nova redacção da norma e dos requisitos mais apertados aí previstos. Os números, no entanto, parecem demonstrar uma falta de conhecimento ou incompreensão relativamente a estes requisitos e que dificultam o acesso ao Tribunal.

resoluções amigáveis “de rotina”. Quanto às primeiras, o Tribunal, aproveitando as potencialidades da competência conferida aos Comitês, passou a agrupar casos com um “*background*” semelhante em termos factuais e jurídicos e a decidi-los por referência aos casos *WECL*, exonerando-se, portanto, de apreciar as particularidades de cada uma das queixas. Quanto às segundas, o Tribunal profere uma decisão de princípio, isto é, uma decisão relativamente a uma questão da Convenção de uma forma que permita aplicar essa mesma decisão a outros casos semelhantes pendentes contra outros Estados Parte¹⁹⁶. O objetivo é, portanto, que esses outros Estados adotem políticas em conformidade com a decisão de princípio de modo a que o Tribunal possa arquivar os casos pendentes que suscitam essa mesma questão. Por fim, — e neste consiste o terceiro grupo de práticas internas identificadas neste parágrafo —, aplica-se este procedimento relativamente a queixas que suscitam questões de jurisprudência bem fixada. Nestes casos, o Tribunal limita-se a enviar às partes um modelo de resolução amigável, incluindo já o montante proposto de compensação, obviando, assim, à fase de negociação entre as partes¹⁹⁷.

Por fim, note-se que, em 2011, começou a operar uma secção de filtragem (“*filtering section*”), que inicialmente incluía a Rússia, a Turquia, a Roménia, a Ucrânia, e a Polónia, à data responsáveis por mais de metade dos casos pendentes. Esta secção é composta por juristas que se dedicam em exclusivo à triagem das queixas admissíveis alocando-as à formação judicial competente. Esta secção foi sendo alargada para incluir outros Estados Parte (Portugal não está incluído).

2.1.3 *O longo caminho de Interlaken até Bruxelas: a “reforma da reforma da reforma”*¹⁹⁸

Logo após a entrada em vigor do Protocolo n.º 14, ao tornar-se claro que as medidas implementadas por aquele não seriam suficientes para aplacar o aumento

¹⁹⁶ Neste sentido, Luzius WILDHABER refere que é possível identificar já alguns exemplos de jurisprudência em que os juízes demonstraram a intenção de formular um princípio geral, destacado dos factos, considerados de importância secundária (por exemplo: *Ac. Hirst c. Reino Unido* (3.ª Secção), 24.07.2001, e *Ac. D.H. e outros c. República Checa* (TP), 13.11.2007) – Cf. “Rethinking the European Court of Human Rights”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, pg. 218 e ss.

¹⁹⁷ Cf. Lize R. GLAS, “Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n.º 4, Dezembro, Oxford University Press, 2014, p. 675 a 677.

¹⁹⁸ David MILNER, “Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road”, in *ZEUS: Zeitschrift fuer Europarechtliche Studien*, n.º 1, Nomos, 2014, pp. 19 e ss.

constante dos casos pendentes perante o TEDH, começou a ser preparada uma conferência de alto-nível para reflectir sobre o *futuro a longo prazo do Tribunal*¹⁹⁹. Subjacente a esta reforma estava a preocupação essencial com o impacto que estava a ter (ou poderia vir a ter) a incapacidade do Tribunal de lidar com as queixas apresentadas. Temia-se pela sua credibilidade e eficiência, ao comprometer-se a qualidade do trabalho realizado e, em consequência, a autoridade do Tribunal²⁰⁰.

Esta primeira conferência, realizada em Interlaken em 2010, foi seguida de mais duas conferências de alto-nível (Izmir, 2011, e Brighton, 2012)²⁰¹. Nestas três conferências foi seguida essencialmente a mesma linha, ao elegerem como objectivo principal a procura de mecanismos adicionais para melhorar ou fortalecer a operação de filtragem. As propostas apresentadas e discutidas nas conferências foram tratadas de acordo com as necessidades do Tribunal que se apresentavam como mais prementes: primeiro, a eliminação da pendência de queixas inadmissíveis e repetitivas (essencialmente, Interlaken e Izmir); segundo, as queixas bem fundadas e o problema da demora na sua apreciação (Brighton).

Foram várias as medidas propostas desde as mais arrojadas²⁰² às mais formalistas²⁰³. Algumas propostas foram sucessivamente consideradas como, por exemplo, a implementação de um novo mecanismo de filtragem, a cobrança de taxas aquando da apresentação da queixa e a representação obrigatório por advogado desde o início do procedimento^{204,205}. Dos textos que guiaram as conferências resulta que as propostas mais controversas vieram do próprio Tribunal, que chegou mesmo a sugerir a introdução de limites ao número de casos a apreciar pelo Tribunal e, eventualmente, um mecanismo que lhe permitisse seleccionar os casos merecedores de apreciação²⁰⁶,

¹⁹⁹ Vide, para uma análise de todo o processo de reforma após o Protocolo n.º 14, *Idem, Ibidem*, p. 23.

²⁰⁰ Vide, neste sentido, Declaração final da Conferência de Brighton, considerando n.º 5.

²⁰¹ Todos os textos referentes às conferências, em particular, as Declarações Finais adoptadas em cada uma, estão disponíveis na página do Tribunal através do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

r.

²⁰² De que é exemplo a proposta avançada pelo à data Presidente do Tribunal à data, Jean-Paul COSTA que, no *Memorandum* em preparação para a Conferência de Interlaken afirmava: “*In this respect one choice that has to be made is whether all types of cases should be examined judicially, or whether the decision in certain types of case can be delegated to legal secretaries (référéndaires)*.”, p. 5.

²⁰³ Por exemplo, a alteração ao artigo 47.º do Regulamento que analisámos *supra*.

²⁰⁴ Cf. *Follow-Up Action Plan – Declaração Final da Conferência de Izmir*, Pto A., n.º 2; Discurso do, à data, Presidente do TEDH, Jean-Paul COSTA, no âmbito da Conferência de Izmir, em 26 de Abril de 2011, p. 7.

²⁰⁵ Note-se que o Tribunal expressou a sua discordância quanto à implementação destas duas últimas medidas na sua Opinião Preliminar em preparação para a Conferência de Brighton — Cf. par. 30.

²⁰⁶ Vide, em particular, Opinião Preliminar do Tribunal em preparação para a Conferência de Brighton, par. 34.

reiterando que a apreciação de casos inadmissíveis ou repetitivos não é compatível com o funcionamento de um tribunal internacional.

Dos textos das reformas, bem como dos documentos de *follow-up*, resulta, no entanto, que as medidas efectivamente implementadas ficaram aquém do que se chegou a prever. Em termos de alterações operacionais à Convenção, o Protocolo n.º 15 acaba por adoptar apenas duas medidas que efectivamente restringem o direito de acesso (*vide* 2.1.4.(A) *infra*) e o Protocolo n.º 16 implementa um procedimento para dar mais ênfase à aplicação da Convenção pelos tribunais nacionais (*vide* 2.1.4.(B) *infra*); em termos de alterações procedimentais da iniciativa do Tribunal, destaca-se o “*streamlining*” do processo sumário perante os Comités, através de um sistema informático que permita facilmente identificar a jurisprudência aplicável, e ainda o tratamento de casos prioritários como *WECL*²⁰⁷.

Em 2012 foi realizada a conferência de Brighton, a mais controversa das três conferências. Organizada pelo Reino Unido, no âmbito da sua presidência do Comité de Ministros, a conferência decorreu num contexto de fortes protestos e críticas dirigidas ao Tribunal por parte dos governantes britânicos e do público em geral. Uma das preocupações centrais do Reino Unido, e que perpassou para os debates da conferência, prendia-se com a margem de apreciação efectivamente conferida ao Estados Parte. A proposta de declaração apresentada pelo Estado anfitrião continha várias referências que pretendiam enfraquecer a influência exercida pelo Tribunal sobre os Estados Parte e fortalecer a posição destes face a Estrasburgo.

Este ensejo britânico de reduzir sensivelmente a influência da jurisprudência de Estrasburgo não era, contudo, partilhado por todos os Estados Parte, e gerou uma intensa discussão sobre o princípio da subsidiariedade²⁰⁸. Embora a redacção da declaração tenha sido significativamente revista e amenizada²⁰⁹, a proposta do Reino Unido logrou, ainda assim, que os Estados aceitassem incluir uma referência expressa ao princípio da subsidiariedade e à margem de apreciação no texto da Convenção²¹⁰ (*vide* 2.1.4.(A) *infra*).

²⁰⁷ *Vide* Documentos “*Interlaken process and the Court*”, referentes aos anos de 2012 a 2016 *supra* identificados.

²⁰⁸ *Vide*, sobre os conceitos de subsidiariedade em discussão, Andreas FOLLESDAL, “*Squaring the circle...*”, *op. cit.*.

²⁰⁹ Para uma análise mais pormenorizada, *vide* Sarah LAMBRECHT, “*Reforms to lessen the influence of the European Court of Human Rights: a successful strategy?*”, in *European Public Law*, Vol. 21, n.º 2, Junho, Kluwer Law International BV, 2015.

²¹⁰ Cf. Declaração Final da Conferência de Brighton, Ponto B.12.b).

Relativamente à demora na apreciação das queixas, a Conferência de Brighton estabeleceu novos prazos ordenadores para apreciar as queixas pendentes perante o Tribunal, a saber: um ano a contar desde a entrada da queixa para decidir se comunica ou não o caso ao Estado Parte demandado; e dois anos a contar da comunicação para decidir o caso, seja por meio de decisão ou por acórdão²¹¹ — cunhou-se, assim, o termo “*Brighton backlog*”.

No âmbito das conferências, e associada à sobrecarga do Tribunal, esteve sempre a preocupação com a procura de medidas para fortalecer a autoridade e credibilidade do Tribunal²¹².

Este ciclo de conferências trouxe para o centro do debate um novo conjunto de preocupações e, em particular, uma nova perspectiva sobre o princípio da subsidiariedade: a noção de “*responsabilidade partilhada*” (“*shared responsibility*”) na implementação da Convenção entre o TEDH e os Estados Parte²¹³. Em Izmir foi encetada a discussão que iria desembocar na previsão da nova competência do TEDH prevista no Protocolo n.º 16 (*vide* 2.1.4.(B) *infra*), e em Brighton reiterou-se a necessidade de os Estados Parte implementarem vias de recurso internas para reparar as violações de direitos e liberdades protegidos pela Convenção emanadas do poder administrativo, legislativo ou do judiciário²¹⁴.

No entanto, foi apenas com a Conferência de alto-nível de Bruxelas²¹⁵ que se assumiu como prioridade o reconhecimento pelos Estados Parte das suas

²¹¹ Cf. Declaração Final da Conferência de Brighton, Ponto D.20.h).

²¹² Dos textos das conferências transparece uma preocupação clara com a coerência da jurisprudência do Tribunal, em particular, no que concerne aos requisitos de admissibilidade cuja aplicação uniforme é fundamental para a estabilidade e segurança jurídica e, assim, para os requerentes, assim como com a qualidade e independência dos juízes eleitos.

²¹³ No seu *Memorandum* em preparação para a Conferência de Interlaken, Jean-Paul COSTA, à data Presidente do TEDH, dizia: “*After fifty years’ existence, we now need to look to the future of the Court. To do this the relationship between the Court and the national authorities has to be defined with maximum clarity. In carrying out that exercise it is necessary to identify and respect the roles that both the national authorities and the Court must play within the Convention system. States and the Court have the same objective, namely securing the rights guaranteed under the Convention and its Protocols. Interlaken should not be perceived merely as an opportunity to provide assistance to the Court unilaterally. It must acknowledge the sharing of responsibility between the States and the Court.*” (realçado nosso), p. 3.

Igualmente, conforme afirma o Tribunal na sua Opinião Preliminar para a Conferência de Brighton: “4. A key element in the process initiated at Interlaken has been increased recognition that responsibility for the effective operation of the Convention has to be shared. The Court should not in principle, and cannot in practice, bear the full burden of the work generated by implementation of the Convention.” (realçado nosso).

²¹⁴ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 345.

²¹⁵ Breve referência apenas à Conferência de Oslo, realizada em 2014, e que reuniu juízes, peritos governamentais e investigadores chamados a reflectir sobre o futuro do Tribunal a longo prazo. A ideia subjacente a esta conferência foi a de trazer novas perspectivas e ideias sobre a reforma e abrir a

responsabilidades na sustentabilidade do sistema da Convenção²¹⁶. Conforme referiu Dean SPIELMANN, à data Presidente do Tribunal, no seu discurso inicial da conferência, “*la Cour a pris toute sa part dans la mise en œuvre de ce Plan d’action. Ici, à Bruxelles, le moment est venu de faire vivre la responsabilité partagée*” (realçado nosso)^{217,218}.

Nesta altura, já se tornara evidente que o único remédio capaz de assegurar um futuro sustentável para o TEDH seria os Estados assumirem a sua parte de responsabilidade na implementação adequada da Convenção ao nível doméstico, conforme interpretada pelo Tribunal. Neste contexto, a implementação efectiva da Convenção ao nível interno passou a ser tratada como tema prioritário (e urgente)²¹⁹. Em conformidade, esta implementação deverá seguir dois vectores essenciais: (i) a prevenção de violações e (ii) a execução dos acórdãos do TEDH.

Relativamente ao primeiro, o Tribunal frisou que, embora as decisões que profere relativamente a determinado Estado Parte não sejam vinculativas para os outros, os Estados devem ter em atenção toda a jurisprudência do Tribunal (aspecto que já analisámos — *vide* 1.1.2.(A) *supra*). Neste contexto, os parlamentos nacionais têm um papel acrescido para assegurar que a legislação produzida está conforme com aquela jurisprudência²²⁰.

discussão para além dos governos dos Estados Parte. Os temas debatidos nesta conferência foram muito variados, desde o problema da pendência de queixas inadmissíveis e de casos repetitivos, o princípio da subsidiariedade e o diálogo com os tribunais nacionais, a “constitucionalização” do Tribunal, bem como o papel dos parlamentos nacionais, entre outros. Os textos completos da conferência podem ser encontrados aqui:

http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

²¹⁶ O título da conferência é, aliás, bem elucidativo desse mesmo propósito, não se referindo já ao futuro do TEDH mas à partilha de responsabilidade com os Estados Parte para garantir o mecanismo da Convenção: “*Implementation of the European Convention on Human Rights: our shared responsibility*”. *Vide*, para mais informação sobre esta conferência, Declaração de Bruxelas, disponível na página do Tribunal através do [link](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe)

²¹⁷ Discurso proferido na conferência de Bruxelas, p. 1, disponível na página do Tribunal através do [link](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe)

²¹⁸ Há autores que inclusivamente defendem que o TEDH não é afinal vítima do seu próprio sucesso, mas sim das falhas dos Estados Parte em implementar a Convenção — *Vide*, neste sentido, Katia LUCAS, “*Regard sur le processus de révision...*”, *op. cit.*, pp. 66 e ss.

²¹⁹ Cf. Contribuição do Tribunal para a Conferência de Bruxelas, par. 3, disponível na página do Tribunal através do [link](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe)

²²⁰ Na Declaração Final da Conferência de Brighton, p. 2, propunha-se que, para efeitos de dar cumprimento à Convenção e evitar violações da mesma, todas as leis e políticas nacionais devem ser formuladas em conformidade com a Convenção e com a jurisprudência do Tribunal, incentivando-se mesmo os Estados Parte a implementar “*practical measures to ensure that policies and legislation comply fully with the Convention, including by offering to national parliaments information on the*

Já quanto ao segundo, e dado que um elevado número de casos repetitivos traduz, no fundo, um problema de execução dos seus acórdãos, o Tribunal considera que lhe incumbe contribuir para a resolução dos problemas subjacentes às queixas apresentadas mediante a indicação de medidas de carácter individual ou mesmo genérico²²¹.

No que concerne à interpretação e aplicação da Convenção, a Conferência de Bruxelas focou-se em fortalecer o diálogo com os Estados Parte, nomeadamente através da proposta de criação de uma rede de tribunais superiores (a *Superior Courts Network*). A criação desta rede tem como propósito essencial fomentar o diálogo entre o TEDH e os tribunais nacionais e, assim, elevar o grau de conhecimento nos Estados Parte sobre os *standards* aplicáveis e a jurisprudência do TEDH, através de uma troca de informação facilitada. Em consequência, reforça-se o carácter subsidiário da intervenção do Tribunal. De outro lado, os tribunais superiores dos Estados Parte auxiliarão o Tribunal, nomeadamente, através da preparação das pesquisas de direito nacional que forem necessárias para estabelecer o quadro europeu relativamente a determinadas matérias²²².

Quanto à implementação ao nível nacional, a Conferência recomenda aos Estados Parte a criação de instituições de direitos humanos cujo papel será o de assegurar o diálogo com o TEDH, acompanhar a execução dos acórdãos, em particular, aqueles que identificam a existência de problemas estruturais, divulgar a jurisprudência do Tribunal e disponibilizar informação, entre outras.

compatibility with the Convention of draft primary legislation proposed by the Government” (realçado nosso), Ponto. A.9.c)(ii). Tal proposta é um desenvolvimento da Recomendação do Comité de Ministros n.º 5 (2004) *supra* referida.

Estas recomendações, embora façam todo o sentido do ponto de vista de prevenção de violações da Convenção, simultaneamente reflecte as imposições que o TEDH, cada vez com mais frequência, faz ao poder legislativo dos Estados Parte, o que interfere com princípios democráticos internos, como o da separação de poderes e, bem assim, representa uma grave incursão na soberania dos Estados Parte.

²²¹ Cf. Contribuição do Tribunal para a Conferência de Bruxelas, par. 14 e 18.

²²² *Vide*, Contribuição do Tribunal para a Conferência de Bruxelas, par. 9.

Vide, igualmente, “*Interlaken process and the Court*” de 2015, onde se pode ler: “*Overall the aim of the Network is to lead to a greater level of knowledge among its members regarding human rights law and practice at the European and domestic levels. It is intended to amplify the effects of the existing dialogue that takes place between the Court and national courts, and to contribute in a very concrete way to greater subsidiarity. In the long term, it may also facilitate more systematic exchanges and contacts on a horizontal level, i.e. among superior courts directly. At a time of continual convergence of domestic legal systems, this would represent a significant added-value from the Network.*” (realçado nosso), p. 7. E ainda, “*Interlaken process and the Court*” de 2016, par. 24.

Para mais informações sobre esta rede, *vide* a informação disponibilizada no *site* do Tribunal, através do seguinte *link*: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c=>.

2.1.4 Protocolos futuros

Como já aflorámos, as conferências *supra* descritas, desembocaram em dois novos protocolos nos quais transparece o espírito das reformas: aprofundar o carácter subsidiário do sistema da Convenção, em termos formais, de um lado, restringindo as situações em que o Tribunal é chamado a apreciar as queixas apresentadas, e, em termos substantivos, de outro, estimulando o diálogo com os Estados Parte e a partilha da responsabilidade na protecção dos direitos e liberdades previstos na Convenção.

O Protocolo n.º 15 foi adoptado em 24 de Junho de 2013 e aguarda ratificação por todos os Estados Parte da Convenção. O Protocolo n.º 16 foi adoptado em 2 de Outubro de 2013 e aguarda ratificação por 10 Estados Parte da Convenção²²³.

(A) O Protocolo n.º 15

O Protocolo n.º 15 nasceu do contexto do descontentamento e criticismo do Reino Unido quanto à jurisprudência recente do Tribunal e que motivou, na Conferência de Brighton, um aceso debate político relativo ao papel do Tribunal e à sua articulação com os sistemas nacionais.

A principal alteração operada pelo Protocolo n.º 15 consiste na introdução de um novo considerando no Preâmbulo da Convenção em que se faz referência expressa ao princípio da subsidiariedade e à margem de apreciação dos Estados Parte, referências antes omissas do texto da Convenção: “*Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respetivos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção*” (cf. artigo 1.º do Protocolo).

Como já tratado *supra* (vide 1.2.), tanto o princípio da subsidiariedade como, principalmente, a margem de apreciação são conceitos já sobejamente conhecidos do Tribunal e que foram inclusivamente desenvolvidos através da sua jurisprudência. Nestes termos, e conforme se lê no Relatório Explicativo do Protocolo n.º 15²²⁴, o fim da inclusão destas referências no Preâmbulo da Convenção era torná-las mais “*transparentes e acessíveis*”. Tal deverá ser entendido como uma “*mensagem*” dirigida pelos Estados Parte ao Tribunal, lembrando-o que deverá concentrar-se no seu papel

²²³ Vide, sobre a história da redacção e adopção destes Protocolos, David MILNER, “Protocols no. 15 and 16...”, *op. cit.*, pp. 30 e ss.

de supervisor²²⁵. Da sua parte, os Estados Parte reiteram o compromisso de cumprir com a obrigação de respeitar os direitos humanos.

Não existe um olhar unívoco sobre esta alteração: para uns, a introdução destes conceitos no preâmbulo mais não faz do que trazer para o texto da Convenção aquela que já é a prática do Tribunal, sendo, portanto, inócua²²⁶; para outros, a referência expressa a estes conceitos acarreta o risco de os Estados os instrumentalizarem no sentido de limitar o controlo exercido pelo Tribunal²²⁷. Apenas com o tempo será possível perceber se esta preocupação é justificada.

O Protocolo n.º 15 vem também introduzir uma alteração ao artigo 35.º, n.º 1, reduzindo significativamente o prazo para apresentar uma queixa ao TEDH, de seis para quatro meses (artigo 4.º do Protocolo). O argumento subjacente a esta diminuição do prazo é o de que a evolução das tecnologias permite uma comunicação mais célere, pelo que não se justificará já um prazo tão longo como o de seis meses.

De outro lado, o Protocolo n.º 15 vem eliminar a cláusula de salvaguarda ao critério do prejuízo significativo referida no final da alínea b) do n.º 3, do artigo 35.º que impunha a não rejeição “*por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno*” (artigo 5.º do Protocolo). Restringe-se assim ainda mais o âmbito de queixas efectivamente apreciadas pelo TEDH.

Por fim, refira-se ainda que as partes deixam de poder opor-se à devolução de um caso pela Secção ao Tribunal Pleno, nos termos do artigo 3.º do Protocolo, que altera o artigo 30.º da Convenção²²⁸. O propósito desta alteração era, essencialmente, o de garantir a estabilidade e coerência da jurisprudência do Tribunal e o de tornar o procedimento mais expedito ao dispensar-se essa parte do procedimento. Considera-se que a dispensa do consentimento das partes é justificada perante a mais valia de o caso ser decidido pelo Tribunal Pleno, particularmente, aqueles em que se suscitam questões de direitos humanos mais graves ou em que o Tribunal se inclina para se afastar de jurisprudência já estabelecida²²⁹.

²²⁴ Disponível na página do Tribunal através do link http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer.

²²⁵ Vide, neste sentido, Georgio MALINVERNI, “Le Protocol n° 15 à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, 26.º Année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015, p. 55.

²²⁶ Cf. *idem, ibidem*, p. 55.

²²⁷ Cf. Katia LUCAS, “Regard sur le processus de révision...”, *op. cit.*, p. 71.

²²⁸ O Protocolo n.º 15 introduz ainda uma limitação à idade dos juízes aquando da sua eleição, que passa a ser de 65 anos (cf. artigo 2.º do Protocolo que altera o artigo 21.º da Convenção).

²²⁹ Neste sentido também o artigo 72.º do Regulamento do Tribunal tinha sido alterado, em 6 de Fevereiro de 2013, passando a prever que a Secção deverá devolver uma decisão ao Tribunal Pleno quando a

Portugal ratificou este Protocolo em 25 de Novembro de 2016²³⁰.

(B) O Protocolo n.º 16

O Protocolo n.º 16 traduz a mudança de perspectiva na resolução do problema “*existencial*” do TEDH analisada, estando o foco de atenção agora virado para os Estados Parte que devem garantir a efectiva implementação da Convenção no âmbito dos sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais.

Assim, confere-se ao TEDH competência para emitir, *a pedido dos Estados Parte*, “*pareceres consultivos sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos e liberdades definidos na Convenção ou nos seus protocolos*” (artigo 1.º, n.º 1)²³¹.

Conforme se pode ler no preâmbulo deste Protocolo, o propósito da introdução desta competência consultiva do Tribunal é o de reforçar a “*interação entre o Tribunal e as autoridades nacionais*”, consolidando-se, assim, “*a implementação da Convenção, em conformidade com o princípio da subsidiariedade*”. Pretende-se, pois, incentivar o diálogo entre o Tribunal e os tribunais superiores dos Estados Parte, numa lógica de relações horizontais de coordenação e cooperação, ao invés de uma imposição vertical. Este Protocolo é conhecido, por esta razão, como o “*Protocolo do Diálogo*”.

O Protocolo em referência confere, então, aos Estados Parte um instrumento adicional para os auxiliar na tarefa de implementação da Convenção. Através do exercício desta competência consultiva, o Tribunal veiculará aos Estados Parte a sua visão sobre determinada questão, prevenindo-se ou evitando-se, deste modo, violações da Convenção e eventuais condenações, *a posteriori*, dos Estados.

Na prática, o parecer será emitido a pedido das autoridades nacionais, mais precisamente, pelas “*mais altas jurisdições de uma Alta Parte Contratante*”. A noção de “*mais alta jurisdição*” incumbe ao próprio Estado Parte que, nos termos do artigo 10.º, indicará, no momento da assinatura ou depósito do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, quais as jurisdições designadas para esse efeito, o que permite reconhecer

questão a examinar num caso pendente possa conduzir a uma contradição com a jurisprudência do Tribunal (n.º 2).

²³⁰ Resolução da Assembleia da República n.º 231/2016 e Decreto do Presidente da República n.º 101/2016 ambos de 25 de Novembro.

²³¹ Vide, sobre a distinção desta nova competência do TEDH da competência já prevista na Convenção para emitir pareceres a pedido do Comité de Ministros, Bjoerg THORARENSEN, “The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol No. 16: enhancing domestic implementation of human rights or a symbolic step?”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016, p. 81 e ss.

as especificidades inerentes a cada ordenamento e dá cumprimento, também neste domínio, ao princípio do esgotamento das vias de recurso internas²³².

Note-se, todavia, que o pedido de parecer só poderá ser solicitado no âmbito de um processo pendente perante a referida jurisdição indicada (cf. artigo 1.º, n.º 2). Isto é, o parecer consultivo não terá como objecto questões teóricas genéricas, mas sim questões concretas e que suscitem dúvidas quanto à sua resolução em termos que sejam conformes com a Convenção.

Estas questões deverão ser “*questões de princípio*” (cf. artigo 1.º, n.º 1). O que se entende por questão de princípio será, em si, densificado pelo próprio Tribunal na admissão do pedido ou rejeição do pedido de parecer. Esta decisão deverá ser fundamentada pelo Tribunal de modo a possibilitar a sua completa compreensão pelos Estados Parte²³³. A formação judicial competente para decidir da admissibilidade, bem como para preparar e emitir o parecer é o Tribunal Pleno (artigo 2.º).

Os pareceres não serão vinculativos (artigo 5.º). Com efeito, se fosse obrigatório para os Estados Parte acatar a solução proposta pelo Tribunal, não estaríamos perante um parecer consultivo mas sim diante verdadeiras decisões. A emissão de um parecer relativamente a determinada questão não preclui o direito de um particular apresentar queixa ao TEDH relativamente à mesma. No entanto, ainda que não se preveja um efeito directo dos pareceres na apreciação de queixas subsequentes, estes passam a formar parte do corpo de jurisprudência do Tribunal²³⁴, pretendendo-se, assim, conferir à interpretação que o Tribunal faz do texto da Convenção uma maior autoridade (no sentido de se lhe vir a ser formalmente reconhecido um efeito *erga omnes*)²³⁵.

O objectivo da atribuição desta competência é o de que as autoridades dos Estados Parte possam tomar conhecimento, de antemão, de qual a interpretação correcta da Convenção e, nessa medida, permitir que, a longo prazo, os Estados Parte sejam capazes de resolver eficazmente, ao nível doméstico, estas questões, reduzindo-se a carga de queixas no Tribunal. Em consequência, poderá verificar-se também uma uniformização

²³² Conforme se pode ler no Relatório Explicativo do Protocolo n.º 16, disponível na página do Tribunal através [do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739063294958599503665_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739063294958599503665_pointer), par. 8: “(...) Use of the term “highest”, as opposed to “the highest”, permits the potential inclusion of those courts or tribunals that, although inferior to the constitutional or supreme court, are nevertheless of especial relevance on account of being the ‘highest’ for a particular category of case.”

²³³ Cf. *Idem, Ibidem*, par. 9 e 15.

²³⁴ Cf. *Idem, Ibidem*, par. 25 a 27.

²³⁵ Efeito esse que, como vimos, já se verifica na prática. Vide, neste sentido, Bjoerg THORARENSEN, “The advisory jurisdiction of the ECtHR...”, *op. cit.*, p. 86.

da jurisprudência das mais altas jurisdições nas matérias submetidas à apreciação do TEDH²³⁶.

O Protocolo n.º 16 é opcional. Portugal ainda não assinou este Protocolo.

2.2 As competências do TEDH à luz da sua (re)construção hermenêutica

Conforme ficou já bem patente, o sistema de protecção dos direitos previstos na Convenção é dinâmico, tendo vindo a adaptar-se aos desafios que vai enfrentando. As reformas que analisámos até agora prenderam-se com alterações ao seu *modo de funcionamento* e, portanto, essencialmente, ao *procedimento* perante o TEDH.

No entanto, o estudo da evolução do Tribunal não estaria completo sem a análise da sua própria jurisprudência no que concerne à definição das suas competências no âmbito do sistema da Convenção. Na verdade, a capacidade do Tribunal se reinventar neste campo é uma característica da dinâmica intrínseca do mesmo, numa demonstração de que não basta estudar a “*law in books*” mas é sempre necessário compreender a “*law in action*”. Fenómeno que é, de resto, conhecido da ciência do Direito. Utilizaremos aqui o conceito “*dinâmica expansiva*”.

O processo hermenêutico levado a cabo pelo TEDH na interpretação das suas próprias competências parece ser, muitas vezes, norteado por uma visão expansiva e orientada à máxima protecção dos direitos, da qual resulta, para muitos, um activismo judiciário que extravasa a dimensão literal da Convenção.

Tratando-se, todavia, de um tratado internacional, esta dinâmica expansiva do Tribunal deverá ser refreada, neste aspecto, pelo seu espírito original e a vontade política dos Estados Parte em apoiar, ou não, estas tendências.

Neste ponto iremos referir e analisar brevemente três “*incursões jurisprudenciais*” as quais, em nossa opinião, demonstram como a doutrina da interpretação dinâmica da Convenção realizada pelo TEDH não se restringe à interpretação dos direitos aí consagrados, abrangendo também a interpretação das suas normas de *competências*. As orientações jurisprudenciais tratadas de seguida são campo fértil onde esta dinâmica expansiva do TEDH se manifesta com maior acuidade e que, em nossa opinião, representam também importantes desvios ao princípio da subsidiariedade na sua concepção originária (aqui demonstrando uma tendência expansiva, ao invés do que vimos no ponto anterior).

²³⁶ Cf. Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., p. 535.

As questões a analisar são tanto de natureza dogmática, face à estrutura das normas atributivas de direitos da Convenção, como institucionais, face à natureza do Tribunal e à sua relação com os órgãos do Conselho da Europa e os Estados Parte.

2.2.1 O controlo da convencionalidade de normas legais em abstracto

Embora não seja uma prática recente, um dos aspectos da jurisprudência do TEDH que mais dúvidas suscita prende-se com as suas incursões no controlo de legislação dos Estados Parte à luz da Convenção, incluindo normas constitucionais, em abstracto — fenómeno que tem sido apelidado de “*controlo da convencionalidade*” ou mesmo “*fiscalização abstracta da convencionalidade*”²³⁷.

Conforme vimos acima, o Tribunal aprecia as queixas dos particulares que se apresentam como vítimas de uma violação dos seus direitos previstos na CEDH por parte de um Estado Parte. Segundo CABRAL BARRETO, “*vítima será quem for diretamente atingido pelo ato ou omissão litigiosos, sofrendo ou correndo o risco de sofrer diretamente os seus efeitos*”^{238,239}, não se confundindo a qualidade de vítima com a de parte lesada do artigo 41.º, para a qual é essencial a existência de *prejuízo*.

Nestes termos, o Tribunal não tem competência para apreciar questões em abstracto nem admite a *actio popularis*²⁴⁰. No entanto, a sua jurisprudência tem

²³⁷ Como ensina Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, a “*fiscalização abstracta da convencionalidade*” consiste na fiscalização da compatibilidade de uma norma nacional com a Convenção *independentemente* de existir um caso específico no âmbito do qual essa norma tenha sido aplicada — Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Vallianatos e outros c. Grécia (TP), 7.11.2013, p. 39, Nota 1. Gabriela KNAUL refere que este controlo exercido pelo TEDH é realizado “*independentemente da hierarquia existente entre as normas de tratados de direitos humanos no direito interno, que varia de país para país*” e que o propósito é o de “*adaptar ou conformar os atos ou as leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado*”. A Autora conclui daí que a incompatibilidade das normas internas aos tratados e decisões judiciais internacionais torna inválidas essas normas jurídicas, posição com a qual não podemos concordar e que veremos melhor quanto ao caso português no ponto 3.3.1. *infra*. — “O papel dos juízes na efectivação dos direitos humanos”, in *Julgar*, n.º 22, Janeiro-Abril, Coimbra Editora, 2014, p. 154.

²³⁸ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 390.

²³⁹ Tal não impede que se reconheçam também como vítimas aqueles que *indirectamente* sofreram um prejuízo o que será o caso das pessoas que mantêm uma relação muito próxima com a pessoa cujo direito foi efectivamente violado (p. ex. marido, irmão, filho, companheiro) ou aquelas a quem a violação, de alguma forma, afectou. — *Vide*, por exemplo, Ac. Kurt c. Turquia, 25.05.1998, Ac. Luluyev e outros c. Rússia (1.ª Secção) 9.11.2006, Ac. Varnava e outros c. Turquia (TP), 18.09.2009. De outro lado, esta regra não é aplicada de forma estrita, admitindo-se que terceiros apresentem a queixa em nome das vítimas nalgumas situações: *vide*, p.ex. Ac. Gorraiz Lizarraga e outros c. Espanha (4.ª Secção), 27.04.2004; Ac. Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu c. Roménia (TP), 17.07.2014.

²⁴⁰ Cf. Ac. Roman Zakharov c. Rússia (TP), 4.12.2015, par. 164: “*The Court has consistently held in its case-law that the Convention does not provide for the institution of an actio popularis and that its task is not normally to review the relevant law and practice in abstracto, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention (...). Accordingly, in order to be able to lodge an application in accordance with Article 34, an individual must*

flexibilizado este entendimento e admitido queixas apresentadas por requerentes que não são directamente vítimas, mas apenas *potencialmente* vítimas da eventual aplicação de uma norma. Esta interpretação da noção de “vítima” do artigo 34.º da Convenção de modo a abranger as assinaladas situações de “vítimas potenciais” remonta, pelo menos, já a 1978.

À luz desta jurisprudência, em virtude da existência de uma norma de carácter geral e abstracto que, na eventualidade de ser aplicada aos requerentes, acarretará a violação de um direito da Convenção, é-lhes reconhecido o estatuto de vítima, mesmo na ausência de uma medida concreta ou acto de execução contra si efectivamente dirigida.

São, neste âmbito, paradigmáticos os casos de legislação considerada discriminatória quanto à possibilidade de exercício ou gozo de um direito previsto na Convenção²⁴¹, como por exemplo, legislação restritiva de direitos de crianças nascidas fora do casamento (direitos sucessórios)²⁴², de pessoas homossexuais²⁴³, das mulheres (direitos sexuais e reprodutivos, como o direito a abortar)²⁴⁴, de pessoas pertencentes a determinadas etnias²⁴⁵, de praticantes de determinada religião²⁴⁶ e até de advogados²⁴⁷. Nestes casos, atinentes a determinados grupos de pessoas, compreende-se facilmente o raciocínio subjacente a esta fiscalização em virtude do carácter discriminatório da norma.

No entanto, o Tribunal tem também aplicado esta qualificação das vítimas potenciais num domínio menos evidente, a saber, o da legislação relativa à vigilância de comunicações com fins de prevenção ou segurança. No caso *Klass contra a Alemanha*,

be able to show that he or she was “directly affected” by the measure complained of. This is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion, although this criterion is not to be applied in a rigid, mechanical and inflexible way throughout the proceedings (see Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, cited above, § 96).” (realçado nosso).

Quanto à definição de *actio popularis*: vide Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Vallianatos c. Grécia, acima identificado, Nota 3.

²⁴¹ Vide, neste sentido, Declaração de voto de Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Vallianatos e outros c. Grécia, acima identificado, 4.º parágrafo. “(...) A fortiori, any discriminatory law or regulation which targets identified or clearly identifiable persons may also be challenged by those persons before the Court, regardless of any implementing act (intuitu personae discrimination).” (realçado nosso), pp. 41 e 42.

²⁴² Vide Ac. Marckx c. Bélgica (TP), 13.06.1979; Ac. Johnston e outros c. Irlanda (TP), 18.12.1986.

²⁴³ Vide Ac. Dudgeon c. Reino Unido (TP), 22.10.1981; Ac. Norris c. Irlanda (TP), 26.10.1988; Ac. Modinos c. Chipre (Secção), 22.04.1993; e Ac. Vallianatos e outros c. Grécia, acima identificado.

²⁴⁴ Vide Ac. Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda (TP), 29.10.1992.

²⁴⁵ De que é exemplo recorrente, as pessoas pertencentes à etnia Roma e Judaica: Sejdić e Finci c. Bósnia e Herzegovina (TP), 22.12.2009, em que, aliás, a norma em causa era uma norma constitucional.

²⁴⁶ Por exemplo, mulheres muçulmanas: Ac. S.A.S. c. França (TP), 1.07.2014.

²⁴⁷ Vide Ac. Michaud c. França (5.ª Secção), 6.12.2012.

que remonta a 1978²⁴⁸, em que estava em causa uma lei que permitia que *qualquer pessoa* fosse alvo de monitorização ou escuta das comunicações sem que o soubesse, o Tribunal considerou que um requerente poderia alegar ser vítima para os efeitos do artigo 34.º da Convenção com fundamento na *susceptibilidade* de lhe serem aplicadas medidas restritivas de direitos (artigo 8.º) de carácter secreto, dispensando-se a prova de que as mesmas estavam a ser efectivamente aplicadas²⁴⁹.

Subjacente a este entendimento do Tribunal está, portanto, o facto de o requerente não saber, nem ter forma de saber, se a legislação lhe foi efectivamente aplicada, dado o carácter secreto das medidas. Assim, diferentemente dos outros casos *supra* referidos, o requerente não se inclui aqui num grupo identificável de pessoas sujeitas a uma restrição discriminatória dos seus direitos. Ao invés, estamos perante uma universalidade de vítimas potenciais que pode incluir *qualquer* indivíduo que use telecomunicações, pelo que o universo de pessoas que podem “*requerer a fiscalização*” do Tribunal é significativamente mais abrangente.

Nestes termos, dependendo das circunstâncias do caso, poderá o Tribunal entender justificar-se uma *fiscalização em abstracto* da norma à luz da Convenção, conforme decidiu recentemente o Tribunal Pleno no caso Roman Zakharov c. Rússia: “178. *Having regard to the secret nature of the surveillance measures provided for by the contested legislation, the broad scope of their application, affecting all users of mobile telephone communications, and the lack of effective means to challenge the alleged application of secret surveillance measures at domestic level, **the Court considers an examination of the relevant legislation in abstracto to be justified.***” (realçado nosso)²⁵⁰.

Esta postura do Tribunal suscita, contudo, diversas questões e tem sido criticada devido à ausência de critérios fixos para apreciar um caso em abstracto, em particular, nos casos que estão fora do âmbito de apreciação de legislação discriminatória²⁵¹. Desde logo, surge a questão de saber se esta jurisprudência não estabelecerá, porventura, um precedente perigoso em virtude da interferência que traduz na soberania dos Estados. Efectivamente, este tipo de legislação envolve normalmente um exercício de

²⁴⁸ Ac. Klass e outros c. Alemanha (TP), 6.09.1978.

²⁴⁹ Deverão, porém, ser apresentadas provas convincentes relativamente à probabilidade de se verificar a violação passível de os afectar directamente (meras suspeitas são consideradas insuficientes). — *Vide*, sobre esta matéria, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 386 e ss.

²⁵⁰ Ac. Roman Zakharov c. Rússia (TP), 4.12.2015.

²⁵¹ *Vide*, neste sentido, a Declaração de voto do Juiz DEDOV no Ac. Roman Zakharov c. Rússia (TP), 4.12.2015, 6.º parágrafo.

ponderação dos vários valores em presença por parte dos Estados, que optam por dar prioridade, por exemplo, a um modelo de investigação mais ou menos musculado, de acordo com as necessidades internas.

Note-se que este tipo de legislação, a qual prevê a possibilidade de aplicação genérica de medidas de carácter secreto restritivas de direitos, prolifera actualmente na Europa e poderá, portanto, dar azo a mais acórdãos deste tipo: basta pensar-se na legislação anti-terrorismo que, normalmente, implica uma investigação por parte das forças de segurança e a potencial aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais cuja aplicação não é notificada aos visados, pondo em causa não só o direito à privacidade da vida familiar (artigo 8.º), mas também os direitos consagrados nos artigos 6.º e 1.º, Protocolo n.º 1²⁵².

Por fim, cabe referir o caso *Vallianatos e outros c. Grécia*, em que estava em causa legislação de cariz discriminatório. Aqui, o Tribunal antecipou-se às próprias autoridades nacionais e apreciou o caso sem que tivessem sido esgotados todos os meios internos aplicáveis, desde logo, a possibilidade de suscitar a questão perante o tribunal constitucional grego²⁵³. Em resultado, exerceu esta competência de fiscalização em “1.ª instância”, o que representa, evidentemente, uma grave interferência na soberania do Estado grego.

Em defesa desta apreciação em abstracto de legislação dos Estados Parte tem sido esgrimido o argumento de que o princípio da efectividade dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção assim o impõe²⁵⁴. No entanto, é também inegável que o

²⁵² Pense-se, a este propósito, em legislação como a que vigora em Portugal (e, provavelmente, de vários outros Estados Parte que sejam também Estados Membro da União Europeia visto que a legislação em causa emana de legislação europeia) no âmbito do combate à criminalidade organizada, prevenção de terrorismo e contra o branqueamento de capitais (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho). Estas questões já foram, aliás, submetidas à apreciação do Tribunal, tendo se verificado, no entanto, a aplicação das medidas no caso concreto (caso *Filkin c. Portugal*, comunicado ao Governo em 30.06.2015).

²⁵³ *Vide*, nesse sentido, Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. *Vallianatos e outros c. Grécia*. O Juiz refere mesmo que: “(...) *the Grand Chamber has inaugurated a novel remedy in the present judgment, which posits a specific legislative solution to a social problem that has allegedly not been solved by the national legislator after the persons concerned have taken direct action before the Court. The Court is no longer a mere “negative legislator”: it assumes the role of a supranational “positive legislator” which intervenes directly in the face of a supposed legislative omission by a State Party.*”. par. 48.

²⁵⁴ Cf. Ac. *Klass e outros c. Alemanha (TP)*, 6.09.1978, par. 34: “(...) *In the Court’s view, the effectiveness (l’effet utile) of the Convention implies in such circumstances some possibility of having access to the Commission. If this were not so, the efficiency of the Convention’s enforcement machinery would be materially weakened. The procedural provisions of the Convention must, in view of the fact that the Convention and its institutions were set up to protect the individual, be applied in a manner which serves to make the system of individual applications efficacious.*”. Bem assim, Declaração de Voto dos Juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV, Ac. *Baka c. Hungria (TP)*, 23.06.2016, par. 21.

reconhecimento de vítimas potenciais “*abre as portas*” a um controlo da Convenção pelo Tribunal de carácter *preventivo*, que permite que, mesmo na ausência de violação concreta, o Tribunal syndique a norma em termos abstractos, analisando a sua potencialidade de, aplicada, acarretar violação da Convenção (ou seja, analisa a *susceptibilidade* de vir a verificar-se uma violação da Convenção). Em consequência, verifica-se uma interferência cada vez mais visível num campo que é da competência reservada dos Estados Parte e uma parte da sua soberania: a função de legislar^{255,256}.

É certo que o Tribunal não tem, ainda assim, competência para declarar a legislação “*inconvencional*”, com a consequência de a mesma ser nula ou deixar de produzir efeitos no Estado Parte. Caberá aos Estados decidir que relevância e impacto terão as decisões do TEDH na sua ordem jurídica. No entanto, a não execução das decisões do TEDH pode constituir, de *per si*, uma violação da Convenção. Cria-se, portanto, um complexo problema político.

2.2.2 O controlo da convencionalidade de normas constitucionais

Ao abrigo da concepção da Convenção como um *instrumento da ordem pública europeia*, o Tribunal entende que todas as normas dos ordenamentos jurídicos dos Estados Parte estão submetidas ao controlo da conformidade com a Convenção²⁵⁷. Assim, nem mesmo as normas constitucionais estarão isentas ou imunes ao seu escrutínio.

A apreciação de normas constitucionais pelo TEDH suscita, desde logo, uma questão extremamente relevante e que concerne à hierarquia de fontes de Direito nos ordenamentos jurídicos internos. Na verdade, na maior parte dos Estados Parte da Convenção, esta tem um valor *infra*-constitucional. Aspecto ao qual, no entanto, o TEDH tem sido insensível²⁵⁸ e que constitui um considerável foco de tensão.

Vide, igualmente, Chittharanjan F. AMERASINGHE, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 355.

²⁵⁵ Conforme vimos no ponto 2.1. *supra*, no âmbito da deslocalização do foco de atenção para os Estados Parte no assegurar do sistema da Convenção, foram propostas medidas que assumem já esta ingerência do Tribunal na legislação dos Estados Parte. Em particular, Ponto A.9.c)(ii) da Declaração Final da Conferência de Brighton.

²⁵⁶ Vide, nesse sentido, Geir ULFSTEIN, “The European Court of Human Rights and national courts...”, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

²⁵⁷ Cf. Ac. United Communist Party of Turkey e outros c. Turquia, 30.01.1998, par. 29 e 30. No mesmo sentido, vide Voto Vencido do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Hutchinson c. Reino Unido (TP), 17.01.2017, par. 46 e 47.

²⁵⁸ Vide, a título elucidativo, Declaração de Voto dos Juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV ao acórdão Baka c. Hungria (TP), 23.06.2016, pars. 19 e 23: “(...) *This means that Convention law has not only a declaratory, but also an additional constitutive effect in the domestic legal order. (...), the*

Efectivamente, ao desconsiderar a hierarquia de normas interna, estará também a desconsiderar a organização constitucional dos ordenamentos jurídicos internos.

Quanto a este problema, SADURSKI refere que “(...) *national constitutional courts do not need to consider the ECtHR as a rival (...) There is no way in which the ECtHR might ever declare a national constitutional law or practice to be inconsistent with law of the Convention with such an assessment having a direct effect: there is no way the ECtHR may declare a statute ‘unconventional’ (inconsistent with the Convention) with the direct effect of invalidating the statute.*”²⁵⁹.

Na esteira desta afirmação, parece-nos que deve ser colocada a tónica no facto de o TEDH não poder invalidar *directamente* uma norma constitucional. O que não significa, contudo, que o TEDH não declare efectivamente que a norma constitucional em causa é desconforme à Convenção^{260,261} com a consequência de que a reparação da situação, na prática, pode exigir uma revisão constitucional²⁶².

Suscitam-se, portanto, temas complexos de competência e legitimidade do TEDH para apreciar estas questões^{263,264}, bem como no que diz respeito à execução dos seus acórdãos. Mais ainda, dado que “*este é um domínio muito sensível, porquanto aqui a soberania nacional se faz sentir com maior acuidade*”²⁶⁵, a apreciação de normas constitucionais pelo Tribunal suscita variadíssimas (e acérrimas) críticas e inquietações jurídicas.

Convention is subordinated neither to domestic constitutional rules, nor to allegedly higher rules of international law, since it is the supreme law of the European continent[30]. In Europe, the domestic law of the member States is subordinated to the primacy of the Convention as a constitutional instrument of European public order[31].”

²⁵⁹ “Partnering with Strasbourg...”, *op. cit.*, pp. 441 e 442

²⁶⁰ Veja-se os polémicos acórdãos: Sejdic e Finci c. Bósnia e Herzegovina (TP), 22.12.2009; Zornic c. Bósnia e Herzegovina (4.^a Secção), 15.07.2014; e Baka c. Hungria (TP), 23.06.2016.

²⁶¹ Não se pense que esta é uma realidade longínqua ou que o Tribunal se arroga esta competência apenas relativamente a certos Estados Parte. Na verdade, está neste momento pendente perante o Tribunal Pleno o caso Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal em que está em causa precisamente a análise de uma norma da Constituição da República Portuguesa.

²⁶² Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 185.

²⁶³ Note-se, a este propósito, o que referem os Juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV: “(...)the Court seems to take for granted its jurisdiction to assess the compatibility of constitutional provisions with the European Convention on Human Rights (Convention), without explaining the grounds and breadth of its remit. Both the substance and the procedure for adopting the impugned provisions were assessed under the presumption that the Court had a “natural” or “legal” Kompetenz-kompetenz to verify the Convention compliance of the constitutional reforms in question, including on issues related to the independence of the judiciary and the rule of law.” — Declaração de Voto ao acórdão Baka c. Hungria (TP), 23.06.2016, par. 1. *Vide* também, pars. 21 e 22.

²⁶⁴ Detecta-se ainda um problema adicional, a saber, o facto de a jurisprudência do TEDH não ser coerente no que concerne às normas constitucionais que decide efectivamente apreciar à luz da Convenção. *Vide*, sobre os factores que explicam esta diferenciação, Mart SUSI, “Implied Constitutional Competence of the European Court of Human Rights”, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 57, Duncker & Humbolt, 2014, p. 368.

²⁶⁵ Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 185.

De outro lado, e na prática, este desenvolvimento da jurisprudência do TEDH acarreta ainda consequências muito relevantes no plano político: (i) ao nível da execução dos seus acórdãos²⁶⁶; e (ii) ao nível da falta de aceitação dos Estados Parte com o conseqüentemente afastamento de Estrasburgo²⁶⁷.

2.2.3 A incursão do TEDH em matéria de execução dos acórdãos

No ponto 1.1.2. *supra* analisámos o enquadramento do sistema da Convenção. Neste ponto importa lembrar que, na execução dos acórdãos, os Estados Parte são, em princípio, livres de escolher o meio que consideram mais adequado para o efeito, desde que conforme às conclusões do TEDH, ficando a supervisão dessa execução a cargo do Comité de Ministros. Efectivamente, tratando-se, no essencial, de uma decisão política (a escolha entre os meios idóneos para fazer face à violação), é natural que esta tarefa incumba ao Comité de Ministros (órgão político do Conselho da Europa), e não ao TEDH (órgão jurisdicional). Neste contexto, o Tribunal abstinha-se, tradicionalmente, de dar qualquer orientação aos Estados Parte sobre a forma como deveriam reparar a violação constatada.

Embora este enquadramento da Convenção permaneça *grosso modo* inalterado, a forma como o TEDH interpreta as suas funções e, em particular, aplica os artigos 41.º e 46.º da Convenção tem sofrido alterações significativas. Desde logo, a alteração ao artigo 46.º, através do Protocolo n.º 14, e que permite ao Comité de Ministros submeter ao TEDH pedidos relativos à interpretação de um acórdão, bem como iniciar um procedimento contra um Estado em caso de recusa em executar um acórdão. Acima vimos também o fenómeno que melhor materializa estas alterações, a saber, o procedimento dos acórdãos-piloto²⁶⁸.

Neste ponto, fazemos referência a outra prática através da qual o TEDH se vai paulatinamente introduzindo na esfera de competências antes reservadas ao Comité de Ministros e, assim, no diálogo que estava, *ab initio*, reservado aos Estados Parte e ao Comité de Ministros: as chamadas “*decisões de artigo 46.º*”. Nestas decisões, o Tribunal não se limita a declarar a verificação ou não de violação, faz mesmo recomendações e indica medidas individuais ou gerais a ser tomadas para reparar a violação.

²⁶⁶ Cf. Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 185.

²⁶⁷ Cf. Mart SUSI, “Implied Constitutional Competence...”, *op. cit.*, pp. 369 e 370.

²⁶⁸ Vide, sobre este aspecto, Lize R. GLAS, *Changes in the Procedural Practice...*, *op. cit.*, p. 680 e ss.

Segundo CABRAL BARRETO, o Tribunal indica a medida que deve ser tomada para reparar a violação apenas em “*situações-limite*”, a saber: “*quando a natureza da própria violação constatada não oferece qualquer possibilidade de escolha*”²⁶⁹. Na prática, contudo, verifica-se uma certa normalização destas decisões.

De que forma indica, então, o Tribunal estas medidas? O TEDH foi desenvolvendo esta prática, primeiramente, indicando as medidas que considerava idóneas para reparar determinada violação na fundamentação da decisão (normalmente num ponto autónomo reservado ao artigo 46.^o²⁷⁰). Nestes casos, sobreleva a ideia de que o Tribunal faz uma recomendação ao Estado.

Refira-se, neste ponto, os chamados “*acórdãos semi-piloto*” (“*quasi-pilot judgments*”)²⁷¹. Estas decisões caracterizam-se por identificar, tal como nos acórdãos-piloto, um problema sistémico no ordenamento jurídico nacional que poderá motivar várias queixas e condenações de um Estado Parte. O Tribunal poderá recomendar ao Estado a adopção de medidas de carácter geral e abstracto para solucionar o problema. Regra geral, contudo, o TEDH não indica, na parte dispositiva destes acórdãos, medidas para resolver o problema^{272,273}.

No entanto, registam-se também casos em que o Tribunal incluiu estas indicações no próprio dispositivo do acórdão (em inglês, nas “*operative provisions*”)^{274,275} —

²⁶⁹ *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 427. O Autor refere, no entanto, noutro artigo, que “*cada vez mais e de uma forma sistemática, quando deteta um problema estrutural, o Tribunal, ao abrigo do artigo 46.º da Convenção, convida as Partes contratantes a encontrar medidas, mesmo a nível legislativo, que superem a dificuldade e evitem a repetição deste tipo de queixas*”. — Cf. “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos...”, *op. cit.*, p. 413.

Neste sentido, *vide* também Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, p. 168 e ss.

²⁷⁰ *Vide*, por exemplo, o Ac. Sociedade de Construções Martins & Vieira, Lda. c. Portugal (1.ª Secção), 30.10.2014, par. 68. É também frequente o Tribunal analisar este artigo em conjunto com o artigo 41.º da Convenção.

²⁷¹ Note-se que estes acórdãos não seguem, no entanto, o procedimento dos acórdãos-piloto.

²⁷² Cf. Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Vallianatos e outros c. Grécia, p. 48, Nota 35.

²⁷³ O acórdão Martins de Castro e Alves Correia de Castro c. Portugal (2.ª Secção), 10.06.2008, é um exemplo desta prática (pars. 60 a 66). Igualmente, Ac. Ataykaya c. Turquia (2.ª Secção) 22.07.2014, par. 71 a 75, Ac. Statileo c. Croácia (1.ª Secção), 10.07.2014, par. 165.

²⁷⁴ Conforme explicado pelo próprio Tribunal, no documento “*Reply to Committee of Ministers request for comments on the CDDH Report on Execution*”, par. 12, disponível na página do Tribunal através do link

http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe

l. *Vide*, igualmente, Hans-Joachim CREMER, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: beyond *res judicanda*?”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015, p. 46.

²⁷⁵ Os exemplos de injunções são bastante abrangentes: libertação imediata do requerente (Ac. Assanidze c. Geórgia (TP), 8.04.2004; Ac. Ilascu e outros c. Moldávia e Rússia (TP), 8.07.2004; Ac. Del Rio Prada (TP), 21.10.2013); transferência de preso para outro estabelecimento prisional para efeitos de obtenção de

prática que Catarina SANTOS BOTELHO identifica como uma “*enorme ousadia*” do Tribunal²⁷⁶. Ora, quer-nos parecer que esta posição sistemática das indicações do TEDH nos acórdãos não é inócua. Com efeito, embora a recomendação das medidas no ponto da decisão dedicada ao artigo 46.º acarrete já uma restrição à liberdade de escolha dos Estados Parte (orientados pelo Comité de Ministros que, por sua vez, está balizado pela indicação do Tribunal), a sua prescrição como injunção na parte decisória do acórdão acarreta, pelo menos na sua aparência, uma força vinculativa consideravelmente maior, como que indicando que a intenção dos juízes é tornar a adopção dessas medidas obrigatória para as partes, sob pena de não se poder considerar o acórdão como devidamente executado.

Conforme bem elucida PINTO DE ALBUQUERQUE, “*the Court’s initial policy of refraining from issuing consequential orders has given way to a broad policy of directions and even orders to the respondent States regarding how to execute the judgment.*” E, nessa medida, “*the Court’s judgments are no longer purely declaratory, but prescriptive*” (realçado nosso)^{277,278}.

Conforme vimos, o Tribunal não tem competência para anular actos nem rever legislação dos Estados Parte. No entanto, ao indicar a medida concreta que considera necessária para reparar a violação, aqueles efeitos são indirectamente conseguidos²⁷⁹.

Subjacente à adopção destas práticas por parte do Tribunal está o princípio da efectividade que deve nortear o modo como o TEDH garante os direitos e liberdades

cuidados de saúde adequados (Ac. Ghavtadze c. Geórgia (2.ª Secção), 3.03.2009; Ac. Slawomir Musial c. Polónia (4.ª Secção), 20.01.2009); a disponibilização de informação por agências de serviços de inteligência (Ac. Youth Initiative for Human Rights c. Sérvia (2.ª Secção), 25.06.2013); a cobertura vitalícia das despesas de saúde do requerente por parte do Estado (Ac. Oyal c. Turquia (2.ª Secção), 23.03.2010); reposição do requerente na sua posição de juiz do supremo tribunal (Ac. Oleksandr Volkov c. Ucrânia (5.ª Secção) de 9.01.2013). Por cá, *vide* o exemplo do Ac. Soares de Melo c. Portugal (4.ª Secção), 16.02.2016, par. 7 do dispositivo.

²⁷⁶ *A Tutela Directa...*, *op. cit.*, nota de rodapé 1268, p. 319.

²⁷⁷ Declaração de Voto do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Fabris c. França (TP) 7.02.2013, p. 31.

Vide também Lize R. GLAS, “Changes in the Procedural Practice...”, *op. cit.*, pp. 682 e 683.

²⁷⁸ As medidas indicadas na decisão referidas como “*prescriptive orders*” o que, à falta de melhor expressão, será traduzido como “*injunções*”. Sobre o termo, *vide* Hans-Joachim CREMER, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions...”, *op. cit.*

²⁷⁹ *Vide*, nesse sentido, Declaração de Voto dos Juízes Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV, Ac. Baka c. Hungria, par. 24.: “*Although not stated explicitly, the consequences of the present judgment are unequivocal under Article 46 of the Convention: Hungary must implement the present judgment in good faith and proceed to a declaration of nullity in the domestic order of any domestic legislation, regulation or administrative act breaching the Convention as interpreted by the Court in this judgment; and, in consequence, it must reinstate the applicant as President of the Supreme Court for the entire duration of his interrupted mandate[34].*”

previstos na Convenção²⁸⁰. No que concerne, em particular, aos casos repetitivos que resultam, muitas vezes, de um problema de fraca execução dos acórdãos, torna-se mais evidente a utilidade da identificação das causas subjacentes às queixas, bem como das medidas possíveis para as solucionar²⁸¹.

2.3 O futuro do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

De tudo quanto ficou exposto nos pontos anteriores, sobressai como conclusão incontornável que o TEDH, com a configuração que apresenta e à luz das suas orientações práticas e jurisprudência, é hoje um tribunal muito diferente do que foi perspectivado no Protocolo n.º 11.

2.3.1 Balanço da evolução do Tribunal

Conforme vimos, o objectivo transversal a todas as reformas, no plano imediato, foi reduzir a pendência de queixas perante o Tribunal de modo a poder garantir a sua subsistência a longo prazo.

Quanto a este aspecto, pode dizer-se que as reformas foram bem sucedidas pois alcançaram os resultados almejados na eliminação das queixas inadmissíveis e na redução da pendência de queixas repetitivas pendentes, permitindo, assim, ao Tribunal “respirar”. Este sucesso da reforma foi conseguido maioritariamente através de decisões negativas (i.e. de rejeição).

São, no entanto, apontadas diversas críticas às reformas. Em primeiro lugar, aponta-se o facto de terem sido implementadas sem que tenha sido determinado, *a priori*, um sentido claro (ou assumido) sobre qual a direcção que o Tribunal devia e deve tomar²⁸². Com efeito, embora o tema condutor das reformas tenha sido o futuro a longo prazo do Tribunal, grande parte das medidas implementadas focaram-se em encontrar resposta para os problemas imediatos, em particular, formas de a curto/médio prazo lidar com as queixas de modo cada vez mais eficiente, relegando-se a discussão essencial, ou mesmo, *existencial*, sobre o papel do Tribunal para um momento futuro²⁸³ (ainda que várias das medidas implementadas sejam também apontadas como indicadores da tendência de “constitucionalização” do TEDH — *vide* 2.3.2. *infra*).

²⁸⁰ A este propósito, PINTO DE ALBUQUERQUE refere também a doutrina dos “*poderes implícitos*”, avogando um maior controlo do TEDH sobre a execução dos seus acórdãos — *Vide* Declaração de Voto no Ac Fabris c. França (TP), 7.02.2013, p 32.

²⁸¹ *Vide*, Lize R. GLAS, “Changes in the Procedural Practice...”, *op. cit.*, p. 687.

²⁸² Cf. *Idem, Ibidem*, p. 673.

²⁸³ Cf. Declaração Final da Conferência de Brighton, par. 30 e 31.

Em segundo lugar, as medidas implementadas, assim como o ritmo a que se sucederam, revelam uma quase obsessão com a eficiência do Tribunal — eficiência essa que é aferida apenas através de números e estatísticas, o que dificilmente se coaduna com o propósito de um tribunal de direitos humanos e pode ter conduzido a algumas precipitações. Por exemplo, sendo um dos propósitos subjacentes aos esforços para reduzir as queixas o de libertar recursos para serem alocados à apreciação de casos que suscitam questões mais graves de direitos humanos, a implementação de medidas que afectam de forma cega o direito de petição individual, isto é, sem olhar à natureza ou gravidade das queixas (como é o caso da redução do prazo para apresentar queixa ou da nova formulação do artigo 47.º do Regulamento), revela-se algo incoerente com aquele propósito.

Acresce que, como já aflorado, as medidas de iniciativa do próprio Tribunal foram (e vão) sendo implementadas à medida do necessário e sem que sejam precedidas de um debate aprofundado. Descura-se, deste modo, o impacto que produzem nos procedimentos aplicáveis à apresentação e apreciação das queixas, o que acarreta consequências consideráveis para os requerentes²⁸⁴.

Em terceiro lugar, as medidas implementadas suscitam ainda outro tipo de preocupações. Atente-se, desde logo, na prolação de decisões pelo Juiz Singular, em que os casos e a proposta de decisão quanto à admissibilidade a ser proferida pelo juiz são preparados pelos juristas do Tribunal, dos quais o Juiz Singular depende para a compreensão do caso, faltando-lhe o domínio fáctico ou jurídico da situação. A isto acresce o facto de as queixas serem declaradas inadmitidas sem serem comunicados ao requerente os motivos subjacentes à rejeição, e de não haver possibilidade de recorrer da decisão, nem qualquer forma de pedir a sua aclaração ou revisão.

Conforme afirma WILDHABER, as alterações introduzidas de forma a acelerar o processo de rejeição de casos inadmissíveis têm o preço elevado de reduzir consideravelmente o grau de escrutínio judicial operado. O Autor refere que tal constitui a “*consequência inevitável do crescimento do sistema muito para além da sua*

²⁸⁴ Neste sentido, Lize R. GLAS refere que: “(...) when amendments to the Convention and the Rules of the Court do not precede change, the good functioning, transparency and predictability of Convention proceedings may be impaired. This is particularly problematic from the applicant’s perspective. Procedural innovations are now often introduced by the Court without any prior amendment to its Rules of the Court. This practice makes it hard to predict how Convention proceedings will develop and end.” — “Changes in the Procedural Practice...”, *op. cit.*, p. 699.

concepção e desenho originais” (tradução nossa)²⁸⁵. Inevitável ou não, tal consequência leva-nos a interrogar se este tipo de decisões ainda são verdadeiras decisões judiciais.

Em quarto lugar, refira-se ainda que as tarefas desempenhadas pelos juízes em formação de Juiz Singular e de Comité representam parte significativa do volume de trabalho do Tribunal. Dada a natureza das decisões que são proferidas e o procedimento perante estas formações judiciais, corre-se o risco de grande parte do trabalho que ocupa os juízes em Estrasburgo ter, afinal, um cariz essencialmente administrativo²⁸⁶. Esta preocupação está associada a uma outra e que diz respeito ao impacto que este “*ímpeto economicista*” pode produzir no tempo dedicado às decisões de mérito bem como na qualidade das mesmas.

Em quinto lugar, transparece do esforço de reforma uma vontade, não só para restringir formalmente o acesso ao Tribunal, o que tem sido feito de forma mais ou menos assumida, mas para o restringir *qualitativamente*. Basta pensar-se na política de *prioritização* dos casos através da sua qualificação em diferentes categorias e na eliminação de uma das cláusulas de salvaguarda do critério do prejuízo significativo. Bem assim, o próprio Tribunal vem reiterando que o funcionamento de um tribunal internacional não se coaduna com a apreciação de todo o tipo de queixas, devendo ocupar-se apenas daquelas que suscitam questões mais graves ou problemas sistémicos.

Este procedimento tem como consequência uma distinção operada pelo Tribunal entre os direitos previstos na Convenção, sem ter no suporte no respectivo texto. Com efeito, a função do TEDH de assegurar o respeito dos compromissos que resultam para os Estados Parte da Convenção refere-se a todos os direitos aí previstos (cf. artigo 19.º da Convenção). Efectivamente, a Convenção distingue os direitos que consagra apenas entre absolutos e, por conseguinte, não passíveis de derrogação, e direitos relativos²⁸⁷.

De outro lado, a concretizar-se esta orientação puramente judicial, deveriam estar bem delineados os respectivos critérios, bem como os seus efeitos práticos, nomeadamente em termos de procedimento, prevendo-se, sendo caso disso, dois

²⁸⁵ “Consequences for the ECtHR of Protocol no. 14...”, *op. cit.*, p. 64.

²⁸⁶ *Vide*, neste sentido, David PÓR BJOERGVINSSON, “The role of the European Court of Human Rights in the changing European human rights architecture”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, 2016, p. 42 e 43.

²⁸⁷ *Vide* Nota de Rodapé 59 *supra*.

regimes distintos²⁸⁸. De outra forma, corre-se o risco de desproteger demasiado uma certa categoria de requerentes.

Em sexto lugar, da análise realizada conclui-se também que tem faltado uma discussão aprofundada sobre as constrações orçamentais do TEDH. Embora tenha havido um esforço para aumentar as contribuições dos Estados Parte, através de um fundo específico, assim como um esforço para reforçar o pessoal no Secretariado do Tribunal, designadamente através de contratos temporários ou “*secondments*”, e até mesmo da eleição de juízes adicionais²⁸⁹, o facto é que a questão nuclear referente à sub-orçamentação do Tribunal e carências que se fazem sentir ao nível do respectivo quadro de pessoal ficou largamente à margem das conferências. Tal é ainda mais impressionante considerando que já se aventou que também as alterações introduzidas pelo Protocolo n.º 15 ficam aquém do necessário para fazer face aos problemas do TEDH, pelo que é imperativo reforçar os recursos do Tribunal para que não soçobre.

Tudo visto, parece-nos que, até ao momento, a autoridade e credibilidade do TEDH não saíram necessariamente fortalecidas com as reformas implementadas. Neste contexto, assume particular gravidade o impacto que as reformas tiveram no acesso ao Tribunal (e que analisaremos autonomamente no ponto (A) *infra*).

Diga-se, no entanto, que só o tempo permitirá perceber se estas medidas contribuíram para robustecer o Tribunal e, por seu intermédio, para elevar os padrões de respeito pelos direitos fundamentais na Europa. Só a longo prazo se poderá verdadeiramente concluir se a libertação de recursos no seio do Tribunal para lidar com queixas consideradas prioritárias foi um contributo nesse sentido.

Por fim, quanto às três *incursões jurisprudenciais* identificadas no ponto 2.2., esta auto-atribuição de competências pelo TEDH é um factor de peso na discussão relativa à “*constitucionalização*” do Tribunal (*vide* 2.3.2. *infra*). Contudo, esta questão deve ser equacionada principalmente numa vertente prática, de delimitação de competências e poderes, sob pena de paulatinamente se dificultar ainda mais a já intrincada articulação entre os sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais e o sistema da Convenção.

Neste âmbito cabe terminar por referir que a tendência de deslocação do centro das atenções do TEDH para os Estados Parte aos quais incumbe, em primeira linha,

²⁸⁸ Luzius WILDHABER propõe mesmo uma reconceptualização do Tribunal que incluísse procedimentos distintos aplicáveis a dois tipos de direitos. – Cf. “Rule of law: “Constitutional Court” or...”, *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁹ Propostas que são tratadas nos vários textos das reformas que já fomos referindo.

respeitar e proteger os direitos previstos na Convenção, é, *prima facie*, positiva, permitindo o regresso do Tribunal à sua vocação original de ser uma instância de supervisão que funciona como última linha de defesa. Neste âmbito, o Protocolo n.º 16 tem um potencial considerável para modificar as relações entre o TEDH e os tribunais domésticos e, no futuro, ser a base para uma nova concepção do Tribunal²⁹⁰. Notamos, porém, nesta data, só sete Estados o haviam ratificado²⁹¹.

(A) O impacto das reformas no acesso ao Tribunal

Como vimos no ponto 1.1., o direito de acesso universal de qualquer indivíduo ao mecanismo de protecção dos direitos previstos na Convenção é considerado a pedra-angular do sistema da Convenção e o traço distintivo que o popularizou como o mais eficaz do mundo.

No entanto, face às reformas em curso e às medidas implementadas, é legítimo interrogarmo-nos se, porventura, este continuará ainda hoje a ser o traço mais relevante do sistema, ou, pelo menos, a sua “*marca de qualidade*”.

Face a tudo quanto já se deixou exposto, é incontestável que a universalidade do direito de petição individual, ou seja, a possibilidade do seu exercício por parte de qualquer pessoa no âmbito da jurisdição do TEDH, tem vindo a ser progressivamente restringida. Primeiro, pela introdução de novos requisitos de admissibilidade e eliminação de uma das salvaguardas associadas. Segundo, pela introdução de novas regras no Regulamento que dificultam a apresentação de queixas. Terceiro, pela interpretação restritiva dada a estas normas pelos juristas do Tribunal.

As reformas atingiram um tipo de queixas e de requerentes em particular, dos quais o Tribunal se foi afastando²⁹², designadamente, os casos repetitivos e considerados menos graves, por entender a sua apreciação como incompatível com o funcionamento de um tribunal internacional.

De um modo geral, a interpretação restritiva dos critérios de admissibilidade e dos requisitos formais para apresentar uma queixa dificultam de forma significativa o acesso ao Tribunal e, conforme elucida Andrew TICKELL, correm o risco de privilegiar, de forma desproporcional, a conveniência administrativa em detrimento da justiça

²⁹⁰ As perspectivas da doutrina sobre o impacto do Protocolo n.º 16 têm sido muito variadas. *Vide*, neste sentido, Bjoerg THORARENSEN, “The advisory jurisdiction of the ECtHR...”, *op. cit.*, p. 87.

²⁹¹ Conforme informação disponível no *site* do TEDH, através do seguinte *link*: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=ZbZO8v79.

²⁹² *Vide*, neste sentido, Lize R. GLAS, “Changes in the Procedural Practice...”, *op. cit.*, pp. 683 e 694 e ss.

substantiva²⁹³. As várias particularidades que é necessário ter em consideração aquando da apresentação da queixa vão contra o carácter universal do direito de petição individual, sendo especialmente onerosas para aqueles requerentes que apresentam queixa sem o patrocínio de um advogado²⁹⁴.

Esta situação agravar-se-á, com certeza, com a entrada em vigor do novo e mais curto prazo para apresentação da queixa²⁹⁵. Quanto ao argumento avançado para justificar aquele encurtamento, parece pretender-se desconsiderar que o acesso à *internet* não é um dado adquirido, mesmo na Europa do século XXI. Desconsideram-se as dificuldades sentidas por aqueles que não podem recorrer a advogado e às especificidades dos casos, em particular, a sua complexidade²⁹⁶.

A vertente material do direito de acesso é também afectada pelos novos procedimentos que se pretendem cada vez mais céleres e sumários e que permitem despender cada vez menos tempo e atenção ao caso concreto. As decisões quanto à admissibilidade e no que concerne aos casos repetitivos têm vindo a ser materialmente “*desjudicializadas*”, sendo processadas de forma quase administrativa ou segundo um sistema auto-referencial que deixa pouca margem para a apreciação concreta dos casos e que é parco em fundamentação²⁹⁷. Acresce que, à luz da política de *prioritização* dos

²⁹³ Cf. “More ‘efficient’ justice at the...”, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁴ Nas palavras de Andrew TICKELL: “(...) *The historic informality – at least in theory – of the admissibility phase of Strasbourg proceedings reflects this commitment to universality. (...) While that informality has been preserved de jure, de facto the caseload crisis and demands for ever-faster decisions have put considerable pressure on this vision of the Court’s role. In practice, it has increasingly resorted to bureaucratic expedients and the raw processing power of administrative decision-making to attempt to deal with the onslaught of cases.*” E ainda: “(...) *The applicants likely to be worst affected by shift towards more unstinting formality are the vulnerable and the legally unadvised, struggling to put together a coherent Strasbourg case without help, specialist knowledge of the Court’s jurisprudence – and now, increasingly struggling to navigate the obstacle course of admissibility in good time.*” Conclui, então, o Autor que o Tribunal está a marginalizar aqueles que mais necessitam da sua protecção. — “More ‘efficient’ justice at the...”, *op. cit.*, pp. 214 e 215.

²⁹⁵ Conforme escreve Ireneu CABRAL BARRETO, a conjugação da redução do prazo para apresentar queixa com os novos requisitos mais exigentes do artigo 47.º do Regulamento, “*determinará um acréscimo de rejeição de queixas e, conseqüentemente, uma diminuição óbvia do trabalho pedido ao Tribunal. Espera-se contudo que estas limitações não se venham a traduzir numa dificuldade excessiva no acesso ao Tribunal, contrariando a sua génese.*” — *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 343.

²⁹⁶ Vide, para maior detalhe, David MILNER, “Protocols no. 15 and 16 to the European Convention...”, *op. cit.*, p. 38; Vide também Andrew TICKELL, “More ‘efficient’ justice at the...”, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁷ Vide, a este respeito, o caso *Achabal* em que a decisão de um Comité que havia rejeitado o caso foi sujeita ao escrutínio do Conselho de Direitos Humanos da ONU que admitiu a queixa e criticou a decisão do TEDH por deficiências na fundamentação. Este caso é plenamente ilustrativo do risco de contradição entre órgãos de monitorização de respeito pelos direitos humanos internacionais. — Cf. “CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”, par. 184, disponível através do link:
http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointe
r.

casos, os requerentes poderão ficar à espera de uma decisão (que, na fase da admissibilidade, é, 90% das vezes, negativa) por tempo indeterminado²⁹⁸.

Neste sentido ainda, o procedimento dos acórdãos-piloto, bem como outras formas *ad hoc* de apreciação de queixas de forma conjunta, priva os requerentes de obter uma decisão concreta que tenha em consideração as particularidades do caso concreto. Conclui-se, portanto, que o acesso a uma decisão de mérito no caso concreto está hoje também mais restringido.

A tudo isto acresce que, conforme já afluído, a velocidade a que estas reformas têm sido adoptadas e de acordo com uma lógica de “*à medida da necessidade*”, cria uma situação de incerteza constante quanto aos pressupostos e às regras que balizam o procedimento no Tribunal para os requerentes. Este aspecto não deve ser menosprezado já que acarreta, na prática, um efeito dissuasor no momento de decidir apresentar ou não apresentar uma queixa.

Por fim, notamos que a reforma do Tribunal é, na verdade, uma realidade constante, sendo expectáveis novos desenvolvimentos no futuro e que podem implicar uma restrição adicional ao acesso de particulares ao Tribunal^{299,300}.

Em face do exposto, conclui-se, então, que as medidas adoptadas, de uma forma ou de outra, coarctam o direito de petição individual. Esta restrição do acesso ao Tribunal (e, assim, o distanciamento do TEDH) terá como pressuposto que os Estados assumam uma postura mais proactiva de implementação da Convenção. Efectivamente, a *deslocalização* do cerne da actividade do TEDH tem fortes implicações no princípio da subsidiariedade visto que, ao afastar-se de um determinado tipo de casos e de requerentes, o TEDH desonera-se dessa função que deverá, em contrapartida, ser assumida pelos Estados Parte, sob pena de se criar um vazio de tutela com nefastas

²⁹⁸ Cf. Geir ULFSTEIN, “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014, p. 100.

²⁹⁹ Contrariamente ao defendido por Ireneu CABRAL BARRETO quando refere que “*todas as medidas que tentem fornecer ao Tribunal os meios para prosseguir o seu papel de guardião da ordem jurídica europeia merecem ser acolhidas, na condição de que elas não impeçam uma outra função tão primordial do Tribunal: constituir a última porta à qual podem bater todos aqueles que foram vítimas de violações dos Direitos Humanos e que não obtiveram ao nível interno a reparação adequada.*” — *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 350; Igualmente, Katia LUCAS refere que “*La poursuite d’une logique de productivité ne doit pas conduire à faire feu de tout bois, ne serait-ce qu’afin d’éviter que ce qui constitue la “quintessence du système de controle de la Convention”.*” — “Regard sur le processus de révision...”, *op. cit.*, p. 87.

³⁰⁰ Com efeito, no âmbito das reformas foram propostas várias medidas adicionais para explorar as potencialidades do princípio da subsidiariedade que passam, essencialmente, pela filtragem e, assim, por coartar ainda mais o direito de petição individual.

consequências para os cidadãos submetidos à jurisdição dos Estados Parte da Convenção.

Em face do exposto, e recorrendo a uma metáfora, parece que o Tribunal é uma “*criatura viva*”, ora expandindo, ora encolhendo, a sua actuação e alterando a sua configuração e *praxis* em função dos desafios que enfrenta. Efectivamente, face ao enorme volume e pendência de queixas, o TEDH retraiu-se; em contraponto, face à natureza das demandas e aos desafios dos direitos humanos na Europa no plano substantivo, o TEDH tem vindo a expandir-se, infiltrando-se nos sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais.

Parece, assim, que o carácter subsidiário da Convenção assume duas vertentes: por um lado, a de permitir reduzir significativamente o número de casos que o TEDH é chamado a decidir (*aprofundamento da subsidiariedade procedimental*) e, por outro, permitir apreciar apenas aqueles que considera como suscitando as questões mais sérias de direitos humanos (*restrição da subsidiariedade substantiva*).

Esta capacidade metamórfica do Tribunal suscita, no entanto, muitas críticas, não faltando entre os Estados Parte da Convenção aqueles que o querem amarrar a uma determinada configuração estática.

2.3.2 O TEDH como tribunal constitucional europeu?

Como temos vindo a repetir, nos anos imediatamente a seguir à entrada em vigor do Protocolo n.º 11, tornou-se claro, no seio do Tribunal que o modelo implementado não seria sustentável a longo prazo. Tal constatação, como vimos, foi o mote para a série de reformas analisadas. Em paralelo às reformas, foi encetado um debate, que permanece hoje tão actual como então, sobre qual seria a verdadeira natureza e, em conformidade, o papel a desempenhar pelo Tribunal.

Luzius WILDHABER, à data juiz e presidente do TEDH, foi um dos grandes impulsionadores do debate sobre a “*constitucionalização*” do Tribunal. Motivado pela constatação de que o Tribunal era incapaz de decidir todas as queixas que lhe eram apresentadas em tempo útil e que os juízes despendiam demasiado tempo na apreciação de casos manifestamente inadmissíveis ou repetitivos, já em 2002 aquele juiz se questionava se não seria melhor o Tribunal decidir menos casos mas, em contrapartida, decidir, de forma célere e devidamente fundamentada, aqueles casos que fossem susceptíveis de revelar problemas estruturais e dos quais fosse possível extrair

princípios jurisprudenciais de tal modo convincentes que deles emanaria naturalmente uma força *erga omnes*^{301,302}.

A proposta do antigo presidente lançou as bases para o debate em torno do futuro do Tribunal e, mais concretamente, a discussão sobre o seu propósito assente no binómio: “*justiça individual vs. justiça constitucional*”. Para os defensores do sistema implementado pelo Protocolo n.º 11, a vocação do Tribunal continua a ser apreciar e decidir casos concretos, pelo que o direito de petição individual permanece o “*coração*” do sistema da Convenção. Neste sentido, defendem que as reformas implementadas não devem desvirtuar este direito de acesso³⁰³.

Pelo contrário, para aqueles que defendem, com WILDHABER, que o Tribunal se deve assumir como *constitucional*, o seu objectivo principal será decidir casos que suscitem questões de princípio, de interesse geral e que permitam identificar vícios e influenciar positivamente as políticas dos Estados Parte (papel de “*standard-setter*”), e não o de oferecer reparação em casos de violações individuais de direitos³⁰⁴. Nesta perspectiva, o mecanismo de petição e reparação individual constituirá um meio para diagnosticar as fragilidades dos sistemas de protecção nacionais de modo a que o TEDH os possa corrigir e, assim, elevar os padrões de protecção de direitos humanos no Estado

³⁰¹ Cf. “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, N.P. Engel, 2002, p. 164. O Autor escreveu mais recentemente que o futuro do Tribunal passa por uma esta reforma estrutural no sentido da sua constitucionalização, sob pena de estagnar e colapsar. – Cf. Steven GREER e Luzius WILDHABER, “Revisiting the Debate...”, *op. cit.*, p. 658. Vide também Paul MAHONEY e Jonathan SHARPE, “The Legacy of Carlo Russo: creation of a Supreme European Court of Human Rights”, in AAVV, *Law in the Changing Europe: Liber Amicorum Pranas Kunis*, Mykolo Romenio Universiteto, 2008, p. 283.

³⁰² Segundo CABRAL BARRETO, duas ideias estão em tensão: de um lado, a “*evidência de que a Europa tem necessidade deste direito de recurso colocado no exterior dos seus Estados e que representa a última esperança para todos aqueles que são vítimas de violações dos direitos e garantias fundamentais*” e de que “*preservar um sistema de recurso individual aberto a 800 milhões de pessoas (...) e manter a eficácia do trabalho do Tribunal representa uma verdadeira quadratura do círculo*”. — “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos...”, *op. cit.*, p. 419 e ss

³⁰³ Vide, neste sentido, por exemplo, Adam BODNAR, Comentário no painel “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals?””, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014, p. 109.

³⁰⁴ Neste sentido, Elisabet FURA e Rait MARUSTE, antigos juízes do TEDH, utilizando uma elucidativa imagem, afirmam: “(…) *Europe as an area of common values has to have an all knowing, supreme beacon showing the right course for everyone dealing with matters on human rights. But lighthouses can never be hospitals.*” – “Time to take the next (bold) step – the European Court of Human Rights as a constitutional court on human rights in Europe”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 465.

em causa³⁰⁵. O direito de petição torna-se, assim, secundário relativamente ao propósito fundamental³⁰⁶.

Esta visão dicotómica do propósito do Tribunal tem também reflexo na forma como este decide exercer a sua função decisória: seguindo uma postura de “*activism*” ou de “*self-restraint*”. De acordo com uma posição de activismo judicial, dar-se-á primazia à perspectiva funcionalista dos direitos humanos: o TEDH assume a dianteira no elevar dos parâmetros de respeito pelos direitos humanos, relativizando, ou mesmo eliminando, as referências ao princípio da subsidiariedade e margem de apreciação dos Estados. De acordo com uma posição de auto-contenção, dar-se-á primazia à perspectiva da dogmática do Direito Internacional: o Tribunal cinge-se à posição de órgão de uma organização internacional e limita-se a estabelecer padrões mínimos para os Estados cumprirem³⁰⁷.

A primeira questão que se coloca a respeito desta discussão diz respeito ao significado do termo “*constitucionalização*”. Com efeito, a noção de justiça constitucional pode ter várias acepções consoante o ordenamento jurídico. Desde logo, numa perspectiva formal, não se pode afirmar que o TEDH é um verdadeiro tribunal constitucional nem a Convenção constitui o que tradicionalmente se identifica como um texto constitucional³⁰⁸.

A favor do carácter constitucional do sistema refere-se, primacialmente, que o escopo e natureza dos direitos consagrados na Convenção correspondem a matérias que, no plano interno, são tipicamente tratadas nos textos constitucionais. Mas esta acepção

³⁰⁵ Cf. Luzius WILDHABER, “A Constitutional Future...”, *op. cit.*, p. 162

³⁰⁶ Nesse sentido também, Robert HARMSSEN, “The European Court of Human Rights as a ‘constitutional’ court: Definitional Debates and the Dynamics of Reform”, in AAVV, *Judges, transition, and Human Rights*, Oxford University Press, 2007, p. 35, 36.

³⁰⁷ *Vide*, Luzius WILDHABER, “Rethinking the European Court of Human Rights...”, *op. cit.*, p. 212. *Vide*, relativamente à necessidade de o Tribunal exercer alguma contenção, Gertrude LUEBBE-WOLF, “Who has the last word? National and Transnational Courts – Conflict and Cooperation”, in *Yearbook of European Law*, Vol. 30, n.º 1, Oxford University Press, 2011, p. 95.

³⁰⁸ Neste sentido, Thorbjorn JAGLAND refere que “*The Convention is not intended to be a “European constitution” and it is difficult to see how the Court could become like any existing national constitutional court*” – Contribuição do Secretário-Geral do Conselho da Europa Thorbjorn Jagland para a Preparação para a Conferência ministerial de Interlaken sobre o futuro do TEDH, 18 Dezembro 2009, p. 45.

Efectivamente, um dos critérios mormente utilizado para classificar um tribunal como constitucional é o poder e autoridade para declarar leis ordinárias inconstitucionais e revogá-las. Neste sentido, não se pode dizer que o TEDH tenha este poder ainda que, como vimos, por vezes se arrogue essa competência de forma indirecta.

De outro lado, embora a Convenção constitua um documento escrito, estável, não facilmente modificável, e donde se retira uma ideologia, a Convenção não se insere no quadro clássico de norma constitucional já que, ao nível nacional, o texto constitucional estabelece também o sistema político e cobre os vários aspectos essenciais à organização do poder político. Por outro lado, a posição hierárquica da Convenção nos ordenamentos jurídicos internos não é necessariamente superior. – *Vide*, neste sentido, Wojciech SADURSKI, “Partnering with Strasbourg...”, *op. cit.*, pp. 447 e 448.

decorre principalmente da forma como o Tribunal tem perspectivado a Convenção e vem interpretando os direitos aí consagrados, elevando-a a “*instrumento constitucional de ordem pública europeia*”³⁰⁹.

No entanto, a *superioridade* da Convenção face às constituições internas, bem como a legitimidade do TEDH para agir como um tribunal constitucional *superior*³¹⁰ são aspectos que permanecem controversos. Na verdade, a força jurídica da Convenção nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Parte varia de acordo com os sistemas de recepção de direito internacional dos vários Estados, sendo que, na maioria deles, tem valor infraconstitucional³¹¹ — o que, todavia, e conforme vimos, é desconsiderado pelo TEDH (*vide* 2.2.2. *supra*).

No sentido da “*constitucionalização*” do TEDH são referidas as consequências de várias das medidas implementadas pelas reformas, a saber: (i) a restrição do direito de acesso ao Tribunal³¹²; (ii) a categorização de casos de acordo com a sua importância³¹³; (iii) a progressiva desjudicialização das decisões de inadmissibilidade³¹⁴ e análise perfunctória de casos repetitivos³¹⁵; (iv) a apreciação conjunta de casos repetitivos³¹⁶; (v) a indicação de medidas de carácter individual ou mesmo genérico para reparar uma

³⁰⁹ Por exemplo, Decisão sobre as objecções preliminares no caso *Loizidou c. Turquia*, 23.03.1995, par. 75; *Ac. Bosphorus c. Irlanda* (TP), 30.06.2005, par. 156; *Ac. Al-Skeini e outros c. Reino Unido* (TP), 7.07.2011, par. 141 *Vide* também a Declaração de Voto dos juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV, *Ac. Baka c. Hungria* (TP), 23.06.2016, pars. 23 e 25; também Declaração de Voto juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, *Ac. Borg c. Malta* (4.ª Secção), 12.01.2016, pars. 9 e ss.

Vide ainda, Luzius WILDHABER, “Rule of law: “Constitutional Court” or...”, *op. cit.*, p. 94.

³¹⁰ Nesse sentido, Catarina SANTOS BOTELHO refere, citando Elodie Saillant, que “*importa não confundir o «transconstitucionalismo» ou o «desenvolvimento de um património constitucional comum a toda a Europa», com uma «pseudo-ambição constitucional» do Tribunal de Estrasburgo*”. — Cf. “O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um “Triângulo das Bermudas”? — A Complexa Interação Multinível entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. III, Almedina, 2013, p. 145.

³¹¹ *Vide*, para informação detalhada, Cristoph GRABENWARTER, “The Cooperation of Constitutional Courts in Europe...”, *op. cit.*.

Note-se, no entanto, que este aspecto tem sido abertamente desconsiderado pelo Tribunal. Veja-se, neste sentido, a Declaração de Voto dos juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV, *Ac. Baka c. Hungria* (GC), 23.06.2016, pars. 17 e ss.

³¹² Através da introdução do novo critério de admissibilidade do “prejuízo significativo”, cuja cláusula de salvaguarda vai ser eliminada com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15; as regras do artigo 47.º do Regulamento e a sua interpretação restritiva pelos juristas do Tribunal; a redução do prazo para apresentar queixa para quatro meses, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15.

³¹³ Nos termos do artigo 41.º do Regulamento e conforme estabelecido pelo próprio Tribunal.

³¹⁴ Através do procedimento perante o Juiz Singular.

³¹⁵ Através do procedimento sumário perante os Comités de apreciação dos casos *WECL*, que tem sido expandido para progressivamente abranger também casos bem fundadas e até casos qualificados como prioritários. O procedimento tem também sido desenvolvido para incluir um sistema informático de identificação dos casos repetitivos. Igualmente, o carácter auto-referencial da jurisprudência.

³¹⁶ Desde logo, os acórdãos-piloto, que são igualmente um exemplo do ponto seguinte. Também a prática não positivada de agrupar casos com um “*background*” semelhante.

violação e prevenir a sua ocorrência futura³¹⁷; (vi) a apreciação de normas legais e até constitucionais³¹⁸ e, por fim, (vii) a competência consultiva do TEDH no que concerne à interpretação da Convenção³¹⁹. Indica-se também, a este propósito, a autoridade dos acórdãos do TEDH no sentido de o entendimento adoptado pelo Tribunal numa decisão aproveitar e dever ser acatado por todos os Estados Parte (efeitos *erga omnes*).

A subsidiariedade da intervenção do TEDH, conforme já vimos, é dinâmica, ora expandindo, ora encolhendo a sua competência. Atendendo às medidas e orientações jurisprudencias descritas, parece que o princípio da subsidiariedade funciona como um harmónio, afunilando na base (restrições no acesso ao Tribunal) e expandindo na parte superior (alargamento das competências no que concerne à apreciação de fundo), sustentando, desta forma, este carácter “*constitucional*”.

À luz deste “*estado de coisas*”, vários autores defendem que a constitucionalização do Tribunal é um debate do passado pois este encontra-se já plenamente “*constitucionalizado*”³²⁰. Nesse sentido, a discussão deveria centrar-se agora na definição dos limites e fronteiras das competências do Tribunal e na articulação destas com os tribunais nacionais.

Adoptando uma posição próxima, alguns autores relativizam este debate argumentado que, na prática e de há uns anos a esta parte, os aspectos de justiça constitucional referidos têm coexistido com a vocação ancorada no texto da Convenção, segundo a qual o Tribunal que decide casos concretos e realiza justiça efectiva³²¹. O que, todavia, poderá a estar a ser conseguido à custa da restrição ao direito de petição.

Relativamente à opção pela constitucionalização em si, esta não tem encontrado apoio no Oeste do continente onde a “*superioridade*” que o TEDH se vem arrogando encontra muitas resistências. Ao invés, os Estados de Leste que aderiram mais

³¹⁷ As indicações de artigo 46.º nas decisões do TEDH às quais tem sido conferida uma força injuntiva.

³¹⁸ Na jurisprudência do TEDH, através da figura das vítimas potenciais e do entendimento do TEDH segundo o qual mesmo as normas constitucionais estão sujeitas ao seu escrutínio da conformidade com a Convenção, independentemente da posição hierárquica da Convenção na ordem jurídica interna.

³¹⁹ Prevista no Protocolo n.º 16. Neste sentido, CABRAL BARRETO refere que “*embora os pareceres não sejam vinculativos, é de presumir que as instâncias nacionais deverão seguir a solução avançada no Parecer*” e que, assim, “*o Tribunal pode tornar-se uma espécie de Tribunal constitucional europeu, uniformizando a jurisprudência europeia nestas matérias*” — *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 535.

³²⁰ Neste sentido, Mart SUSI refere-se à “*competência constitucional implícita*” do TEDH. — “*Implied Constitutional Competence...*”, *op. cit.*, p. 363. A este propósito, Wojciech SADURSKI refere que “*(...) the question before us is not whether the ECtHR is constitutional one hundred percent. The question is, rather, whether it is more constitutional now than before (...)* seems to show that the ECtHR has become more constitutional — indeed, much more — than before.” — “*Partnering with Strasbourg...*”, *op. cit.*, p. 449

³²¹ Vide Frank SCHUERMAN, Comentário no painel “*Rule of law...*”, *op. cit.*, p. 102 e ss.; R. GLAS, “*Changes in the Procedural Practice...*”, *op. cit.*, pp. 690 e ss.

recentemente à Convenção e ao Conselho da Europa, adoptam uma postura mais “*euro-friendly*” relativamente ao TEDH³²².

A nosso ver, a ideia de constitucionalização conforme tem vindo a ser apresentada, encerra vários perigos, desde logo, o fim do amparo internacional, o que, no caso português, pode acarretar consequências significativas (*vide* 4.3. *infra*). De outro lado, subjaz, à referência a violações mais graves ou que suscitam questões sérias de direitos humanos a que o Tribunal estará vocacionado para dar resposta, uma graduação dos direitos previstos na CEDH aos quais é conferido um tratamento diferenciado, relegando para segundo plano um determinado tipo de queixas e requerentes que, para todos os efeitos, são também protegidos pela Convenção.

Em crítica à forma como tem sido levado a cabo este debate, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ indica que o mesmo está inquinado essencialmente por estar afastado do substrato do Tribunal, ou seja, dos Estados Parte³²³. Com efeito, esta “*semântica constitucional*” vem de dentro do Tribunal, sendo praticamente inaudível ao nível dos Estados, o que, pelo menos quanto à realidade portuguesa, podemos confirmar. A Autora refere ainda que este “*paradigma constitucionalista*” é dissonante da natureza do direito convencional que, em última análise, se sustenta no direito nacional dos Estados Parte³²⁴.

Em conformidade com esta crítica, o eixo da discussão deve ser reconsiderado e incluir os Estados Parte, os quais, aliás, terão sempre a última palavra quanto a esta opção de reformar. Tal torna-se ainda mais premente no contexto político europeu actual em que se verifica um contra-movimento de proliferação de dissensos e críticas à actuação do Tribunal.

Neste contexto, tem-se pugnado mais recentemente por uma terceira via. Conforme refere CABRAL BARRETO, para que o direito de petição individual possa permanecer intocado, “*o carácter subsidiário do mecanismo de controlo da Convenção deve ser aprofundado em todas as direcções*”³²⁵. Ora, esse reforço não pode abranger apenas aspectos formais do acesso ao Tribunal ou o modo de funcionamento e decisão do TEDH como tem vindo a acontecer. Ao invés, deverá ser perspectivado desde um

³²² *Vide*, sobre este fenómeno, Wojciech SADURSKI, “Partnering with Strasbourg...”, *op. cit.*, pp. 432 e ss.

³²³ Cf. “Constitutional v International? When unified reformatory rationales mismatch the plural paths of Legitimacy of ECHR Law”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, p. 145.

³²⁴ Cf. *Idem, Ibidem*, p. 162

³²⁵ “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos...”, *op. cit.*, p. 419 e ss.

ponto de vista de *primariedade* dos Estados³²⁶, para que a actuação do TEDH possa efectivamente servir como um último reduto.

Alguns autores referem-se, neste contexto, a uma terceira alternativa ao binómio *supra* identificado, e que reside, então, na manutenção do sistema assente na justiça individual, conferindo-se, embora, uma maior intensidade à responsabilidade dos Estados Parte³²⁷. Esta primariedade dos Estados depende, contudo, de haver um significativo respeito, por parte do Tribunal, pelas soluções encontradas no plano interno³²⁸. Ora, conforme analisámos, o Tribunal adopta, por vezes, um certo freio na apreciação dos casos, focando-se no modo de decisão ao nível interno, e não tanto nas soluções adoptadas (a “*margem de apreciação qualificada*” que referimos). Contudo, esta deferência do Tribunal aos Estados Parte não se verifica de igual forma para todos os Estados, sendo identificável, por vezes, um “*double standard*”³²⁹.

Como vimos acima, esta foi já a preocupação principal em Bruxelas, insistindo-se na co-responsabilização dos Estados na implementação doméstica da Convenção e, assim, em garantir a eficiência e sustentabilidade do sistema. O Protocolo n.º 16 poderá ser um importante contributo neste sentido. Embora seja inerente à competência consultiva do TEDH o reconhecimento da sua autoridade na interpretação da Convenção (e, assim, superioridade material), são os tribunais dos Estados Parte que suscitam o exercício dessa competência no âmbito da realização da sua tarefa *primária* de defesa dos direitos fundamentais no plano interno.

Esta inflexão no espírito das reformas no sentido de responsabilizar mais os Estados Parte não anula, contudo, o ensejo do Tribunal se afirmar como um tribunal constitucional à escala europeia. Esta questão de fundo tem permanecido, até agora, num plano secundário, enquanto o Tribunal procurava respostas concretas para os problemas práticos que o assolavam (e assolam). Esta questão poderá colocar-se agora com maior acuidade, motivando uma discussão participada que permita traçar um rumo

³²⁶ Vide, sobre este princípio da primariedade dos Estados, Jonas CHRISTOFFERSEN, “Individual and Constitutional Justice: Can the power balance of adjudication be reversed?”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011.

³²⁷ Vide, Katia LUCAS, “Regard sur le processus de révision...”, *op. cit.*, pp. 69 e ss.

³²⁸ Vide, a este respeito, Andreas PAULUS sobre a “*cultura de mútuo respeito*” – “From Implementation to Translation...”, *op. cit.*, pp. 282 e 283; e Birgit PETERS sobre o “entendimento cooperativo da subsidiariedade” – “Germany’s Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the *Bundersverfassungsgericht*’s Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, in *German Law Journal*, Vol. 13, n.º 6, GLJ, 2012, pp. 771 e 772.

³²⁹ Sobre esta questão, vide, Voto Vencido do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Hutchinson c. Reino Unido (TP), 17.01.2017, pars. 35 e ss., em particular, par. 38.

definido para o sistema da Convenção em função do papel que o Tribunal se propõe desempenhar dentro dos limites acordados pelos Estados.

2.3.3 *Perspectivas de futuro*

Independentemente da discussão sobre a natureza e papel do Tribunal, é certo que o Tribunal é hoje uma realidade diferente daquela que foi concebida pelos Estados Parte e materializada no Protocolo n.º 11.

Conforme se conclui do exposto, a reforma do Tribunal é, na prática, uma realidade constante no seio do mesmo, não devendo assumir-se que se ficou pelos Protocolos n.º 15 e 16. Efectivamente, esta “*reforma da reforma da reforma*”, ainda não entrou em vigor e já é tida como frágil e incapaz de dar uma resposta eficaz³³⁰.

Conforme se deixou expresso na Declaração Final da Conferência de Brighton, urge reflectir sobre o futuro a longo-prazo da Convenção, não apenas numa lógica utilitarista, de produtividade do Tribunal, mas de fundo, tocando no cerne do papel que deverá desempenhar no Direito Europeu dos Direitos Humanos³³¹.

A conciliação da manutenção do direito de petição individual como cerne do sistema com um aumento da capacidade do Tribunal para responder às violações mais sérias de forma rápida e eficaz poderá implicar uma alteração estrutural na configuração do direito de petição individual.

Acima referimos a forma como a distinção operada entre os direitos protegidos pela Convenção pode deixar desprotegidos alguns requerentes. Neste âmbito, a assumpção, pelos Estados Parte, da sua quota-parte de responsabilidade na protecção dos direitos e liberdades previstos na Convenção é da maior relevância sob pena de se criar um espaço de “*no man’s land*”, retirando-se o Tribunal de uma área que vinha a garantir, sem que os Estados a ocupem. É face a esta realidade de futuro que se impõe reflectir seriamente sobre os sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais e

³³⁰ Neste sentido, o então Presidente do Tribunal, Dean SPIELMANN, na Conferência de Bruxelas: “*En tout état de cause, si la mise en œuvre du Plan d’action a débouché sur un incontestable succès, ce succès reste fragile. La Cour pourra adopter les méthodes les plus efficaces et les plus sophistiquées. (...) Il n’empêche : la capacité de la Cour à faire face au contentieux qui lui est soumis n’est pas assurée dans la durée. Il suffit d’une crise en Europe, à l’instar de celle que nous connaissons en Ukraine depuis plus d’un an, pour que les répercussions qui en découlent sur l’activité de la Cour soient considérables.*”, pp. 2 e 3.

³³¹ Cf. Declaração Final da Conferência de Brighton, par. 30 e 31.

na sua articulação com o TEDH, antecipando, desde já, os desafios que a mesma suscitará no futuro³³².

De outro lado, o Tribunal continua a enfrentar problemas sérios relativamente às queixas que recebe e que estão pendentes. Efectivamente, com as várias reformas logrou-se eliminar o *backlog* de casos inadmissíveis e reduzir substancialmente a pendência de casos repetitivos (ou seja, os casos “*fáceis*”³³³). No entanto, os casos não inadmissíveis e não repetitivos, portanto, aqueles casos em que o Tribunal se pretende concentrar, continuam a não ser resolvidos em prazo razoável.

Em Bruxelas estabeleceu-se como objectivo a reflexão sobre e adopção de mecanismos que permitam absorver *todo o backlog* registado no Tribunal³³⁴, o que, com os recursos de que dispõe, constitui um desafio considerável³³⁵.

Perante estas evidências, o futuro do Tribunal deverá passar por um reforço significativo do seu orçamento e do seu quadro de pessoal.

De outro lado, se é verdade que as reformas que foram formalmente adoptadas, mais ou menos contestadas, tiveram o assentimento dos Estados Parte, tal já não será o caso das competências que o Tribunal se tem progressivamente arrogado, o que constitui o principal foco de tensões com os Estados Parte. Alguns Estados Parte, de que é exemplo paradigmático o Reino Unido³³⁶, não se coíbem de criticar aberta e acerrimamente esta expansão material do Tribunal³³⁷.

A acrescer, o actual contexto político europeu poderá criar significativos desafios para o Tribunal, a saber: um possível “*Brexit*” da Convenção, as consequências da invasão da Crimeia pela Rússia (que, aliás, motivou várias queixas interestaduais), a

³³² Vide, neste sentido, Jonas CHRISTOFFERSEN, “Individual and Constitutional Justice...”, *op. cit.*, pg. 202.

³³³ Geir ULFSTEIN, “Rule of law: “Constitutional Court” or...”, *op. cit.*, p. 98.

³³⁴ Cf. Declaração Final da Conferência de Bruxelas, p. 9.

³³⁵ Vide, sobre as projecções para eliminar toda a pendência de casos, Erik FRIBERGH e Roderick LIDELL, “From Protocol n.º 11 to 2025...”, *op. cit.*, pp. 506 e 507.

³³⁶ Vide, por o elucidativo exemplo dos acórdãos respeitantes aos direitos dos reclusos (*vide* Ac. Hirst (n.º 2) (TP), 6.10.2005, Vinter e outros (TP), 9.07.2013, e Hutchinson (TP), 17.01.2017, para mencionar apenas alguns).

³³⁷ Também a Itália e a Rússia têm recentemente sido particularmente críticos da actividade do Tribunal. Em 2015, o tribunal constitucional italiano proferiu um acórdão (n.º 49/2015, de 26 Março 2015) no qual afirmava que os acórdãos do TEDH só serão vinculativos se constituírem jurisprudência constante do Tribunal, nomeadamente, quando proferidos pelo Tribunal Pleno. No mesmo ano, em 14 de Julho, o tribunal constitucional russo veio considerar que os acórdãos do TEDH só serão vinculativos na medida em que não sejam contrários à constituição russa, conforme interpretada pelo tribunal constitucional, tendo, em conformidade com esse entendimento, proibido o governo russo de executar um acórdão do TEDH. Foi posteriormente aprovada uma lei a positivizar este entendimento do tribunal constitucional que inclusivamente já foi invocada para não executar acórdãos do Tribunal (*v.* Ac. Anchugov e Gladkov (1.ª Secção), 4.07.2013, e Ac. Yukos c. Rússia (1.ª Secção), 31.07.2014).

instabilidade política vivida na Turquia e um pouco por todo o continente com o recrudescimento dos movimentos de extrema direita, e, principalmente, a crise dos refugiados que continua (e continuará) a assolar a Europa.

Refira-se também que o Tribunal tem sido severamente criticado desde o seu interior, pelos próprios juízes. Estas críticas incidem maioritariamente sobre a adopção de “*double standards*”³³⁸, bem como sobre a indefinição do seu papel.

Ora, é no contexto de todas estas transformações que estão a ocorrer no seio do TEDH que a questão da articulação do sistema português de protecção de direitos fundamentais com o sistema da Convenção se torna ainda mais premente. Com efeito, conforme veremos, a articulação entre estes dois sistemas revela evidente necessidade de optimização.

Assim, não estando a ser utilizadas as potencialidades do sistema num grau que possa considerar-se eficiente, esta realidade será ainda afectada por (i) todas as reformas levadas a cabo no seio do TEDH que, como vimos, dificultam cada vez mais o acesso por parte dos particulares ao sistema da Convenção, como (ii) pelo alargamento de competências do Tribunal através da sua jurisprudência e que impactam, em particular, a relação deste com os tribunais constitucionais (ou tribunais superiores que tenham a tarefa de assegurar o respeito pela constituição nacional).

Em face do exposto, passaremos de seguida a analisar, de forma breve, o sistema português de protecção de direitos fundamentais para podermos retirar as devidas ilações no que concerne à articulação entre os dois sistemas.

³³⁸ Vide Nota de Rodapé 329 *supra*.

3. A ARTICULAÇÃO DO SISTEMA PORTUGUÊS DE PROTECÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O SISTEMA DA CEDH

3.1 A realidade portuguesa em Estrasburgo

Retomando uma das principais motivações da presente dissertação, cabe agora apresentar a realidade portuguesa em Estrasburgo.

Como vimos, no início dos anos 2000, o número de queixas pendentes no TEDH atingia números alarmantes, o que justificou o esforço constante de reforma acima descrito. O contencioso português em Estrasburgo, contudo, pouco contribuía para este cenário. Com efeito, até então, Portugal não tinha uma “*posição contenciosa pesada, nem em termos quantitativos e menos qualitativos*”³³⁹. O que quer dizer que, não só eram apresentadas poucas queixas, como as que eram apresentadas não atingiam uma gravidade significativa nem faziam transparecer um problema estrutural do sistema. Aliás, as queixas apresentadas diziam respeito, na sua maioria, aos mesmos assuntos: atrasos na justiça e processo equitativo (artigo 6.º) e restrição ao direito de propriedade em resultado de expropriações (artigo 1.º, Protocolo n.º 1). Nesta altura começaram também a chegar ao TEDH os casos de violação do direito à liberdade de expressão (artigo 10.º).

É o que resulta dos dados disponíveis: em 2002 foram apresentadas 245 queixas contra Portugal (o que representava menos de 1% da totalidade das queixas apresentadas no TEDH nesse ano), das quais apenas 27 foram comunicadas ao Governo. Foram proferidas 33 decisões: 18 foram resolvidas por acordo e 14 resultaram numa condenação do Estado Português — 12 delas por violação do direito a decisão em prazo razoável. No final desse ano, estavam pendentes 56 processos, 38 dos quais respeitavam ao artigo 6.º³⁴⁰.

Já no início dos anos 2000 se havia diagnosticado que a esta posição periférica do Estado Português no âmbito do contencioso do Tribunal de Estrasburgo se devia, em grande parte, à fraca implementação da Convenção no plano interno o que era explicado pela ausência de esforços envidados com a divulgação da jurisprudência do Tribunal. Conforme elucida João RAMOS DE SOUSA, “*os resultados dessa inércia colectiva do Estado, das universidades e dos juristas portugueses estão bem à vista: o*

³³⁹ António HENRIQUES GASPAR, “Protecção Internacional dos Direitos Humanos...”, *op. cit.*, p. 46.

³⁴⁰ Cf. João Manuel da SILVA MIGUEL, “A Justiça Portuguesa no exame do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e informação Jurídica, C.R.L., 2004, pp. 33 e ss. O Autor procede também à análise comparativa dos números de 1999 a 2003, donde conclui que o contencioso português vinha a aumentar.

desconhecimento generalizado da Convenção e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, quer pelos nossos tribunais superiores — que deveriam ser os primeiros a conhecê-la e a aplicá-la —, quer pelos advogados e cidadãos em geral.”³⁴¹.

Vejam, então, qual é a realidade actual³⁴². De acordo com estatísticas oficiais, de 2014 a 2016 registou-se uma diminuição no número de queixas contra Portugal alocadas a uma formação judicial³⁴³. Em 2014 foram alocadas 252 queixas a uma formação judicial, 233 em 2015, e 155 em 2016. Neste período registou-se também uma diminuição significativa no número de queixas comunicada ao Governo, de 91 em 2014 e 2015, para apenas 14 em 2016.

O número de casos decididos, contudo, aumentou consideravelmente de 2015 (189) para 2016 (302). No entanto, a esmagadora maioria destas decisões foi de rejeição (269)³⁴⁴. O número de queixas relativamente às quais foi proferida decisão de mérito foi de 22 em 2014, 20 em 2015, e 33 em 2016. Da apreciação destas 33 queixas resultaram 19 decisões, 17 das quais em que se considerou haver violação relativas a processo equitativo (7), “demora” (8), não execução (1), respeito pela vida privada e familiar (4), liberdade de expressão (3) e direito a recurso efectivo (5). Foram ainda resolvidos 5 casos por declaração unilateral do Estado e 36 por acordo.

A 1 de Janeiro de 2017, estavam pendentes 214 queixas, 178 pendentes perante uma formação judicial, a maioria delas perante Secção (109). Estavam ainda pendentes perante o Tribunal Pleno 6 queixas, número que é muito expressivo considerando a realidade portuguesa no contexto do TEDH.

Para se compreender o peso do contencioso português em termos relativos impõe-se ainda fazer uma análise comparativa.

³⁴¹ “Apresentação: ainda...”, *op. cit.*, p. 7. O Autor refere ainda que os portugueses só ouviam falar da Convenção aquando da prolação de acórdãos condenatórios do Estado Português e que se verificava uma dificuldade generalizada na distinção entre o Conselho da Europa e o Conselho Europeu na comunidade jurídica — o que, cabe dizer, se mantém até hoje.

Vide, no mesmo sentido, Cecília MACDOWELL SANTOS *et al.*, “Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: Reflexões sobre a literatura jurídica”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 117, Ano 30, Jan-Mar, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2009, p. 138.

³⁴² Reportar-nos-emos, neste ponto às estatísticas oficiais disponibilizadas pelo Tribunal no *site*, através dos seguintes *links*: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Portugal_ENG.pdf, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf, e http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_ENG.pdf.

³⁴³ Para esta diminuição terá contribuído a aplicação das medidas implementadas com as reformas e que restringiram o acesso ao Tribunal, das quais se destaca o artigo 47.º do Regulamento que é responsável pela rejeição liminar de um número considerável de queixas.

³⁴⁴ Recordamos ainda que, devido à prática do TEDH de não comunicar aos requerentes a fundamentação subjacente à rejeição de uma queixa por Juiz Singular — *supra* referida na Nota de Rodapé 143 — não é possível aferir das razões subjacentes à declaração de inadmissibilidade das queixas apreciadas por esta formação.

De acordo com as estatísticas gerais, Portugal insere-se no grupo de países que não representa um elevado contencioso tanto em termos de queixas apresentadas como decididas. No caso português, a percentagem de queixas alocadas por 10 mil habitantes foi de 0,24 em 2014, 0,22 em 2015, e 0,15 em 2016. A média dos países do Conselho da Europa em 2016 foi de 0,64, registando-se uma rácio inferior à portuguesa em apenas 6 países, alguns dos quais considerados como “*porta-estandarte*” da democracia europeia (Dinamarca, França, Alemanha, Irlanda, Espanha, Suécia e Reino Unido).

Ora, esta rácio de *per si* não é um indício suficiente das garantias oferecidas por um sistema doméstico de direitos fundamentais pois nada nos diz sobre o conteúdo destas queixas ou a quantidade de vezes em que uma queixa deu azo a uma decisão de condenação. Vejamos, então, tomando este grupo de países, o número de casos em que estes Estados foram condenados em 2016 — Dinamarca: 3 decisões, 1 condenação; França: 23 decisões, 14 condenações; Alemanha: 18 decisões, 4 condenações; Irlanda, nenhuma decisão; Espanha: 16 decisões, 12 condenações; Suécia: 5 decisões, 4 condenações; Reino Unido: 14 decisões, 7 condenações. Como vimos, o TEDH proferiu 19 decisões contra Portugal, 17 das quais de condenação.

Resulta do exposto que, não obstante o número de queixas apresentadas contra Portugal alocadas a uma formação judicial seja reduzido e em linha com os Estados referidos, sobressai, no entanto, em comparação com estes países, um número mais expressivo de condenações (quer em termos absolutos, quer em proporção com o número de decisões proferidas)³⁴⁵.

Quanto à natureza do contencioso português em Estrasburgo, conforme indica CABRAL BARRETO, até muito recentemente, Portugal nunca havia sido condenado por violação dos artigos 2.º, 3.º e 5.º³⁴⁶, preceitos que eram, aliás, raramente invocados nas queixas apresentadas contra o Estado Português. Note-se que os casos relativos a violação destes artigos são considerados, de acordo com a categorização do TEDH *supra* referida, como casos de categoria III (a seguir aos urgentes e aos que suscitam um problema sistémico ou uma questão de interesse geral).

³⁴⁵ Ireneu CABRAL BARRETO chamou a atenção para esta situação em 2011 referindo-se à baixa percentagem de queixas apresentadas contra Portugal. Apenas a Dinamarca, a Espanha, e a Irlanda registavam números inferiores que seriam, porém, explicados pelas “*boas razões*”. — Cf. Entrevista no Boletim da Ordem dos Advogados, *op. cit.*, p. 26.

³⁴⁶ Cf. *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 60. Alertamos, no entanto, para o facto de esta afirmação poder estar desactualizada. Com efeito, existe, pelo menos, um exemplo de condenação do Estado Português por violação do artigo 5.º, n.º 4, que remonta a 2002 (Ac. Magalhães Pereira c. Portugal (4.ª Secção), 26.02.2002).

Neste domínio, a evolução face à realidade registada em 2002 é significativa. Note-se que o Estado Português foi recentemente condenado por violação do artigo 2.º em virtude do incumprimento dos deveres de cuidado por parte de um hospital público que tinha a seu cuidado um doente psiquiátrico³⁴⁷, e encontra-se pendente perante o Tribunal Pleno um caso de negligência médica³⁴⁸. Relativamente ao artigo 3.º, foram recentemente comunicados ao Governo cinco casos relativos a condições de detenção³⁴⁹. Quanto ao artigo 5.º, o Estado Português foi condenado em 2015 por manutenção e renovação de medida de prisão preventiva por tempo excessivo sem que fosse apresentada justificação suficiente³⁵⁰ e, muito recentemente, pela demora na apreciação do recurso de medida de aplicação de prisão preventiva³⁵¹. Decerto haverá outros exemplos dignos de menção, contudo referimos aqui apenas alguns a título elucidativo.

Embora esta análise seja necessariamente parcelar, do que acabámos de expor ressaltam as seguintes tendências: o panorama português em termos quantitativos não se alterou significativamente desde o início dos anos 2000, facto para o qual poderão ter contribuído as reformas entretanto implementadas no Tribunal. Em contrapartida, registou-se uma alteração significativa no tipo de queixas apresentadas em Estrasburgo. Se, até muito recentemente, a grande maioria das queixas eram qualificadas como repetitivas ou não suscitavam, materialmente, questões novas ou problemas de relevo, as questões suscitadas em algumas das queixas recentemente decididas ou, neste momento, pendentes contra Portugal assumem já um relevo significativo de acordo com os parâmetros do Tribunal. Esta alteração poderá ser explicada, em parte, pelos esforços de divulgação empreendidos pelo juiz português em Estrasburgo, Paulo Pinto de Albuquerque, através de conferências e formações dirigidas a advogados, magistrados e outros profissionais do foro.

Não obstante o descrito, o contencioso português, em termos relativos, continua a revelar uma posição periférica.

Face a esta realidade, poderíamos ser tentados a concluir que o facto de haver poucas queixas apresentadas contra o Estado Português se deve à eficácia do nosso

³⁴⁷ Ac. Fernandes de Oliveira c. Portugal (4.ª Secção), 28.03.2017 (ainda não transitado).

³⁴⁸ Na sequência do recurso do Governo do Ac. Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal (4.ª Secção), 15.12.2015.

³⁴⁹ Casos Bokor e outro c. Portugal (4.ª Secção), comunicados ao Estado Português em 12.04.2016, e Butuc e (2) outros c. Portugal (4.ª Secção), comunicado em 5.10.2016.

³⁵⁰ Ac. Qing c. Portugal (1.ª Secção), 5.11.2015.

³⁵¹ Ac. Martins O'Neill Pedrosa c. Portugal (4.ª Secção), 14.02.2017.

sistema de protecção de direitos fundamentais que dispensa o recurso ao Tribunal de Estrasburgo.

Efectivamente, como já analisámos, quanto melhor funcionar o sistema doméstico de protecção dos direitos da Convenção, menos se justificará uma intervenção do Tribunal. No entanto, como João Manuel da SILVA MIGUEL pertinentemente chama a atenção, “*sendo o grau de conhecimento da Convenção e dos direitos por si conferidos de geometria variável quanto a cada País, havendo situações de Estados com instituições a funcionar no contexto de fortes tensões internas, ver-se-á que nem sempre a inexistência de queixas pode significar um completo respeito pelos direitos humanos*” (realçado nosso)³⁵².

Justifica-se, assim, fazer neste momento uma incursão pelo sistema português de direitos fundamentais — salvaguardando-se sempre a natureza necessariamente perfunctória desta análise devido ao escopo deste trabalho e à vastidão do tema —, para aferir da sustentação desta conclusão preliminar.

3.2 O Sistema Português de Protecção de Direitos Fundamentais

Começamos por fazer uma observação prévia. Até agora referimo-nos a *direitos humanos*, sendo essa a terminologia adoptada pelo Direito Internacional e pela CEDH (na tradução oficial, *direitos do Homem*). A Constituição da República Portuguesa (“Constituição” ou “CRP”), no entanto, refere-se a *direitos fundamentais*. Embora coloquialmente as expressões sejam utilizadas de forma indiferenciada, enquanto termos jurídicos têm um alcance distinto³⁵³. Muito sumariamente diga-se que o termo *direitos humanos* traduz um catálogo de direitos que decorrem da própria natureza do Homem enquanto Homem, o que lhes confere uma dimensão universal e intemporal e independente de consagração pelo Direito³⁵⁴. Já os direitos fundamentais correspondem

³⁵² “A Justiça Portuguesa no exame...”, *op. cit.*, p. 38.

³⁵³ Vide, sobre esta distinção, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição (Reimpressão), Almedina, 2003, pp. 393; José de MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª Edição revista e actualizada, Princípia, 2011, pp. 35 e ss. Jorge MIRANDA, na 5.ª reedição do seu manual, deixou de tratar esta questão como um ponto autónomo, como havia feito nos manuais anteriores, tecendo apenas breves considerações a este propósito no contexto da distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. — Cf. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 14 a 16.

³⁵⁴ Para uma reflexão sobre a natureza variável dos direitos humanos e a evolução da mesma, vide José de MELO ALEXANDRINO, “A Natureza Variável dos Direitos Humanos: Uma Perspectiva da Dogmática Jurídica”, in AAVV, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Almedina, 2016, pp. 63-85. Conforme refere o Autor, “*direitos humanos*” engloba várias acepções distintas de direitos, desde logo, e para o aqui mais nos interessa reter, “*direitos individuais resultantes do processo de positivação ao nível interno*” e “*direitos humanos reconhecidos pelas normas de Direito Internacional*”, direitos esses que são estudados

aos direitos constitucionalmente consagrados e juridicamente garantidos no ordenamento português. Estão, portanto, associados à organização política, económica, social e cultural do Estado e podem extravasar, em larga medida, o restrito grupo de direitos que decorrem do Direito Natural.

No Direito português referimo-nos, pois, primeiramente a direitos fundamentais.

A CRP consagra, nos artigos 24.º a 79.º, um elenco invulgarmente extenso de direitos e liberdades fundamentais, o que é explicado pelo circunstancialismo histórico que envolveu a sua elaboração, em particular, a recente emersão do Estado Português de um longo período de ditadura e o estado da dogmática dos direitos humanos e direitos fundamentais já alcançado em 1976. Esse catálogo foi, aliás, influenciado pela própria CEDH e consome, praticamente na íntegra, os direitos ali previstos³⁵⁵.

Este elenco é, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da CRP, aberto a outros direitos consagrados em instrumentos de Direito Internacional. Faz-se aqui apelo a um conceito *material* de direitos fundamentais através do qual são incorporados na Constituição *direitos fundamentais fora da Constituição*³⁵⁶. O número 2 deste artigo estabelece uma regra de interpretação e integração conforme à DUDH dos preceitos constitucionais referentes a direitos fundamentais³⁵⁷.

Nos termos da Constituição, os direitos fundamentais integram uma de duas categorias: *direitos, liberdades e garantias* (previstos no Título II da Parte I da CRP) e *direitos económicos, sociais e culturais* (previstos no Título III da Parte I da CRP). Os direitos, liberdades e garantias correspondem aos denominados, no Direito

por ramos distintos do Direitos: os primeiros, pelo Direito Constitucional; os segundos, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. — p. 78.

³⁵⁵ Vide, sobre esta sobreposição, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 33; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa: III Assembleia*, Benguela, 2 a 5 de Junho de 2014, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/cjcplp-arquivo.html>, pp. 11 e ss; AAVV, “The Portuguese Human Rights Constitutional Law”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *World Conference on Constitutional Justice — 1st Congress: A influência da justiça constitucional sobre a sociedade e sobre uma jurisprudência global dos direitos do Homem*, Cidade do Cabo, 22 a 24 de Janeiro de 2009, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/cmjc-arquivo.html>; AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Artur de FARIA MAURÍCIO, “Os Tribunais Constitucionais europeus: critérios da limitação de direitos humanos na aplicação da justiça constitucional”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *XIII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, que teve lugar em Nicosia em Maio de 2005, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020109.html>.

³⁵⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 365.

³⁵⁷ Vide, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 141; e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *op.cit.*, p. 367 e 368.

Internacional, por direitos civis e políticos. Note-se que os direitos consagrados na CEDH correspondem essencialmente à categoria interna de direitos, liberdades e garantias³⁵⁸.

É função primordial do Estado garantir os direitos e liberdades fundamentais (cf. artigo 9.º, al. b) da CRP). O ordenamento jurídico português prevê, a par do regime geral de protecção de direitos fundamentais, um regime específico de protecção de *direitos, liberdades e garantias*, por contraposição aos *direitos económicos, sociais e culturais*. No entanto, a doutrina tem sido cada vez mais crítica desta distinção de regime, propondo o seu esbatimento³⁵⁹.

3.2.1. Os meios de defesa dos direitos fundamentais

Em Estado de Direito democrático, todo o ordenamento jurídico deve estar ao serviço dos direitos fundamentais. A eficácia da tutela das posições jusfundamentais depende, não só dos mecanismos implementados para defender estes direitos, como da forma como os mesmos são utilizados e do tipo de tutela que efectivamente conferem, designadamente se garantem tanto a eficácia vertical como horizontal dos direitos e se permitem reagir contra qualquer acto do poder público restritivo dos seus direitos.

³⁵⁸ Vide Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 5.ª Edição revista e actualizada, Príncípa, 2012, p. 330; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 23 e 24; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 34; Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na 16.ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, Santiago de Compostela, 16 a 18 de Outubro de 2014, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/ctri-arquivo.html>, ponto 4.1.

Ana Maria GUERRA MARTINS faz ainda referência ao direito à protecção da propriedade e ao direito à instrução (consagrados nos artigos 1.º e 2.º do Protocolo n.º 1 à CEDH) como direitos económicos, sociais e culturais, referindo, contudo, que estes direitos são muitas vezes encarados como “*prolongamento dos direitos civis e políticos*”. — *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 252 e ss.

³⁵⁹ Vide, sobre o regime português de protecção de direitos fundamentais, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 415 e ss.; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, pp. 191 e ss.; José de MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 70 e ss.

Em especial, sobre a distinção entre o regime geral e o regime específico para direitos, liberdades e garantias, e em crítica ou propondo alternativas à mesma, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 171 e ss.; Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora/Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 373; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 1 e ss; Relatório Tribunal Constitucional “The Portuguese Human Rights Constitutional Law”, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

Vide, sobre a natureza dos direitos humanos sociais e a pretensa indivisibilidade dos direitos humanos, José de MELO ALEXANDRINO, “A Natureza Variável...”, *op. cit.*, pp. 80 e ss.; *Idem*, “A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 15-37.

Seguimos VIEIRA DE ANDRADE quando refere que a principal garantia dos direitos fundamentais “*resulta deles próprios, do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta*”³⁶⁰. O primeiro passo para uma protecção efectiva será, portanto, o *conhecimento* dos mesmos e sobre as formas de os proteger. Nas palavras de Jorge MIRANDA, “*só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos*”³⁶¹.

Os mecanismos de garantia das posições jusfundamentais dos cidadãos no ordenamento jurídico português³⁶² são de duas ordens: *jurisdicionais* ou *não jurisdicionais*.

A principal forma de protecção de direitos é aquela que resulta da acção dos Tribunais, pelo que é imperativa a consagração e efectivação do acesso ao direito, em termos amplos. O direito de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva é, em si, um direito fundamental consagrado na nossa Constituição no artigo 20.^o³⁶³.

No ordenamento jurídico português, a defesa dos direitos fundamentais incumbe a todos os tribunais (cf. artigo 202.^o, n.º 2, da CRP). O sistema português caracteriza-se ainda pela originalidade de delegar em todos os tribunais a tarefa de apreciação da constitucionalidade de normas ao impor a sua desaplicação quando desconformes à Constituição (cf. artigo 204.^o).

Na ordem jurídica portuguesa estão disponíveis meios de tutela jurisdicional (i) genéricos e (ii) específicos para a defesa de determinados direitos fundamentais.

Constituem *meios genéricos* de protecção de direitos: (i) a possibilidade de requerer o reconhecimento dos seus direitos, de impugnar contenciosamente actos

³⁶⁰ *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *op. cit.*, p. 313.

³⁶¹ *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, p. 352.

³⁶² Limitar-nos-emos, aqui, a enunciar apenas de forma perfunctória os principais mecanismos de defesa de direitos fundamentais seguindo uma sistematização que é, assumidamente, simplificada. *Vide*, em maior profundidade, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 352 e ss. (relativamente ao regime geral) e 444 e ss. (específico aos direitos, liberdades e garantias); VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, *op. cit.*, pp. 339 e ss. e 382 e ss.; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 491 e ss.; José de MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 88 e ss. Para uma apresentação mais sintética, *vide*, João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 27 e ss.; Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 3; Catarina SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo, ...”, *op. cit.*, pp. 128 e ss.

³⁶³ Ao direito de acesso ao direito, em termos amplos, estão acopladas garantias e princípios que são decorrência do mesmo. *Vide*, mais desenvolvidamente Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 356-360; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 491 e ss.

administrativos lesivos dos seus direitos, e de peticionar a condenação à prática do acto devido, bem como as respectivas medidas cautelares, e ainda a possibilidade de impugnar normas administrativas com eficácia externa lesivas de direitos fundamentais (trata-se do chamado princípio da plenitude da tutela administrativa, previsto no 268.º, n.ºs 4 e 5 da CRP, concretizado no elenco constante do artigo 2.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”)³⁶⁴); (ii) a possibilidade de suscitar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto, perante qualquer tribunal, que a pode desaplicar (artigo 204.º da CRP), bem como a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional (“TC”) da decisão do tribunal (artigo 280.º, n.º 1, al. b) da CRP); (iii) a possibilidade de demandar o Estado pelo exercício da função político-legislativa, administrativa ou judicial, através de uma acção de responsabilidade civil extracontratual (artigo 22.º da CRP e Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro³⁶⁵).

A susceptibilidade de as decisões de mérito dos tribunais serem revistas por uma instância superior constitui também uma garantia e uma forma de controlar o exercício do poder jurisdicional pelos tribunais inferiores. A Constituição consagra expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição apenas no domínio do processo penal (artigo 32.º, n.º 1). No entanto, este direito decorre também — ainda que não de forma absoluta pois está sujeito a regras processuais que o condicionam — da organização dos tribunais por graus de instância prevista no artigo 209.º da CRP.

O Tribunal Constitucional é, nos termos do artigo 221.º da CRP, o “*tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional*”. Ora, os direitos fundamentais são, por excelência, matéria de natureza jurídico-constitucional. Contudo, o TC foi originariamente concebido como um órgão jurisdicional de controlo normativo³⁶⁶, função para a qual está vocacionado. Os poderes do Tribunal Constitucional na defesa dos direitos fundamentais são, assim, limitados.

O controlo normativo desdobra-se em várias formas de fiscalização de normas à luz da Constituição³⁶⁷. O acesso do particular à jurisdição constitucional pode ocorrer

³⁶⁴ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

³⁶⁵ Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Pessoas Colectivas de Direito Público.

³⁶⁶ José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2007, p. 29.

³⁶⁷ Vide, sobre o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, em geral, a sua qualificação como sistema misto, o acesso dos particulares à jurisdição constitucional e o processo de fiscalização concreta, em particular — Catarina SARMENTO E CASTRO, “O Modelo Português de Justiça Constitucional”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, pp. 381 e ss.; *Idem*, “Modelos de Justiça Constitucional”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América*, Sevilha, 19 a

por uma de duas vias: (i) por via directa, através da fiscalização concreta da constitucionalidade de uma norma ou de uma dimensão normativa, ou (ii) por via indirecta, através do direito de queixa ao Provedor de Justiça, entidade com competência para suscitar a fiscalização abstracta de uma norma (cf. artigos 23.º e 281.º, n.º 2, al. d) da CRP). Para efeitos do presente estudo importará, portanto, referirmo-nos apenas ao recurso de fiscalização concreta e de fiscalização abstracta sucessiva.

A *fiscalização concreta* do TC consiste no controlo incidental da constitucionalidade de uma norma (ou dimensão normativa) aplicada ou desaplicada no âmbito de um processo judicial. Este controlo surge, portanto, a título de revisão, em recurso de uma decisão de um tribunal comum sobre a constitucionalidade de determinada norma e, em conformidade, da sua aplicação ou desaplicação no caso concreto. Ou seja, não é primário. Com efeito, cabe, em primeira linha, aos tribunais comuns aferir da inconstitucionalidade da norma³⁶⁸. A fiscalização concreta é, assim, difusa na base e concentrada no topo³⁶⁹.

A fiscalização concreta pode incidir sobre decisões dos tribunais comuns que (i) recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade (*decisões positivas*) e (ii) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada pelo particular no âmbito do processo (*decisões negativas*). Das primeiras caberá recurso para o TC nos termos previstos no artigo 280.º, n.º 1, al. a), e no artigo 70.º, n.º 1, al. a) da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional³⁷⁰ (“LTC”); das segundas caberá recurso para o TC ao abrigo do disposto no artigo 280.º, n.º 1, al. b) e 4 e no artigo 70.º, n.º 1, al. b) da LTC.

Os recursos de decisões judiciais para o TC são restritos à questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada (artigos 280.º, n.º 6, da CRP e 71.º, n.º 1, da LTC). A apreciação do Tribunal Constitucional está, portanto, “*limitada ao controlo de normas, e não à sua aplicação, v.g. pela Administração Pública, ou ao conhecimento de situações de violação directa de direitos fundamentais*”³⁷¹, o que deixa

21 de Outubro de 2005, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020309.html>.

³⁶⁸ Cf. José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional...*, *op. cit.*, p. 40.

³⁶⁹ Pelo que se diz que o sistema português é misto.

Vide sobre a articulação entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional, José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, “Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, Coimbra Editora, 2012, pp. 193 a 212.

³⁷⁰ Aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

³⁷¹ Catarina SARMENTO E CASTRO, “O Modelo Português...”, *op. cit.*, p. 450.

de fora do seu escrutínio parte considerável da actividade do Estado, em particular, aquela que é passível de mais directamente contender com os direitos fundamentais (as actividades administrativa e jurisdicional). O recurso ao TC não serve, pois, para garantir a defesa imediata e directa de direitos fundamentais, diferentemente do que se verifica nos sistemas em que está previsto um mecanismo de queixa constitucional ou o recurso de amparo.

O recorte da dimensão normativa no caso concreto é, contudo, um processo muito complexo. Desde logo, *norma* para o TC assume um significado específico, apelando-se a um carácter *funcional* da mesma, isto é, “*funcionalmente adequado aos fins prosseguidos pelo sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído*”³⁷².

O TC admite ainda que o controlo incida sobre uma *interpretação normativa*. Nestes casos, o objecto do recurso, conforme explica GOMES CANOTILHO, “*não é a decisão judicial em si mesma, mas apenas a parte dessa decisão em que o juiz a quo recusou a aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja constitucionalidade foi impugnada*” norma essa que é “*interpretativamente mediatizada pela decisão recorrida, porque a norma deve ser apreciada no recurso segundo a interpretação que lhe foi dada nessa decisão*” (realçado nosso)^{373,374}.

Ora, nestes termos, como LOPES DO REGO bem elucida, “*é evidente que se torna assaz duvidosa e incerta a determinação da precisa fronteira entre as figuras do controlo normativo e da fiscalização de concretas e específicas decisões judiciais*” (realçado nosso)³⁷⁵.

Com efeito, os critérios de que o TC se socorre para delimitar o âmbito normativo de uma questão são muito complexos e assentes numa intrincada distinção entre

³⁷² Carlos LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2010, p. 26. Vide também José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional...*, op. cit., pp. 34 e 35.

³⁷³ *Direito Constitucional e...*, op. cit., p. 989.

³⁷⁴ Segundo explica Carlos LOPES DO REGO, o fenómeno de apreciação de interpretações normativas tem vindo a crescer e concretiza-se numa apreciação, pelo TC, do “*resultado de uma dada interpretação judicial da norma que — na óptica de alguma das partes — afronta determinados princípios ou preceitos constitucionais e foi efectivamente aplicada à dirimção do litígio.*” — *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, op. cit., p. 32.

³⁷⁵ *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, op. cit., p. 32. Em sentido semelhante, José Manuel CARDOSO DA COSTA afirma que respeitando a apreciação pelo TC “*não apenas a uma certa norma (ou a uma sua dimensão parcelar) considerada «em si» (on its face), mas também, e mais restritamente, à interpretação ou sentido com que ela foi tomada no caso concreto e aplicada na decisão recorrida — aí, inevitavelmente, se esbatendo a fronteira entre a «norma» e a «decisão».*” — *A Jurisdição Constitucional...*, op. cit., pp. 80 e 81. O Autor refere também uma série de acórdãos do TC que versaram sobre a distinção e as dificuldades lhes associadas — Nota de Rodapé 104, p. 81.

processo interpretativo, resultado interpretativo e critério normativo aplicado³⁷⁶. Em consequência, o conceito de norma adoptado é muito amplo³⁷⁷ e, ao fim e ao cabo, leva a que o TC aprecie mesmo, por vezes, a inconstitucionalidade da própria decisão (ou seja, as operações subsuntivas realizadas pelo juiz)³⁷⁸. Na verdade, este efeito é, muitas vezes, deliberado, sendo os recursos de fiscalização concreta admitidos pelos juízes do TC “*com alguma largueza*”. O TC adopta, deste modo, uma postura que lhe permite “*maximizar a dimensão garantística*” do sistema de fiscalização da constitucionalidade português — de tal forma que alguma doutrina apelida o sistema de “*quase amparo*”³⁷⁹.

Esta jurisprudência permite, assim, ultrapassar aquela que pode ser considerada a principal lacuna do sistema de tutela português. No entanto, a utilização de critérios jurisprudenciais que se alicerçam necessariamente no casuísmo de cada recurso contribui significativamente para gerar incerteza jurídica. De outro lado, a complexidade dos critérios utilizados é pouco inteligível para os menos versados nestas matérias.

Em consequência, esta dificuldade em perceber em que situações é que o recurso ao TC se justifica ou não conduz a uma utilização errónea e outras vezes puramente dilatória com evidentes consequências nefastas para o trabalho do Tribunal Constitucional e para a protecção dos direitos em causa³⁸⁰. A isto acresce a percepção

³⁷⁶ Vide, para uma análise exaustiva sobre estes critérios utilizados pelo TC e, principalmente, da flexibilização da “*rígida distinção dogmática entre o controlo «normativo» e o «amparo»*”, Carlos LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, *op. cit.*, pp. 33 e ss e pp. 39 e ss.

³⁷⁷ Neste sentido, AAVV, “The Portuguese Human Rights Constitutional Law”, *op. cit.*, p. 6; AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias”, relatório Tribunal Constitucional apresentado na *XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Bruxelas, Maio de 2002, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html>, resposta à pergunta 3.

³⁷⁸ Recorrendo às palavras de José Manuel CARDOSO DA COSTA, sendo certo que a competência do TC “*está circunscrita ao domínio «normativo», a verdade é que, chamado a exercê-la, a sua decisão e o juízo por ela veiculados não deixam de incidir (...) sobre a decisão de um outro tribunal e sobre o juízo por ele emitido (e, muitas vezes, por ele estabelecido entre possibilidades plúrimas)*” — “Justiça Constitucional...”, *op. cit.*, p. 204.

No mesmo sentido, Catarina SANTOS BOTELHO, “Haja uma nova jurisdição constitucional: Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Jan./Dez., Ordem dos Advogados, 2010, p. 607; Sandra LOPES LUÍS, “O Recurso de Amparo: uma solução possível? — Contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português”, in AAVV, *Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coimbra Editora, 2012, p. 707.

³⁷⁹ Vide, neste sentido, Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, *op. cit.*, p. 136, em particular, a doutrina referida na Nota de Rodapé 501; Sandra LOPES LUÍS, “O Recurso de Amparo...”, *op. cit.*, p. 710; Jorge REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 304 e ss.

³⁸⁰ Vide, sobre as consequências negativas desta abertura jurisprudencial do TC, Jorge REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 310 e ss.

generalizada entre os cidadãos portugueses do TC como tribunal último em matérias constitucionais, designadamente no que concerne à defesa dos direitos fundamentais.

Pressuposto será que a norma ou interpretação contestadas tenham constituído a *ratio decidendi* da decisão³⁸¹, bem como a suscitação prévia da inconstitucionalidade de modo adequado perante o tribunal recorrido.

A decisão do TC em que julga a inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade da *norma* aplicada pelo tribunal *a quo* tem efeitos apenas para o caso concreto (podendo, no entanto, provocar a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos dos artigos 281.º, n.º 3, da CRP e 82.º da LTC). A decisão de inconstitucionalidade positiva implica que o processo baixe ao tribunal de origem que deverá reformar a decisão em conformidade com a decisão do TC, nos termos do artigo 80.º, n.º 2 e 3, da LTC.

Refira-se ainda que a fiscalização concreta da constitucionalidade representa a maior parte do trabalho e ocupa a maior parte do tempo dos juízes conselheiros do Tribunal Constitucional³⁸². No entanto, é importante reter que a esmagadora maioria dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade não são admitidos. Neste âmbito, a consideração, pelo TC, de que a questão suscitada não tem relevo normativo, pelo que, não sendo um tribunal com competência de amparo, a decisão jurisdicional estará excluída da sua competência de apreciação, constitui um fundamento importante de inadmissibilidade³⁸³.

Ainda no âmbito da análise dos meios jurisdicionais disponíveis na ordem jurídica portuguesa, refira-se que tanto o processo cível, como o processo penal e administrativo, prevêm uma série de mecanismos que estão ao dispor dos particulares para fazer face a situações específicas. Não é possível aqui, em abstrato, elencar todos os meios disponíveis para o particular reagir à violação de um direito. Aliás, seguindo o entendimento do TEDH, apenas olhando às circunstâncias do caso concreto é que será possível dizer se um recurso é efectivo ou não. Assim, no ponto 3.3.2. identificaremos

³⁸¹ São ainda pressupostos da fiscalização concreta os seguintes: que a inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo de forma processualmente adequada, que tenham sido esgotados os meios ordinários de recurso e a legitimidade do requerente, nos termos do artigo 70.º e 72.º. O artigo 75-A.º estabelece ainda os requisitos formais para a interposição do recurso. O artigo 76.º, n.º 2, estabelece os casos em que o requerimento deve ser indeferido. — Para uma análise exaustiva destes preceitos, Carlos LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, *op. cit.*.

³⁸² Conforme as estatísticas disponibilizadas no site do Tribunal Constitucional acessíveis através do [link: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-estatisticas.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-estatisticas.html).

³⁸³ Cf. Catarina SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.*, p. 133.

algumas situações sobre as quais o TEDH se pronunciou em concreto e que julgamos particularmente relevantes enunciar.

Os direitos fundamentais podem ser protegidos também através de *meios específicos* de tutela aplicáveis apenas a determinados direitos ou grupos de direitos. O ordenamento jurídico português, porém, é parco na previsão deste tipo de mecanismos. O principal exemplo desta tutela é a providência de *habeas corpus* consagrada no artigo 31.º da CRP e nos artigos 220.º e ss. do Código de Processo Penal (“CPP”)³⁸⁴. Segundo Germano MARQUES DA SILVA, o *habeas corpus* “*não é um recurso, é uma providência extraordinária com a natureza de acção autónoma com fim cautelar, destinada a pôr termo em muito curto espaço de tempo a uma situação de ilegal privação da liberdade*”³⁸⁵. O *habeas corpus* é, em si, um direito fundamental, incluído na categoria dos direitos, liberdades e garantias. Refira-se também o mecanismo estabelecido no artigo 28.º da CRP para apreciação da detenção e da prisão preventiva.

Originalmente, além dos mecanismos que acabámos de descrever, a Constituição não previa, nem impunha a existência de um mecanismo processual autónomo destinado especificamente a tutelar direitos fundamentais. No entanto, aquando da revisão constitucional de 1997, alterou-se a redacção do artigo 20.º, n.º 5, da CRP, que passou a prever que “*para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.*”.

A redacção deste preceito constitucional encerra um comando dirigido ao legislador que goza, neste âmbito, de uma ampla margem de conformação³⁸⁶. O

³⁸⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

³⁸⁵ *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª Edição revista e actualizada, Babel, 2010, p. 420.

³⁸⁶ Segundo Jorge MIRANDA, o legislador poderia optar por instituir um novo procedimento específico, do tipo do *habeas corpus*, caso em que a competência para apreciação se manteria nos tribunais comuns, ou por uma reforma maior, instituindo uma acção constitucional de defesa que permitiria apreciação tanto de actos da Administração como de decisões judiciais, o que implicaria atribuir uma competência qualificada ao Tribunal Constitucional. — Cf. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 444 e 445.

Note-se que, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, esta norma consagra o reconhecimento do *direito constitucional de amparo* efectivado através das vias judiciais normais. Defendem os Autores que o preceito não impõe ao legislador a criação de um recurso de amparo, mas apenas a “*formatação de alguns processos (quanto a prazos, tipos de sentença, execução) de forma a conseguir uma panóplia de acções ou recursos adequados à tutela efectiva de direitos, liberdades e garantias.*” — *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *op. cit.*, p. 419. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS referem mesmo que este artigo “*conjugado com as normas constitucionais sobre fiscalização da constitucionalidade e com o princípio da competência, não habilita o legislador a introduzir um recurso de amparo ou uma queixa constitucional para o Tribunal Constitucional contra actos dos poderes públicos*” — *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *op. cit.*, p. 204.

legislador português optou por criar um novo mecanismo processual autónomo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, previsto nos artigos 109.º a 111.º do CPTA. Segundo Carla AMADO GOMES, este mecanismo surge como uma “*via de amparo no seio de uma reforma profunda dos meios de justiça cautelar administrativa*” e em resultado de uma longa maturação e aspiração para instituição de um recurso de amparo no ordenamento jurídico português³⁸⁷.

A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias “*caracteriza-se pela preferência, sumariada e urgência, visando a obtenção de uma protecção rápida e contundente ao exercício de um direito, liberdade ou garantia pessoal, frente a qualquer tipo de ameaças, restrições, lesões ou violações, provenientes, designadamente, da actuação ou omissão da Administração*”³⁸⁸. A decisão do processo de intimação é definitiva, o que a distingue da tutela meramente cautelar.

O requerimento de intimação terá como objecto qualquer direito, liberdade ou garantia ou direito análogo que requeira, para ser protegido, a adopção de uma conduta positiva ou negativa da Administração. O sujeito passivo da intimação será, assim, a Administração Pública (ou particulares, nos termos do artigo 109.º, n.º 2, do CPTA). Em conformidade, a intimação não poderá ter como objecto violações de direitos que tenham origem em actos da função jurisdicional ou da função político-legislativa.

Note-se ainda que a intimação tem uma natureza subsidiária e será apenas accionada “*por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar*” (artigo 109.º, n.º 1, do CPTA).

Por fim, refira-se também que os interesses difusos são tuteláveis no ordenamento jurídico português através do mecanismo da acção popular (artigo 52.º, n.º 3, da CRP).

O particular dispõe ainda de *meios de defesa não jurisdicionais* de que pode socorrer-se, como é o caso do direito de petição, previsto no artigo 52.º, n.º 1 e 2, da CRP, através do qual o indivíduo se pode dirigir aos órgãos de soberania e apresentar

³⁸⁷ *Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de direitos, liberdades e garantias*, artigo disponível no site do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível através do link: <http://www.icjp.pt/ep/carla-amado-gomes>, p. 9. Segundo a Autora, este mecanismo foi restrito à jurisdição administrativa em virtude de aí se sentir uma carência maior de meios de tutela eficaz céleres “e essa situação era tanto mais grave quanto as mais graves violações de direitos, liberdades e garantias são tendencialmente perpetradas por entidades públicas”. — Cf. *Idem, ibidem*, p. 11.

Sobre as várias tentativas de introdução de um recurso de amparo ou queixa constitucional no ordenamento jurídico português, *vide*, Catarina SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.*, pp. 132 e ss.

³⁸⁸ Acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA), 18.11.2004, processo n.º 0978/04, Relator: Conselheiro Santos Botelho.

petições, representações, reclamações, ou queixas para defesa dos seus direitos, bem como da queixa ao Provedor de Justiça (artigo 23.º, n.º 1, da CRP)³⁸⁹.

O próprio exercício de outros direitos pode constituir um meio de defesa de direitos fundamentais, nomeadamente, a liberdade de manifestação e a liberdade de expressão em assuntos políticos. Em particular, o artigo 21.º da CRP consagra ainda o direito de resistência quanto a qualquer ordem que ofenda direitos, liberdades e garantias, permitindo “*repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*”.

Por fim, refira-se que o sistema português de direitos fundamentais está inserido nos sistemas de protecção de direitos fundamentais da União Europeia e da CEDH, falando-se, a este respeito, de uma *tutela multinível* de direitos fundamentais³⁹⁰.

3.2.2. Crítica

A principal crítica que é apontada ao sistema português de protecção de direitos fundamentais prende-se com o nível de eficácia de tutela conferida. Efectivamente, atendendo aos patamares de protecção dos direitos fundamentais oferecidos pelos vários modelos constitucionais europeus, o ordenamento jurídico português, conforme o qualifica Catarina SANTOS BOTELHO, oferece uma tutela subjectiva *média*. Em comparação, o sistema espanhol e alemão, nos quais existe um mecanismo de queixa constitucional directa, oferecem uma tutela subjectiva *máxima*³⁹¹.

Nesse sentido, tem sido proposta e sucessivamente discutida a reforma do sistema actual de modo a incluir alguma forma de *amparo*³⁹². E isto apesar de ter sido consagrada a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias.

Outra crítica apontada diz respeito à complexidade do sistema num domínio em que, face aos interesses em causa, se impõe simplicidade e facilidade de acesso. Nas

³⁸⁹ Vide, sobre as instituições protectoras de direitos fundamentais em Portugal que actuam em âmbitos específicos, João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 21 e 22.

³⁹⁰ Vide, Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*; Vide também, sobre o “*triângulo judicial europeu*”; Maria LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 367.

³⁹¹ “O Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.* pp. 126 e 127.

³⁹² A introdução no ordenamento jurídico português é um tema já muito debatido e a favor do qual se tem pronunciado parte significativa da doutrina. Dada a extensão desta discussão, limitamo-nos aqui a remeter para alguns estudos: José de MELO ALEXANDRINO, “Sim ou não ao recurso de amparo”, in *Julgar*, n.º 11, Maio-Agosto, Wolters-Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 41 e ss.; Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012, pp. 342 e ss.; Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, *op. cit.*, pp. 147 e ss.; *Idem*, “Haja uma nova jurisdição...”, *op. cit.*, pp. 614 e ss.

palavras de FAUSTO DE QUADROS, o sistema português de garantia dos direitos, liberdades e garantias existente é “*complexo, pesado e imperfeito*”. Será *complexo e pesado* dada a variedade e disparidade de “*meios graciosos e contenciosos, gerais e especiais, ordinários e extraordinários, principais e acessórios, ainda por cima sujeito a diferentes regimes substantivos e processuais, o que complica imenso a vida ao cidadão*”³⁹³. Embora o Autor tenha escrito estas palavras em 1990 e o sistema tenha sofrido significativas alterações, esta crítica mantém-se pertinente e actual.

Com efeito, embora se prevejam várias formas de reacção no ordenamento jurídico português, estas não se articulam entre si de forma harmoniosa, não existindo uma entidade com competência para supervisionar e uniformizar os entendimentos sufragados pelos vários intervenientes e que emita guias claras de procedimentos. De outro lado, embora todos os tribunais comuns sejam chamados a defender a Constituição, estes estão vocacionados para atender e resolver outro tipo de problemas, pelo que aquela não é a função primária que desempenham³⁹⁴. Regista-se ainda um défice de meios de reacção que se caracterizem pela celeridade e que possam, portanto, oferecer uma protecção imediata. Acresce ainda que não se prevê um mecanismo que sirva de “*rede*” quando os outros mecanismos de tutela falham.

Como vimos, o único meio de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional é através do pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas permitido apenas quando estão em causa violações que têm origem num acto legislativo³⁹⁵.

Efectivamente, a intervenção do TC é determinada atendendo apenas à natureza normativa ou não do acto em causa, independentemente do tipo de inconstitucionalidade, gravidade, danosidade dos efeitos ou consequências produzidas³⁹⁶. Assim, segundo o mesmo Autor, o sistema é “*fortemente lacunar e deficitário*” pois sendo os direitos fundamentais garantias constitucionais, a restrição da

³⁹³ “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 148.

³⁹⁴ Neste sentido, Fátima MATA-MOUROS refere que “*enquanto nos tribunais comuns as questões concernentes aos direitos fundamentais surgem em simultâneo com uma panóplia de muitas outras a convocar a atenção do tribunal, nas instâncias constitucionais aquelas constituem precisamente o objecto específico da intervenção especializada do tribunal, através de um procedimento também ele de natureza específica, tudo a permitir um mais elevado grau de concretização*”. — *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011, p. 381.

³⁹⁵ Como elucida REIS NOVAIS, “*(...) a lógica da garantia jurisdicional dos direitos fundamentais é a seguinte: lesões actuadas por lei são da responsabilidade de verificação última por parte do Tribunal Constitucional; outro tipo de lesões são de responsabilidade última de verificação por parte dos tribunais comuns, judiciais ou administrativos*.” — *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 222.

³⁹⁶ Cf. Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 252.

fiscalização do TC à apreciação de normas terá como resultado que “*parte significativa das inconstitucionalidades mais graves, acabam por não ser tuteladas, a título definitivo, pelo órgão especialmente criado e vocacionado para o fazer, o Tribunal Constitucional*”³⁹⁷.

À luz do que vimos no Cap. 1, conclui-se que este restrito acesso contrasta com o amplo acesso (embora tenha vindo a ser restringido – *vide* 2.1. e 2.3.1.(A) *supra*) ao TEDH.

De outro lado, mesmo quando intervém, a análise do TC mantém-se à margem da questão principal dirimida, nomeadamente, o balanço entre os direitos dos particulares e, assim, da apreciação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Noutra perspectiva ainda, conforme explica REIS NOVAIS, este complexo sistema tem como resultado que a “*última palavra*” em termos de violações de direitos fundamentais não cabe sempre ao Tribunal Constitucional³⁹⁸. De facto, o TC apenas decide a final sobre uma violação de direitos fundamentais quando esta tem origem num acto legislativo, cabendo ao Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) ou ao Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) proferir a “*última palavra*” nas situações em que estão em causa actos não normativos, o que acarreta o risco de a defesa dos direitos fundamentais não ser uníssona. Neste particular é importante, contudo, notar a existência de mecanismos ao nível interno que permitem detectar e mitigar eventuais divergências (como, por exemplo, os recursos de uniformização e revista excepcional).

Dadas as características do sistema, MELO ALEXANDRINO refere mesmo que este é “*insensível*” ao “*primado da pessoa na Constituição*”³⁹⁹. Não falta mesmo quem refira que o Tribunal Constitucional português não é um “*Tribunal dos direitos fundamentais*”⁴⁰⁰.

Em face do exposto, utilizando uma expressão muito em voga noutros domínios, podemos dizer que o sistema português de protecção de direitos fundamentais não é um “*sistema integrado*” ao nível doméstico, no sentido em que, embora incumba aos vários tribunais defender os direitos fundamentais previstos na Constituição e estejam disponíveis diversos mecanismos a que o particular pode recorrer, estes não interagem de forma articulada, sendo detectáveis lacunas no sistema a que este não pode, senão de

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 221. *Vide* ainda sobre as violações de direitos fundamentais que ficam à margem do controlo da jurisdição constitucional, pp. 259 e ss.

³⁹⁸ Cf. *Idem, ibidem*, pp. 251 e ss.

³⁹⁹ “Sim ou não...”, *op. cit.*, p. 43

⁴⁰⁰ José de MELO ALEXANDRINO, “Sim ou não...”, *op. cit.*, p. 42; Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, *op. cit.*, pp. 152 e 153.

forma algo deficitária, responder. Verifica-se muitas vezes uma ausência de sincronia na actividade dos vários intervenientes que, em parte, se deve precisamente ao facto de o sistema ser multipolarizado, sem que haja uma intervenção necessária (ou sequer facultativa mas genericamente acessível), nestas matérias, de uma entidade especializada.

Neste contexto, o recurso ao TEDH representa um relevantíssimo papel na integração destas lacunas do sistema ao configurar-se (ainda) como um amparo internacional e servindo de rede na protecção dos direitos⁴⁰¹. De outro lado, na ausência de uma entidade especializada que se pronuncie sobre as matérias, o TEDH detecta aí um espaço para, também no plano interno, assumir a posição dianteira na construção e desenvolvimento da dogmática dos direitos humanos e parâmetros de protecção exigidos, eventualmente reconhecendo uma menor margem de apreciação ao Estado português.

Analisado o sistema português de protecção de direitos fundamentais, cabe agora perceber de que forma é que o mesmo se articula com o sistema da CEDH.

3.3 A articulação entre o sistema nacional e o sistema europeu

A existência de uma “*tutela multinível*” de direitos fundamentais – isto é, em que a tutela no plano interno (primeiro nível) é ainda complementada e deverá ser conjugada com a tutela conferida no plano internacional (em particular, da União Europeia e do sistema da CEDH) – não obstante as garantias acrescidas que significa para o sistema de protecção nacional, acarreta também alguns riscos, como a eventualidade de criar incerteza e insegurança jurídicas, contribuir para a emergência de conflitos de direitos ou encarecer e tornar mais demorada a realização de justiça⁴⁰², ou mesmo “baixar” o nível de protecção. Na articulação entre o sistema português e o sistema da Convenção, todos estes riscos assumem proporções relevantes, em particular, o risco de incerteza e insegurança jurídicas. Precisamente por essa razão impõe-se analisar a articulação entre os dois sistemas, tanto a nível processual como material, de modo a perceber quais são os principais focos de tensão entre eles e aqueles que se apresentam como potenciais

⁴⁰¹ Vide, sobre a articulação genérica do TEDH com sistemas nos quais não existe queixa constitucional directa, Harmut ADEN, “Human Rights before the courts...”, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰² Cf. Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 8. Vide também, Catarina SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.*, p. 134.

fontes de incerteza e insegurança, bem como para identificar os aspectos que carecem de reforma ou optimização.

3.3.1 A recepção da Convenção na ordem jurídica portuguesa

De modo a compreender que tipo de relação se estabelece entre o sistema da CEDH e o sistema português de protecção de direitos fundamentais, cabe, em primeiro lugar, perceber que lugar ocupa a Convenção no direito português.

A adesão do Estado Português ao Conselho da Europa ocorreu apenas após a queda do antigo regime, com o advento de um Estado Democrático de Direito em Portugal. O Estado Português assinou a Convenção a 22 de Novembro de 1976, juntamente com os Protocolos n.º 1, 3 e 5. O instrumento de ratificação foi depositado apenas em 9 de Novembro de 1978, data em que entrou em vigor. A Convenção é, assim, vinculativa para o Estado Português e uma fonte de obrigações que devem ser cumpridas no plano interno, sob pena de responsabilização internacional⁴⁰³.

O artigo 8.º da Constituição constitui a “*chave*” do sistema de recepção de normas de Direito Internacional⁴⁰⁴. Cingimos aqui a nossa análise à questão da recepção da Convenção por meio do disposto no artigo 8.º, n.º 2, que dispõe: “*As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.*”. Este preceito encerra uma cláusula geral de recepção plena mas condicionada (diferentemente do estabelecido no artigo 8.º, n.º 1, relativamente ao Direito Internacional geral ou comum).

Na ordem jurídica portuguesa, a CEDH goza de efeito directo e pode, assim, ser directamente invocada pelos particulares na interacção com os poderes públicos que se encontram vinculados à mesma⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Vide, sobre o processo de ratificação do Estado Português e as reservas elaboradas aquando da ratificação da Convenção e actualmente ainda em vigor, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, op. cit., pp. 32 e 33 e pp. 36 e ss.

⁴⁰⁴ Vide, sobre a recepção de direito internacional convencional no ordenamento jurídico nacional, Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., pp. 145 e ss.; André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição revista e aumentada, Almedina, 1995, pp. 106 e ss.; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição actualizada e ampliada, Almedina, 2008, pp. 429 e ss.; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, op. cit., p. 11 e ss..

⁴⁰⁵ A este respeito André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS fazem referência à natureza *self-executing* da Convenção — Cf. *Manual de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 608. Vide também Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, op. cit., p. 19; João RAMOS DE SOUSA, *Apresentação...*, op. cit., p. 7.

Esta afirmação genérica carece, contudo, de ser precisada no quadro da teoria das fontes de direito. Como refere Jorge BACELAR GOUVEIA, “*não basta dizer que se integra, através de cláusulas de recepção, no Direito Interno; é preciso saber, em função dos diferentes níveis que nele encontramos, qual desses níveis vai ocupar*”⁴⁰⁶. No entanto, a Constituição não se pronuncia sobre o valor que estas normas de Direito Internacional assumem na ordem jurídica interna, nomeadamente, em relação à própria Constituição e às leis ordinárias, dando azo a uma controvérsia doutrinária que dura até aos dias de hoje.

Segundo grande parte da doutrina, quanto às normas constantes de convenções internacionais, incluindo a CEDH, a regra é a da primazia da Constituição⁴⁰⁷, sendo este também o entendimento adoptado pelo Tribunal Constitucional⁴⁰⁸. Tal conclusão assenta, desde logo, no facto de estas normas serem passíveis de fiscalização da constitucionalidade, nos termos dos artigos 277.º e ss. e 280.º, n.º 1, al. a), n.º 2, al. a) e n.º 3⁴⁰⁹. Assim, segundo esta doutrina, que podemos considerar como mais tradicional, “*os preceitos constitucionais, mesmo que contrários às disposições da Convenção, conservariam, na íntegra, a sua eficácia e validade, pois estão-lhe supra-ordenados*”, antes dependendo a validade das normas da Convenção da sua conformidade com a Constituição⁴¹⁰. Esta solução decorre de uma perspectiva clássica de articulação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Todavia, numa perspectiva que privilegie a dogmática dos direitos humanos, será defensável a superioridade de todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, “*se*

⁴⁰⁶ *Manual de Direito Internacional Público, op. cit.*, p. 445.

⁴⁰⁷ Cf. Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público, op. cit.*, p. 153; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público, op. cit.*, pp. 450 e 451; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *op. cit.*, p. 258; Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 91 e ss.

⁴⁰⁸ *Vide*, Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 3.3; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais...”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁹ *Vide*, sobre a apreciação de constitucionalidade de normas jurídicas de direito internacional convencional, Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público, op. cit.*, pp. 172 e ss.; Rui Manuel MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, pp. 793 e ss.; Catarina SARMENTO e CASTRO, “Modelos de Justiça Constitucional”, *op. cit.*, pp. 15 e ss.; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, p. 15 e ss.

Note-se a este propósito que a fiscalização operada pelo TC tem-se cingido sobretudo à apreciação da inconstitucionalidade orgânica e formal das regras de direito internacional e no âmbito de fiscalização abstracta. — Cf. Rui Manuel MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, p. 800.

⁴¹⁰ Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 33.

for mais protector do que o Direito Constitucional”, incluindo convenções regionais⁴¹¹. Se, ao invés, a norma internacional for mais restritiva, deverá prevalecer a norma constitucional. Tal decorre da *regra do tratamento mais favorável do requerente* exigido pelo princípio da coerência democrática do sistema⁴¹². Este entendimento é, aliás, suportado pela própria Convenção, no seu artigo 53.º.

Identifica-se assim um cânone ou princípio de interpretação segundo o qual os direitos fundamentais devem ser interpretados da forma mais ampla para concretização do respectivo conteúdo, designadamente através da invocação da Convenção e, como veremos mais abaixo, da jurisprudência do TEDH.

É evidente que esta última posição não oferece uma resposta imediata nos casos em que se impõe uma ponderação entre direitos ou modos de exercício diversos resultantes das fontes em conflito, visto que o que constitui a protecção mais garantística deverá ser aferido em cada caso concreto a ser decidido pelos tribunais.

Poderia pensar-se que o facto de se verificar uma sobreposição quase integral entre os direitos consagrados na CRP e na CEDH tornaria esta discussão inútil. Notamos, no entanto, que esta sobreposição no plano abstracto da consagração dos direitos, não significa que, na prática, a interpretação e aplicação destas normas não possa dar azo a diferentes entendimentos acerca do conteúdo e âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Aliás, atendendo ao que *supra* referimos acerca do método de interpretação da CEDH pelo TEDH, a qual permite que seja dada uma conformação específica aos direitos aí expressamente previstos e, inclusivamente, retirar do texto que os consagra, outros direitos abrangidos pelo seu espírito, num desenvolvimento jurisprudencial que está em constante evolução, estes conflitos são mais frequentes do que parece à primeira vista, principalmente quando a questão em apreço envolve uma ponderação entre aqueles⁴¹³.

⁴¹¹ Ana Maria GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, pp. 119 e 120. Vide também André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 608 e 609.

Já Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, como vimos *supra*, é peremptório em afirmar que mesmo as constituições dos Estados Parte estão subordinadas à Convenção e devem ser conformes àquela. — Cf., em particular, Declaração de Voto dos Juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e DEDOV, Ac. Baka c. Hungria (TP), pars. 19 a 22.

⁴¹² Cf. André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 620 e 621.

⁴¹³ Pense-se, desde logo, no caso português, da divergência já antiga entre o entendimento do TEDH e o entendimento dos tribunais portugueses no que concerne ao conflito entre liberdade de expressão e direito à honra ou ao bom nome. Vide, a propósito desta divergência, o elucidativo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.ª Secção Criminal), 26.01.2017, processo n.º 2175/11.4TDLSB.L1-9, Relator: Desembargador Vitor Morgado.

Como é que devem ser, então, resolvidos estes conflitos?

Neste âmbito, mais do que a posição jurídica da Convenção, importa perceber de que forma é recebida a jurisprudência do TEDH que interpreta e aplica os direitos aí consagrados. Como é sabido, a jurisprudência não tem no ordenamento jurídico português valor de fonte de direito, nem existe qualquer disposição, na Constituição portuguesa, que obrigue os tribunais a considerar a jurisprudência dos tribunais europeus.

No entanto, como vimos, a vinculação do Estado Português às obrigações que emanam da Convenção estende-se a todos os órgãos do Estado que as devem cumprir de boa fé. Aliás, à luz destas obrigações, a jurisprudência do TEDH é tida como tendo uma autoridade reforçada e que impõe o seu acolhimento pelos Estados Parte mesmo que não envolvidos no litígio. Isto suscita a intrincada questão de identificação da *ratio decidendi* e dos princípios que poderão ser aplicados nos casos semelhantes (*vide* 1.1.2.(A) *supra*).

Ora, para não nos alongarmos num campo que suscita questões da maior complexidade mas que não se incluem no escopo do presente trabalho, diremos apenas que, no prisma do Direito Regional dos Direitos Humanos aplicado, a hierarquização das normas convencionais aos preceitos constitucionais é irrelevante⁴¹⁴. Efectivamente, a aplicação, pelos tribunais ou qualquer outra entidade pública, de uma norma contrária à Convenção, mesmo que de valor constitucional, é susceptível de ser, nessa vertente, apreciada pelo TEDH e gerar responsabilização do Estado no quadro da CEDH⁴¹⁵. Do mesmo modo, a decisão de um conflito entre direitos previstos na CRP e na CEDH sem tomar em linha de conta a interpretação do TEDH, será também passível de responsabilização naquela sede.

⁴¹⁴ Termos em que, conforme refere Jorge MIRANDA, “*um eventual juízo de inconstitucionalidade de normas jurídico-internacionais se limite à ordem interna do Estado cujos órgãos de fiscalização o emitem, e não para além dele*”. — *Curso de Direito Internacional Público, op. cit.*, p. 172.

⁴¹⁵ Nesse sentido, Voto Vencido do Juiz PINTO DE ALBUQUERQUE, Ac. Hutchinson c. Reino Unido (TP), par. 46 e 47; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 35; André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público, op. cit.*, pp. 119 e ss.; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos...*, *op. cit.*, pp. 20 e 21. Armando ROCHA refere ainda que esta responsabilização é reforçada pelo facto de a CEDH assumir um carácter de instrumento de *ordem pública europeia*, impondo o dever de todos os Estados Parte assegurarem o respeito pelos direitos aí previstos. — Cf. *idem, ibidem*, p. 30.

Aliás, como vimos, se nos primeiros tempos da Convenção, o Tribunal se abstinha de apreciar normas constitucionais, em respeito pelo núcleo duro da soberania dos Estados Parte, parece agora ter deixado cair este filtro, assumindo expressamente que as obrigações decorrentes da Convenção se aplicam em toda a dimensão dos ordenamentos jurídicos internos (*vide* 2.2.2. *supra*).

Tal não significa que os Estados Parte sejam obrigados a reconhecer, no plano interno, a subordinação de todas as fontes de direito à Convenção nem que sejam obrigados a fazer *tábua rasa* das suas tradições constitucionais. Trata-se de dois planos distintos: o da *hierarquia de fontes internas* e o da *responsabilização internacional*. Esta articulação poderá, no entanto, suscitar um intrincado problema de execução dos acórdãos do TEDH em que se considere haver uma violação da Convenção em virtude dessa aplicação preferencial das normas internas.

Quanto à relação com o direito ordinário, a doutrina é praticamente unânime em reconhecer que as normas de convenções internacionais têm um valor superior à lei interna, anterior ou posterior. A Convenção prevalece, portanto, sobre a lei ordinária⁴¹⁶.

Suscita-se, neste âmbito, a questão da qualificação do vício da desconformidade de normas ordinárias internas com a Convenção e com a jurisdição competente para o seu conhecimento.

Dada a extensão também desta discussão e o propósito investigatório da presente dissertação, cabe apenas salientar, a este propósito, que se prevê no ordenamento jurídico português a possibilidade de as normas internas ordinárias contrárias a uma convenção internacional serem sindicadas perante os tribunais comuns (ao abrigo do artigo 204.º da CRP) e da decisão destes que recuse a aplicação da norma ou a aplique em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional, ser objecto de recurso para o TC (artigo 70.º, n.º 1, al. i) da LTC)⁴¹⁷. Ou seja, permite-se uma fiscalização concreta das normas internas à luz do Direito Internacional pelos tribunais nacionais e controlada pelo TC⁴¹⁸, limitada, porém, aos casos em que a norma foi desaplicada pelo tribunal *a quo*⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Assim, logo nos primeiros anos após a adesão à Convenção Europeia, os tribunais portugueses reconheceram que a Convenção podia ser aplicada directamente, sobrepondo-se à norma ordinária interna relevante — *Vide*, o acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo de Cascais reconheceu o direito dos réus estrangeiros em processo-crime serem assistidos gratuitamente por intérprete, aplicando directamente o artigo 6.º, n.º 3 da Convenção, e desaplicando a norma relevante do código das custas judiciais da altura. — *Vide*, em maior detalhe, CABRAL BARRETO, “As relações entre...”, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

⁴¹⁷ *Vide*, sobre o processo de verificação da contrariedade de uma norma legislativa com uma convenção internacional, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1042 e ss.; Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 179 e ss.; Catarina SARMENTO E CASTRO, “Modelos de Justiça Constitucional”, *op. cit.*, p. 16; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 14 e ss.

⁴¹⁸ Esta fiscalização cinge-se ao caso concreto, não estando prevista no ordenamento jurídico português uma fiscalização preventiva nem abstracta de normas internas à luz do direito internacional.

⁴¹⁹ Neste contexto, LOPES DO REGO afirma que “*atentos os termos desta alínea i), é manifesto que eles não comportam a admissibilidade de um recurso de fiscalização concreta interposto da “decisão negativa” que aplique a norma de direito interno, apesar da suscitação pela parte da questão da sua desconformidade com certa convenção internacional*”. De outro lado, entende o Autor que este recurso

Ora, sem prejuízo da relevância e interesse teórico da previsão do recurso ao TC com este fundamento, notamos que esta tem uma expressão prática muito residual. Efectivamente, os poucos recursos apresentados ao abrigo desta alínea não suscitam uma questão de contrariedade com a Convenção⁴²⁰ ou, mesmo, de modo mais geral, com tratados de direitos humanos.

Sempre se refira, no entanto, que a generalidade da doutrina tem entendido que este processo de fiscalização não é um verdadeiro processo de *controlo de normas*, numa perspectiva substantiva, mas antes um processo limitado à apreciação da desconformidade ou não da norma legal numa perspectiva formal ou orgânica⁴²¹.

Note-se ainda que a decisão do TC, nestes casos, se limita a reconhecer a “*justeza ou não justeza da decisão do tribunal a quo*”, que recusou a aplicação da norma ou a aplicou em desconformidade com o anteriormente decidido pelo TC⁴²² – do que resulta, portanto, uma acesso mais restrito do que o permitido para a apreciação da inconstitucionalidade⁴²³ –, e que esta não é susceptível de generalização, ao abrigo dos artigos 281.º, n.º 3, da CRP e 82.º da LTC⁴²⁴. Acresce que, segundo CARDOSO DA COSTA, “*o legislador se absteve intencionalmente de qualificar a situação, assim, e desde logo, não tomando posição sobre o controverso problema da primazia do direito convencional*” (realçado nosso)^{425,426}.

“*no actual panorama jurídico-constitucional*” tampouco cabe na al. b) do artigo 70.º. — *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, *op. cit.*, p. 158.

⁴²⁰ Facto que pode ser explicado tendo em conta a sobreposição do catálogo da CEDH com o da CRP que justifica a não aplicação da primeira pelos tribunais, bem como a desnecessidade da sua apreciação quando o particular invoque também a inconstitucionalidade da norma, o que constituirá grande parte dos casos (*vide* 3.3.3.(A) *infra*).

⁴²¹ Nesse sentido, João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, p. 14; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1046; Rui Manuel MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, p. 809 e ss; José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional...*, *op. cit.*, p. 38 e 39, Nota 40.

Sobre o que constituem questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional, *vide*, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1043 e 1044.

⁴²² J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 1047.

⁴²³ Neste contexto, LOPES DO REGO afirma que “*atentos os termos desta alínea i), é manifesto que eles não comportam a admissibilidade de um recurso de fiscalização concreta interposto da “decisão negativa” que aplique a norma de direito interno, apesar da suscitação pela parte da questão da sua desconformidade com certa convenção internacional*”. De outro lado, entende o Autor que este recurso “*no actual panorama jurídico-constitucional*” tampouco cabe na al. b) do artigo 70.º. — *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, *op. cit.*, p. 158.

⁴²⁴ Cf. *Idem, ibidem*, p. 1047.

⁴²⁵ *A Jurisdição Constitucional...*, *op. cit.*, p. 38, Nota 40. *Vide* também J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1043 e 1044.

⁴²⁶ Quanto ao desvalor associado a estas normas, parte significativa da doutrina entende que estas serão ineficazes, *vide* Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 183; André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 123; Jorge BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 463 e 464.

Todos estes factores esvaziam, de certo modo, o interesse dogmático desta apreciação. Salvaguardando-se, contudo, que as presentes considerações não esgotam o estudo desta problemática.

Neste ponto, refira-se ainda a cláusula aberta consagrada no artigo 16.º, n.º 1, da CRP. É certo que o catálogo de direitos fundamentais da Constituição portuguesa é mais amplo do que o da Convenção, incluindo direitos sociais e direitos de terceira geração, pelo que, em princípio, não haveria nenhum direito previsto na Convenção a acrescentar àqueles já consagrados no direito interno português. No entanto, como vimos, os direitos previstos na CEDH são sujeitos a um desenvolvimento jurisprudencial pelo TEDH do qual pode resultar um reconhecimento de um âmbito de protecção do direito mais amplo ou mesmo de direitos não incluídos no catálogo da CRP.

A cláusula aberta prevista no número do artigo 16.º refere-se apenas a direitos “*constantes das leis e regras*” de direito internacional, mas não aos direitos identificados ou desenvolvidos pela jurisprudência.

Atendendo ao modelo de interpretação da Convenção e à autoridade e prestígio de que goza a jurisprudência do TEDH, sem prejuízo dessa questão ser controvertida, perguntamo-nos se aquela, quando identifique ou desenvolva direitos, não poderá ser recebida na ordem jurídica portuguesa também através desta via.

Interrogamo-nos ainda, se face à obrigação *supra* referida dos tribunais aplicarem a CEDH conforme interpretada pelo TEDH, não deverá o artigo 16.º, n.º 2, ser interpretado de modo a incluir também a referência à CEDH, apesar da distinção dogmática, já referida, entre o plano da responsabilização internacional do Estado Português em virtude da vinculação a um tratado, e o plano interno da hierarquia de fontes de direito, entre as quais não se encontra a jurisprudência.

A articulação destes dois planos científicos – o do direito constitucional interno e o do direito internacional dos direitos humanos – é, conforme as questões aqui tratadas evidenciam, complexa.

Prima facie, da obrigação acima referida dos Estados parte da Convenção não pode resultar a atribuição de um peso superior aos direitos da CEDH conforme interpretados pelo TEDH, de tal modo que os preceitos constitucionais devam ser *interpretados e integrados de harmonia com a CEDH*.

Em primeiro lugar, porque o carácter subsidiário da Convenção pressupõe que seja concedido uma margem de apreciação e concretização aos Estados Parte cujo

último reduto, em matéria de direitos fundamentais, reside precisamente na Constituição.

Em segundo lugar, a própria Convenção reconhece pelo menos um campo em que as normas internas terão prevalência, a saber, quando forem mais garantísticas do que as da Convenção (cf. artigo 53.º).

Finalmente, é a própria natureza da função jurisdicional, tal como delineada pela Constituição, que não permite interpretar a cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição como impondo aos tribunais portugueses a vinculação à jurisprudência do TEDH. A função dos tribunais é (ainda) a de resolver as questões de direito à luz das fontes de direito a que devem obediência e, entre estas, não se contam as decisões do TEDH.

3.3.2 *A articulação processual entre os dois sistemas: as especificidades do esgotamento das vias de recurso internas*

Conforme vimos no ponto 1.2.2.(A)(i) *supra*, o cumprimento do requisito do esgotamento das vias de recurso internas não é de apreciação automática, antes dependendo das especificidades de cada ordenamento jurídico e da qualificação como “efectivos” à luz das circunstâncias do caso dos recursos disponíveis. Nesse sentido, entende-se que os requerentes devem cumprir as regras e os procedimentos aplicáveis no direito interno⁴²⁷.

Ora, atendendo a que a efectividade dos recursos é apreciada de forma casuística não é possível fazer um levantamento exaustivo dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico português que preencham aquelas características. No entanto, sem prejuízo da jurisprudência do Tribunal poder oscilar e sem ter qualquer pretensão de incluir aqui todas as especificidades dignas de menção neste ponto, passamos a enunciar algumas particularidades dignas de nota que se impõe conhecer e considerar para efeitos do cumprimento deste requisito de admissibilidade.

Referindo-nos aos meios de defesa de direitos fundamentais identificados *supra*, cabe então analisar quais são considerados efectivos para efeitos dos artigos 13.º e 35.º da Convenção.

Conforme vimos, os *meios não jurisdicionais* não são, *a priori*, qualificados como recursos não efetivos. No entanto, a jurisprudência do TEDH não considera como

⁴²⁷ Cf. Guia prático sobre a Admissibilidade, par. 65.

efectivos os *direitos de petição* aos órgãos de soberania e ao Provedor de Justiça⁴²⁸, nem o *direito de resistência*. Com efeito, dado que os poderes das entidades em causa estão limitados à emissão de recomendações ou referenciação da questão para outras entidades, estes meios só de forma muito indirecta poderão oferecer reparação do direito violado. Não podendo reparar a violação, falta-lhes a adequação e eficácia exigidas⁴²⁹.

De outro lado, quanto aos meios para reagir a um acto do poder legislativo, o ordenamento jurídico contempla a possibilidade de requerer ao TC a *fiscalização abstracta* de uma lei (*vide* ponto (B) *infra*). Todavia, o particular não goza de um poder de iniciativa directa neste procedimento, dependendo de uma entidade terceira (o Provedor de Justiça) que não está obrigada a aceder ao seu pedido o que compromete a acessibilidade e certeza exigidas a um meio de tutela efectivo⁴³⁰.

Já a *impugnação graciosa de actos administrativos* pode ser, no caso concreto, considerado um recurso efectivo a esgotar pois permite obter a revogação do acto lesivo em causa e, assim, fazer cessar e reparar a violação⁴³¹. Aliás, no ordenamento jurídico português, o recurso a este meio poderá até ser necessário para efeitos de impugnação contenciosa posterior (cf. artigo 185.º do Código do Procedimento Administrativo⁴³²).

Ainda quanto aos meios não jurisdicionais, importa referir a obrigatoriedade de *reclamar hierarquicamente do despacho do Ministério Público* (“MP”) que defere ou recusa a reabertura do inquérito, previsto no artigo 279.º, n.º 2, do CPP. No que concerne às *queixas sobre condições de detenção* que, como vimos, estão agora pendentes perante o TEDH⁴³³, uma das questões que se coloca é precisamente a de saber de que meios pode o particular lançar mão para reagir. A decisão do TEDH nestes casos poderá, assim, trazer alguma clarificação na matéria, distinguindo aquelas vias disponíveis que qualifica como recursos efectivos⁴³⁴.

Como vimos, os *meios jurisdicionais* são, por excelência, recursos efectivos. À luz do que *supra* descrevemos, a ordem jurídica portuguesa coloca à disposição dos cidadãos vários meios de tutela jurisdicional para reagir a uma violação emanada de

⁴²⁸ Quanto ao Provedor de Justiça em particular *vide*, Decisão da Comissão no caso Montion c. França, 14.05.1987, que tem sido sucessivamente citada.

⁴²⁹ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 151; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 97, 103 e 104.

⁴³⁰ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 150.

⁴³¹ Cf. *Idem, ibidem*, p. 152.

⁴³² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

⁴³³ *Vide*, comunicações referidas na Nota de Rodapé 349 *supra*.

⁴³⁴ O Tribunal tem entendido que devem estar disponíveis na ordem jurídica interna dois tipos de recursos: um preventivo e outro compensatório. —Ac. Torreggiani e outros c. Itália (2.ª Secção), 8.01.2013.

qualquer um dos poderes. No entanto, a articulação entre estes vários mecanismos é difícil, o que, por sua vez, causa um problema acrescido na análise dos requisitos de admissibilidade em Estrasburgo.

Desde logo, consoante o tipo de acção em causa, o particular deverá propô-la junto do tribunal competente⁴³⁵ e, nesse âmbito, esgotar todos os graus de recurso disponíveis. Impõe-se, porém, considerar as regras de processo interno. Por exemplo, caso o valor da acção não ultrapasse o valor da alçada da primeira instância em processo civil, não haverá mais graus de recurso a exaurir, pelo que poderá apresentar-se queixa ao TEDH sem que tenha havido uma reapreciação interna da decisão. Recorde-se que não basta recorrer apenas da decisão, é indispensável suscitar, em substância, a questão que depois se apresenta no TEDH⁴³⁶.

Para além das regras de processo interno, afigura-se necessário considerar também a jurisprudência estabilizada respeitante à competência dos tribunais superiores. Por exemplo, nos processos de jurisdição voluntária de promoção e protecção de crianças e jovens em risco, o TEDH, suportado na jurisprudência do STJ segundo a qual se considera competente para apreciar recursos relativos à protecção de crianças e jovens desde que sejam suscitadas questões de direito, entendeu que se impunha recorrer para este tribunal, ainda que a lei seja aparentemente clara no sentido de não comportar esse recurso (cf. artigo 1411.º, n.º 2, do antigo CPC, que corresponde ao actual 988.º, n.º 2, do Código de Processo Civil⁴³⁷ — “CPC”)⁴³⁸.

Os recursos extraordinários, à luz do que vimos *supra*, não serão meios a esgotar. Não obstante a proximidade terminológica, importa reter a diferença existente entre *recursos extraordinários* e *recursos excepcionais* que assume, neste contexto, uma importância fulcral. Na verdade, o TEDH já considerou que o recurso de revista excepcional previsto no artigo 150.º do CPTA constitui um recurso efectivo⁴³⁹ que se impõe esgotar nos casos em que estejam preenchidos os respectivos pressupostos. Tal

⁴³⁵ É imperativo ter atenção à questões que podem cair no âmbito da competência de tribunais especializados. Por exemplo, actos emanados dos serviços prisionais são controlados judicialmente pelo Tribunal de Execução de Penas – Cf. Artigo 138.º, n.º 4, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

⁴³⁶ *Vide*, por exemplo, Decisão quanto à admissibilidade no caso Carballo e Piñero (2.ª Secção), 21.06.2011.

⁴³⁷ Aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

⁴³⁸ Cf. Decisão quanto à admissibilidade no caso Brás de Matos e da Costa Torrezão c. Portugal (2.ª Secção), 12.11.2013, em particular, par. 38 e 39.

⁴³⁹ Cf. Decisão quanto à admissibilidade no caso Conceição c. Portugal (2.ª Secção), 29.05.2012. Em particular, sobre a distinção entre os dois termos jurídicos, par. 18.

raciocínio deverá aplicar-se igualmente para os casos de revista excepcional em processo civil (cf. artigo 672.º do CPC).

Relativamente à acção de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado por danos resultantes da função político-legislativa, jurisdicional ou administrativa, a jurisprudência do TEDH diferencia a qualificação do recurso como efectivo consoante o direito e violação em causa. Conforme veremos *infra*, esta via de recurso interna é considerada efectiva nos casos de invocação de violação do artigo 6.º na vertente de incumprimento da obrigação de proferir decisão num prazo razoável.

Ora, ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1, da Lei 67/2007, verificada a responsabilidade do Estado, deve, preferencialmente, reconstituir-se “*a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. No entanto, são várias as situações em que o escopo desta acção não é de molde a permitir essa reconstituição, casos em que ao demandante será apenas atribuída uma compensação pecuniária.

Por exemplo, quando está em causa a legalidade de uma prisão (verificada naquele momento), a acção de responsabilidade civil contra o Estado não representará um recurso efectivo. Como explica Ireneu CABRAL BARRETO, “*o direito de fazer examinar a legalidade de uma detenção e o de obter reparação por uma privação de liberdade contrária ao artigo 5.º são dois direitos distintos*”⁴⁴⁰. Tal não deverá ser confundido com a situação em que o requerente pretende efectivamente apenas ser ressarcido pelos danos sofridos em virtude de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, para os quais se prevê um meio de reacção específico (cf. artigo 225.º do CPP – fora desses casos, o requerente poderá também demandar o Estado, nomeadamente por erro judiciário nos termos do artigo 13.º da Lei n.º 67/2007)⁴⁴¹.

Por fim, quanto aos meios específicos referidos, refira-se que, da pesquisa que nos foi possível realizar, o TEDH não foi chamado ainda a pronunciar-se directamente sobre a efectividade da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias⁴⁴² que, relativamente à providência de *habeas corpus* para reagir a uma prisão ilegal, não há

⁴⁴⁰ Cf. *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 408. FAUSTO DE QUADROS, tomando como exemplo a restrição ao direito de propriedade levada a cabo em resultado de uma expropriação, considera também que a acção de responsabilidade do Estado não será um recurso efectivo pois não permite ao particular obter, com a mesma, a remoção do acto ablativo da sua propriedade da ordem jurídica. — Cf. “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 152 e 153.

⁴⁴¹ Vide, neste sentido, Germano MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 427 e ss.

⁴⁴² Embora o recurso à intimação tenha já surgido no âmbito de uma queixa ao TEDH — Vide, Ac. Women on Waves e outros c. Portugal (2.ª Secção), 3.02.2009.

qualquer indicação no sentido de não dever ser considerada como um recurso efectivo para efeitos dos artigos 13.º e 35.º da CEDH⁴⁴³.

(A) Os casos de “*demora*” (artigo 6.º da CEDH)

Como é sabido, grande parte do contencioso português em Estrasburgo diz respeito aos problemas de “*demora*” —violação do artigo 6.º com fundamento na vertente do direito a exame da causa em prazo razoável. Neste contexto, o acolhimento das recomendações do TEDH no sentido de instituir mecanismos específicos para reparar estas violações no plano doméstico e a sua efectiva implementação seriam um passo natural e expectável a tomar pelo Estado Português.

O ordenamento jurídico português estabelece um mecanismo específico para reagir contra a demora injustificada no âmbito do processo penal: o pedido de aceleração processual previsto nos artigos 108.º e 109.º do CPP, que é considerado um recurso efectivo a esgotar em casos de demora no processo penal⁴⁴⁴.

Os particulares gozam também de um mecanismo transversal que possibilita a demanda do Estado pelo atraso da justiça: a acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado. Até 2007, a acção de responsabilidade civil extracontratual era regulada pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. Em 2007 entrou em vigor o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro⁴⁴⁵. O artigo 12.º deste regime refere-se expressamente à responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional, dispondo que “*é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa*”.

⁴⁴³ Neste âmbito poderíamos interrogar-nos se, à luz dos critérios *supra* expostos, esta providência extraordinária é um recurso efectivo. Como escreve MARQUES DA SILVA, o facto de ter erroneamente sido considerado como um recurso “*tem tido uma influência dominante na jurisprudência e tem sido a razão pela qual desde a sua instituição no direito português é considerado insuficiente*”. — *Curso de Processo Penal*, Vol. II, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁴⁴ Cf. Decisão quanto à admissibilidade no caso *Tomé Mota c. Portugal* (4.ª Secção), 2.12.1999; *Ac. Pinheiro Silvestre c. Portugal* (2.ª Secção), 23.10.2012, par. 46.

⁴⁴⁵ *Vide*, sobre este regime e, em particular, quanto à responsabilidade advinda de actos da função jurisdicional, Maria José RANGEL MESQUITA, “O novo regime da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2010, pp. 415-434; Carlos Alberto FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2011; Carla AMADO GOMES, *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas: lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, AAFDL, 2008.

Acima vimos que para que um recurso possa ser considerado efectivo deverá existir com um grau suficiente de certeza, exigindo-se, nesse sentido, que a jurisprudência relativa ao mesmo esteja suficientemente consolidada. A efectividade da acção de responsabilidade civil extracontratual é um excelente exemplo da aplicação deste mesmo critério. Com efeito, a jurisprudência do TEDH tem sido sucessivamente revista e marcada por avanços e recuos consoante as oscilações verificadas na jurisprudência nacional, em particular, no que respeita aos critérios para atribuir uma indemnização.

Esta foi, muito sumariamente, a evolução da jurisprudência do TEDH no que concerne à efectividade da acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de demora: (i) *até 2003*: não era considerado um recurso efectivo; (ii) *de 2003 a 2008*: em 2003, esta posição foi revista⁴⁴⁶, tendo o TEDH entendido que a jurisprudência portuguesa dava já mostras de admitir que a duração excessiva dos processos judiciais violava o artigo 6.º da CEDH, gerando responsabilidade do Estado, e que tinham sido ultrapassados os obstáculos verificados anteriormente⁴⁴⁷, pelo que a acção era considerada um recurso efectivo; (iii) *de 2008 a 2015*: o TEDH voltou a rever a sua posição em 2008⁴⁴⁸, entendendo que a desconsideração, pelos tribunais centrais administrativos, dos danos morais sofridos pelos particulares para efeitos de

⁴⁴⁶ Cf. Decisões quanto à admissibilidade nos casos Paulino Tomás e Gouveia da Silva Torrado c. Portugal (3.ª Secção), 27.03.2003 e 22.05.2003.

⁴⁴⁷ Relacionados com a determinação dos tribunais competentes para apreciar estes litígios, problema ao qual estava associada a prática do MP de invocar excepções à apreciação destas acções.

⁴⁴⁸ Cf. Ac. Martins Castro e Alves Correia de Castro (2.ª Secção), 10.06.2008, pars. 51 a 56. *Vide* também Ac. Ferreira Alves c. Portugal (n.º 6) (2.ª Secção), 13.04.2010, pars. 27 a 29; Ac. Marques de Almeida c. Portugal (4.ª Secção), 13.12.2016, pars. 26 e 27.

Destaque-se, neste âmbito, o acórdão Sociedade de Construções Martins & Vieira, Lda e outros (1.ª Secção), 30.10.2014. Neste caso, os requerentes demandaram o Estado Português perante o TEDH peticionando uma indemnização pelos danos sofridos em virtude da demora na prolação de uma decisão em processo-crime no qual eram arguidos, invocando violação do artigo 6.º da Convenção. Embora estivessem pendentes as acções de responsabilidade do Estado à data da apresentação da queixa em Estrasburgo, o Tribunal desconsiderou-as visto não serem consideradas um recurso efectivo e condenou o Estado Português a pagar uma indemnização aos requerentes. Ora, na decisão da acção de responsabilidade civil pendente, o TCAN — Ac. TCAN (1.ª Secção), 5.06.2015, processo n.º 2533/06.6BEPRT, Relator: Desembargador Helder Vieira — determinou a inutilidade superveniente da lide em virtude de o Estado Português já ter sido condenado pelo TEDH ao pagamento da indemnização, de onde resultava que a acção se havia quedado sem objecto quanto aos pedidos formulados pois “*o efeito útil visado (...) não é já susceptível de ser alcançado*”. No entender daquele tribunal, esta solução impunha-se para evitar uma “*dupla condenação da mesma entidade pelos mesmo factos*”. Em crítica à solução adoptada pelo TCAN, Maria José RANGEL MESQUITA considera que “*ao decidir no sentido de julgar verificada a excepção da inutilidade superveniente da lide, com a consequente extinção da instância, o TCA Norte precluiu a aferição, em concreto, da possibilidade de alcançar uma protecção mais elevada dos lesados*”. — “Responsabilidade do Estado Juiz e justiça regional europeia em matéria de Direitos Humanos: Anotação ao Ac. do TCA Norte de 5.6.2015, P.2533/06.6BEPRT”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, n.º 116, Março/Abril, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2016, p. 47.

indemnização era desconforme às exigências da CEDH e, portanto, que a acção não podia constituir um recurso efectivo. Neste acórdão de 2008, o TEDH fazia já referência a um acórdão do STA, no qual a jurisprudência do TEDH era integralmente adoptada⁴⁴⁹. Considerando, todavia, que esta jurisprudência não era acolhida pelos tribunais administrativos de forma constante, o TEDH considerou que o reconhecimento da efectividade desta acção estava dependente da prolação de um acórdão de uniformização de jurisprudência que consagrasse a jurisprudência do referido acórdão do STA; (iv) *a partir de 2015*: em 2015, o TEDH voltou a apreciar a jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses sobre esta matéria, tendo concluído que a jurisprudência nacional havia já claramente adoptado os critérios seguidos pelos TEDH⁴⁵⁰. Em resultado, foi reestabelecida a obrigatoriedade de esgotar o meio prévio da acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos e para os efeitos do artigo 35.º, n.º 1, da CEDH.

Ora, a consideração do TEDH de que este mecanismo constitui um recurso efectivo e, assim, um meio a exaurir antes de apresentada a queixa ao TEDH, reforça o carácter subsidiário da sua intervenção nestes casos. A possibilidade de o particular lesado demandar o Estado e obter reparação pela violação no plano interno é, assim, de aplaudir⁴⁵¹.

É necessário, porém, não perder de vista que este entendimento do Tribunal não é estático e poderá ser revisto novamente em função da jurisprudência dos tribunais portugueses.

Neste ponto cabe ainda referir o seguinte: de acordo com entendimento constante do TEDH, em casos de demora, não era exigido ao particular que aguardasse até à resolução definitiva do litígio para apresentar queixa em Estrasburgo. Assim, ultrapassado o prazo razoável (o que seria determinado à luz das circunstâncias do caso concreto), o requerente poderia imediatamente “*recorrer*” ao TEDH.

Ora, exigindo-se agora que o requerente intente previamente uma acção de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado impõe-se perguntar se se aplicará o mesmo entendimento ao nível interno, isto é, se o requerente poderá intentar a acção assim que considerar ter decorrido um prazo razoável ou se, ao invés, terá que aguardar

⁴⁴⁹ Cf. Ac. STA (2.ª Subsecção do CA), 28.11.2007, processo n.º 0308/07, Relator Conselheiro Políbio Henriques.

⁴⁵⁰ Cf. Ac. Valada Matos das Neves (1.ª Secção), 29.10.2015, pars. 74 a 101.

⁴⁵¹ Breve referência para a experiência do direito italiano que levou à aprovação de uma lei contemplando um meio específico ao nível interno nos casos de demora: a *Lei Pinto*. — Vide, Ireneu CABRAL BARRETO, “A jurisprudência do novo Tribunal...”, *op. cit.*, p. 31.

pela resolução definitiva do litígio. Nos termos do artigo 498.º do Código Civil, aplicável *ex vi* o artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, “o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”. Neste sentido, alguns acórdãos dos tribunais portugueses têm considerado que o prazo de prescrição da acção com fundamento em demora excessiva, corre a partir do momento em que o interessado toma consciência *do atraso do processo e dos danos por este causados*⁴⁵², o que pode evidentemente acontecer antes do final da decisão. Este entendimento parece ser aquele que mais se adequa às recomendações do TEDH. A não ser assim, tornar-se-ia a obrigação de esgotamento desta via de recurso excessivamente onerosa.

Contudo, verifica-se também uma tendência na jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses para colocar uma ênfase particular na consideração da duração global do processo, isto é, até à prolação da decisão final, e de todas as circunstâncias do caso que poderão ter contribuído para o atraso⁴⁵³.

Por fim, referimo-nos a dois casos de *sobreposição de vias de recurso potencialmente aplicáveis* neste âmbito. No primeiro caso, estava em causa saber se depois de ter requerido a aceleração processual no âmbito de processo penal, seria ainda exigível ao requerente que demandasse o Estado em acção por responsabilidade civil extracontratual⁴⁵⁴. Notamos que o caso é de 2004, altura em que, como vimos, a acção de responsabilidade civil extracontratual era considerada como um meio efectivo a esgotar. O TEDH considerou ser apenas exigível que os requerentes façam um uso normal das vias de recurso internas consideradas eficazes e suficientes e assim, caso tenha sido exaurida uma via sem sucesso, não é exigido o uso de outra via que tem essencialmente o mesmo escopo, sob pena de se onerar excessivamente o requerente.

No segundo caso, recentemente decidido pelo Tribunal Pleno, em que estava em causa a demora na decisão de um recurso da aplicação de medida de prisão preventiva, o Governo invocou a excepção do não esgotamento das vias de recursos internas em virtude de o requerente não ter pedido a aceleração processual, nos termos dos artigos 108.º e 109.º do CPP⁴⁵⁵. O TEDH considerou, porém, que o escopo desse mecanismo concerne ao artigo 6.º da Convenção, substancialmente diferente do artigo 5.º, n.º 4, no qual se incluía a pretensão do requerente. Decorre deste artigo uma exigência específica

⁴⁵² Cf. Ac. Valada Matos das Neves, *supra* identificado, pars. 46 e 47.

⁴⁵³ *Vide, Idem*, pars. 28 a 42.

⁴⁵⁴ Cf. Decisão quanto à admissibilidade no caso *Moreira Barbosa c. Portugal* (3.ª Secção), 29.04.2004.

⁴⁵⁵ Cf. Ac. Martins O’Neill Pedrosa c. Portugal (4.ª Secção), 14.02.2017, pars. 30 a 33.

de que a decisão sobre a manutenção da medida de prisão preventiva seja proferida “*em curto prazo de tempo*”. O Tribunal, dada a natureza distinta dos direitos em causa, considerou que o pedido de aceleração processual não seria um mecanismo efectivo para satisfazer a pretensão do requerente (revisão, num curto período de tempo, da legalidade da sua prisão).

(B) O recurso ao Tribunal Constitucional: obrigatoriedade ou casuísmo?

Analizados vários dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico português para reagir a uma violação de direitos fundamentais, cabe agora passar à análise daquele que suscita maiores dúvidas e inquietações.

Conforme jurisprudência do próprio TEDH, a obrigatoriedade de recorrer à jurisdição constitucional, ao abrigo do artigo 35.º, n.º 1, da CEDH, “*depende largamente das particularidades do sistema jurídico do Estado arguido e da extensão das competências da sua jurisdição constitucional*”⁴⁵⁶. Esta formulação tem sido utilizada pelo Tribunal em diversos casos contra o Estado Português, mas também contra outros Estados Parte, pelo que se poderá desde logo concluir que este não é um problema exclusivamente português⁴⁵⁷.

Com efeito, o recurso ao tribunal constitucional do Estado Parte não é necessariamente um recurso efectivo nos termos e para os efeitos analisados acima (*vide* 1.2.2.(A)(i) *supra*). Segundo jurisprudência constante do TEDH, quando as competências do tribunal constitucional “*se limitam a um controlo da constitucionalidade e da compatibilidade hierárquica das normas jurídicas, o recurso perante a jurisdição constitucional apenas deve ser exercido quando o requerente põe em causa uma disposição legislativa ou regulamentar como sendo, em si, contrária à Convenção (...)* ***Em contrapartida este recurso não é efetivo quando o requerente apenas denuncia um erro na interpretação ou na aplicação de uma lei ou de um regulamento que, em si, não são inconstitucionais.***” (realçado nosso)⁴⁵⁸. Como sabemos, este é o caso português.

Neste contexto, a indicação do próprio Tribunal Constitucional vai no sentido de que o recurso para o TC *não constitui um recurso efectivo* que, assim, seja obrigatório

⁴⁵⁶ Cf. Ac. Soares de Melo c. Portugal (4.ª Secção), 16.02.2016, par. 71.

⁴⁵⁷ Vide, neste sentido, o Guia prático sobre a Admissibilidade, par. 70.

⁴⁵⁸ Ac. Soares de Melo c. Portugal, par. 71.

esgotar ao abrigo do artigo 35.º da CEDH⁴⁵⁹, entendimento que é suportado no facto de o acesso ao TC ser “*feito para mero controlo da constitucionalidade de normas, e não para protecção directa e imediata de direitos fundamentais*” (realçado nosso)⁴⁶⁰. Em consequência, muitas das questões tratadas pelo TEDH escapam ao controlo do TC⁴⁶¹.

No entanto, afirmações como as que antecedem devem ser acompanhadas das devidas cautelas, sob pena de esta consideração genérica ser mal-interpretada e causar uma evitável preclusão do direito de petição ao TEDH. Na verdade, é preciso distinguir aqui as situações em que (i) o recurso ao TC, devido às suas características, não possa ser realmente considerado como efectivo, daquelas outras em que (ii) as características do recurso o tornam efectivo para reparar a situação no caso concreto e, logo, de esgotamento obrigatório.

Assim, nos casos em que o requerente invoca uma violação da Convenção (e, bem assim, da CRP) fundada na decisão judicial em si, ou seja, das operações subsuntivas realizadas pelo julgador, mas sem que esteja realmente em causa uma dimensão normativa reputada inconstitucional, o TEDH tem entendido que o recurso à jurisdição constitucional *não é efectivo* — pois o Tribunal Constitucional não terá competência para apreciar a questão — e que, portanto, o seu esgotamento não é obrigatório para efeitos da admissibilidade da queixa⁴⁶².

No entanto, à luz do que analisámos no ponto 3.2.1. *supra*, justifica-se que nos detenhamos com maior profundidade nas particularidades desta via de recurso interna. Desde logo, cabe dizer que, considerando o nosso sistema de *fiscalização concreta* da constitucionalidade, a questão de saber se o recurso ao TC constitui um recurso efectivo coloca-se, a maior parte das vezes, no âmbito de queixas em que se invoca uma violação fundada numa decisão judicial. Com efeito, é nestes casos que a via de acesso directo à jurisdição constitucional poderá estar aberta caso o requerente tenha invocado a

⁴⁵⁹ Cf. Catarina SARMENTO E CASTRO, “O Modelo Português...”, *op. cit.*, p. 451; *Idem*, “Modelos de Justiça Constitucional”, *op. cit.*, p. 23; AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 45.

⁴⁶⁰ Catarina SARMENTO E CASTRO, “O Modelo Português...”, *op. cit.*, p. 451.

⁴⁶¹ O que, todavia, não significa que não possa haver esse controlo prévio em determinadas circunstâncias. — Cf. AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 45.

⁴⁶² *Vide*, Decisão quanto à admissibilidade no caso Colaço Mestre e SIC – Sociedade Independente de Comunicação S.A. c. Portugal (2.ª Secção), 18.10.2005; Ac. Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL e outros c. Portugal (1.ª Secção), 3.09.2015 (pars. 61 e 65 a 70); Ac. Público e Comunicação Social, S.A., e outros c. Portugal (2.ª Secção), 7.12.2010 (pars. 29 a 32); Ac. Gouveia Gomes Fernandes e Freitas da Costa (2.ª Secção), 29.03.2011 (pars. 29 a 32); e Decisão quanto à admissibilidade no caso Matos Dinis (2.ª Secção), 2.10.2012 (pars. 28 a 30).

inconstitucionalidade de uma norma aplicada no caso concreto pelo tribunal, sem que lhe tenha sido reconhecida razão.

Ora, conforme vimos, o TC tem admitido os recursos de fiscalização concreta de forma ampla, adoptando um conceito funcional de norma e permitindo a apreciação da interpretação da norma resultante do processo hermenêutico realizado pelo julgador no caso concreto. No entanto, para fazer o recorte dessa dimensão normativa, o TC socorre-se de critérios extremamente complexos e que geram uma margem considerável de incerteza quanto ao resultado. Uma tal incerteza explica que este recurso seja muitas vezes utilizado em situações de inadmissibilidade do mesmo, designadamente por desconhecimento dos respectivos pressupostos, mas fomenta igualmente a sua utilização como manobra dilatória.

Face a este estado das coisas, nestes casos de violação fundada em decisão judicial, em que é difícil distinguir a norma dos parâmetros subsuntivos utilizados pelo julgador, é frequente o Governo invocar a excepção de inadmissibilidade por não esgotamento do recurso ao TC em fiscalização concreta. O TEDH é, assim, chamado a apreciar da efectividade deste recurso no caso concreto.

Nos campos em que se regista uma jurisprudência sólida e consolidada do TC quanto à não admissibilidade, entende-se que a tentativa de esgotamento é inútil, pelo que poderá recorrer-se directamente ao TEDH. No entanto, muitas vezes, a conclusão quanto à efectividade do recurso ao TC no caso concreto depende da análise que aquele tribunal faça quanto à existência ou não de uma dimensão normativa a ser sindicada pelo mesmo. Ou seja, a análise interna pelo TC condicionará a apreciação do TEDH quanto à admissibilidade nestes termos: se o TC considera que o recurso de fiscalização concreta não suscita uma questão de constitucionalidade de normas e, em conformidade, o rejeita, o TEDH também não considerará o recurso de fiscalização concreta nesse caso como recurso efectivo.

Esta apreciação é da maior importância pois, como vimos no ponto 1.2.2.(A)(ii) *supra*, não sendo considerado como recurso efectivo, não relevará para efeitos de esgotamento e tampouco será considerado para efeitos do prazo de 6 meses. Em consequência, caso tenha já decorrido o prazo de 6 meses desde a decisão final, a queixa será extemporânea⁴⁶³.

⁴⁶³ *Vide*, o exemplo particularmente elucidativo da Decisão quanto à admissibilidade no caso Traina c. Portugal (4.ª Secção), 21.03.2017.

Note-se que esta análise do TC do seu crivo de competência é, não só considerada pelo TEDH, como pode ser mesmo sindicada por este nos casos em que esteja em causa um erro evidente na identificação da dimensão normativa da decisão judicial em apreço.

Em face do exposto, conclui-se que na ausência de cânones estáveis seguidos na jurisprudência e que sejam passíveis de produzir resultados previsíveis, suscitam-se *dúvidas* relativamente à obrigatoriedade de esgotar o recurso ao Tribunal Constitucional mesmo nos casos em que a violação se funda numa decisão judicial em que, à primeira vista, não se discute a constitucionalidade de uma norma. Conforme vimos *supra*, nestas situações de dúvida, deverá utilizar-se esse meio de reacção para acautelar o cumprimento dos requisitos do artigo 35.º, n.º 1, da CEDH. A utilização desse meio poderá, inclusivamente, dissipar as dúvidas quanto à sua obrigatoriedade, desde que a decisão de (in)admissibilidade seja devidamente fundamentada.

Esta questão constitui uma preocupação muito séria dos advogados portugueses⁴⁶⁴. Em particular, dado que o recurso ao TC é caro, entende-se que a obrigatoriedade do seu esgotamento deve ser certa, sob pena de se tornar demasiado oneroso para o particular⁴⁶⁵.

Face a estas dificuldades, o Tribunal tem, quanto a este tema, adoptado uma *postura amiga do requerente*. Aconselha-se, assim, que o requerente exerça a chamada “*jurisprudência das cautelas*”⁴⁶⁶, ou seja, apresente o recurso ao TC e, ao mesmo tempo, apresente a queixa em Estrasburgo indicando que o recurso perante o TC está à espera de decisão sobre admissibilidade. Assim, ao invés de se rejeitar a queixa com fundamento em ser prematura, estas queixas são registadas e ficam pendentes, a aguardar informação relativamente à decisão de (in)admissibilidade do TC, daí se retirando depois as necessárias consequências.

Esta será a forma de acautelar que, caso o recurso ao TC seja rejeitado com fundamento na questão colocada não incidir sobre a constitucionalidade de uma norma, o requerente não perde o prazo para apresentar queixa ao TEDH. Assim: caso o TC rejeite o recurso, a queixa terá dado entrada no TEDH em tempo; caso o TC admita o

⁴⁶⁴ Este tema foi discutido de forma acesa em duas conferências recentes organizadas pela Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, que tiveram lugar em 18 Fevereiro 2016 e 29 Abril 2016.

⁴⁶⁵ Neste sentido, José Eduardo GONÇALVES LOPES refere mesmo que “*o direito de acesso ao próprio TEDH pode ser posto em causa, por motivos financeiros, se se pressupuser o acesso prévio ao TC português*”. — *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁶⁶ O que implica, por parte dos requerentes, um grau de diligência acrescida e a apresentação da queixa mesmo que a título meramente de “precaução”. *Vide*, por exemplo, Decisão quanto à admissibilidade no caso *Traina c. Portugal* (4.ª Secção), 21.03.2017, par. 29.

recurso, o TEDH rejeita a queixa por ser prematura, não se precludindo, porém, o direito de a voltar a apresentar mais tarde.

Refira-se ainda, neste ponto, que o próprio facto de a jurisprudência do TC ser oscilante, pode abalar a efectividade do recurso à luz dos critérios *supra* descritos que exigem a verificação de um determinado grau de certeza no recurso, o que será aferido pela jurisprudência do tribunal⁴⁶⁷.

Ao invés, se o que se contesta na decisão de que se recorre é, efectivamente, a aplicação de uma norma ou interpretação normativa que se reputa de inconstitucional, tendo-se invocado esse vício durante o processo, o *recurso ao TC será efectivo*⁴⁶⁸. Além de se inserir na esfera de competência própria do TC, o recurso permitirá também fazer cessar e reparar a violação (nos termos do artigo 80.º, n.º 2 e 3, da LTC).

Nestes casos, em conformidade com o exposto, será *obrigatório esgotar o recurso ao TC*.

Certo é que, se o requerente não invocou a inconstitucionalidade da norma aplicada pelo tribunal *a quo* durante o processo, mas depois recorre ao TC, o recurso será inviável por falhar um dos pressupostos previstos nos artigos 280.º, n.º 1, al. b), da CRP e 70.º, n.º 1, al. b) da LTC. Assim, para efeitos dos artigos 13.º e 35.º, n.º 1, este recurso será considerado como não efectivo e, portanto, não será necessário que o requerente o esgote. Aliás, caso apresente esse recurso ao TC e fique à espera da decisão de inadmissibilidade, o requerente corre mesmo o risco que o prazo de seis meses entretanto decorra e fique, assim, precludido o seu direito de apresentar queixa ao TEDH.

De outro lado, nos casos em que o recurso ao TC se assume como efectivo, mas seja rejeitado com fundamento em erro imputável ao requerente, nomeadamente por não cumprir com os requisitos formais de interposição do recurso⁴⁶⁹ (nos termos dos artigos

⁴⁶⁷ Neste ponto é interessante ver as reflexões de Eugeni GAY MONTALVO relativamente à qualificação do recurso de amparo espanhol como recurso efectivo em consequência de uma alteração legislativa que impunha um novo requisito de admissibilidade cuja concretização estava dependente de densificação jurisprudencial ou legal, com evidente impacto na acessibilidade dos particulares ao mesmo. — Cf. “El recurso de amparo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) 6/2007. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Uma visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 181 e ss.

⁴⁶⁸ Cf. FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, p. 152; ARMANDO ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 104 e 105.

A este propósito atente-se no exemplo particularmente ilustrativo dos casos Silva e Mondim Correia c. Portugal (4.ª Secção), comunicados ao Estado Português em 24.05.2016.

⁴⁶⁹ *Vide*, sobre a distinção entre os pressupostos da fiscalização concreta e os requisitos formais, CARLOS LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta...*, *op. cit.*, p. 217.

75.º-A e 76.º da LTC), tal será valorado pelo TEDH e a queixa declarada inadmissível com fundamento em não esgotamento das vias de recurso. Igualmente, nos casos em que o recurso ao TC era efectivo mas o requerimento de recurso foi indeferido pelo tribunal *a quo*, é obrigatório que o particular reclame para o TC, nos termos dos artigos 76.º, n.º 4, e 77.º, n.º 1, da LTC, sob pena, mais uma vez, de não esgotamento das vias de recurso. Igual raciocínio se aplica nos casos em que o recurso seja sujeito a exame preliminar e decidido por decisão sumária do relator, nos termos do artigo 78.º-A, caso em que cabe também reclamação para a conferência do TC (artigo 78.º-A, n.º 3, da LTC). Efectivamente, nestas situações, considera-se que o particular terá ainda ao seu dispor uma forma de reagir e de permitir que o Estado se pronuncie sobre a violação invocada previamente a recorrer ao TEDH.

Ora, sem prejuízo dos esforços para facilitar esta articulação, é evidente, em face do exposto, que esta é uma fonte de incertezas e insegurança e, não raras vezes, uma fonte de erros. Com efeito, chamado a decidir sobre a admissibilidade de um caso no qual existe um recurso pendente perante o TC, o TEDH decide, muitas vezes, com base numa *presunção* de que, em face das circunstâncias do caso concreto, o TC não vai apreciar o recurso que foi apresentado. Já noutras, o TEDH reconhece que não pode (deve) fazer um *juízo de prognose* sobre o resultado do recurso ao TC.

Para elucidar o perigo destes parâmetros de admissibilidade dos recursos, veja-se o já referido caso Soares de Melo. Estando pendente um recurso perante o Tribunal Constitucional, no âmbito de fiscalização concreta, o TEDH considerou que (i) parte do recurso incidia sobre a decisão judicial em si (em particular, o carácter desproporcionado da medida de colocação em instituição dos filhos da requerente com vista à sua adopção) e *que portanto estava condenado ao fracasso*; e (ii) quanto à constitucionalidade da ausência de obrigatoriedade de representação por advogado dos pais de uma criança sujeita a processo de protecção, *que não podia especular sobre a admissibilidade e o resultado potencial dessa parte do recurso ao TC*. Nesse particular, o Tribunal referiu mesmo *que não era exigível da Requerente que esperasse mais tempo pela decisão do TC*⁴⁷⁰. Tendo apreciado a questão, o TEDH veio a condenar o Estado Português por violação do artigo 8.º da Convenção⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Cf. Ac. Soares de Melo c. Portugal, pars. 73 e 74.

⁴⁷¹ Este caso é também interessante por se prever, no dispositivo do acórdão, uma injunção de artigo 46.º que acima analisámos — Cf. n.º 7.

Ora, o TC veio efectivamente a conhecer parcialmente do recurso⁴⁷², não sem antes dedicar um ponto à consideração da subsistência da utilidade da sua própria decisão face à decisão do TEDH (cf.ponto B) da fundamentação do acórdão do TC). Confirmando a prognose do TEDH, o TC rejeitou a maior parte das questões integrantes do recurso. No entanto, quanto à segunda questão, o TC julgou inconstitucional a norma segundo a qual não é obrigatória a representação dos progenitores de crianças e jovens sujeitos a processo de protecção em juízo, por advogado, questão que havia já sido apreciada pelo TEDH e valorada para efeitos da conclusão pela violação do artigo 8.º em virtude de o processo decisório não ter sido equitativo (cf. par. 123). Em conformidade, o TC determinou a revogação da decisão recorrida e a sua reformulação de acordo com o juízo de inconstitucionalidade.

Este caso demonstra bem as dificuldades da articulação processual entre os dois tribunais e a distorção do princípio da subsidiariedade que estas deficiências podem acarretar. Demonstra também que, pese embora as diferentes vocações do TC e do TEDH no que concerne à tutela dos direitos fundamentais (podendo afirmar-se que o primeiro apenas o faz de forma indirecta), estas podem, de facto, sobrepor-se.

No que concerne à *fiscalização abstracta* de uma norma, o TEDH já considerou que este pode ser um recurso efectivo nos casos em que violação invocada tem por fundamento um acto legislativo que produz efeitos directos na esfera do requerente (por exemplo, aplicação de uma taxa)⁴⁷³. Tal não significa, contudo, que se impõe que o requerente esgote este recurso pois, como é sabido, falta-lhe o poder de iniciativa para suscitar este tipo de fiscalização. Com efeito, neste âmbito os particulares têm apenas um poder de iniciativa indirecto, através da queixa ao Provedor de Justiça⁴⁷⁴.

Significa, no entanto, que estando pendente um recurso de fiscalização abstracta da constitucionalidade de uma norma perante o TC, a queixa poderá ser considerada prematura, impondo-se ao requerente que espere pelo resultado desse processo. Com efeito, da apreciação deste recurso poderá resultar a declaração de inconstitucionalidade

⁴⁷² Ac. TC n.º 193/2016 (2.ª Secção), 4.04.2016, processo n.º 919/15, Relator: Conselheiro Pedro Machete.

⁴⁷³ Vide, por exemplo, Decisão quanto à admissibilidade nos casos Conceição Mateus e Santos Januário c. Porrrugal (2.ª Secção), 8.10.2013, par. 17; Decisão quanto à admissibilidade no caso Da Silva Carvalho Rico c. Portugal (1.ª Secção), 1.09.2015, par. 29. Nestes casos — que correspondem à apreciação de normas concretizadoras de medidas de austeridade —, o TEDH considerou que o único recurso efectivo seria a fiscalização abstracta da norma, não tendo os particulares mais nenhuma via de recurso à qual pudessem recorrer.

⁴⁷⁴ Neste sentido, FAUSTO DE QUADROS, “O Princípio da Exaustão...”, *op. cit.*, pp. 128 e 140; Armando ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem...*, *op. cit.*, pp. 103 e 104.

da norma com força obrigatória geral pelo TC e, regra geral, com efeitos retroactivos (cf. artigo 282.º da CRP), o que poderá ter efeitos sobre a situação do requerente.

Em face de tudo quanto ficou exposto neste ponto, conclui-se que a efectividade do recurso ao TC depende das circunstâncias do caso concreto bem como da própria jurisprudência daquele tribunal. Neste contexto, não é possível esboçar aqui, com certeza, um desenho definitivo desta articulação ao nível processual entre os dois tribunais, para além das linhas gerais e, como vimos, ténues, que deixámos escritas. Notamos, aliás, que as considerações aqui expostas resultam da análise da jurisprudência do TEDH que poderá ser revista e adoptado entendimento diverso.

3.3.3 *A articulação material entre os dois sistemas: a relação entre o TEDH e as autoridades nacionais*

Analisadas as particularidades da articulação processual entre os dois sistemas, cabe agora analisar a articulação material entres os mesmos.

Em primeiro lugar, cabe perceber que entidades são chamadas a interagir com o TEDH. Desde logo, nos termos do artigo 35.º do Regulamento, os Estados são representados por agentes. No caso português, o Estado é representado em juízo por um magistrado do Ministério Público com a categoria de Procurador-Geral da República Adjunto, nomeado *Agente do Governo* junto do TEDH⁴⁷⁵. Este agente, que está encarregue da representação do Estado a título de permanência, pode também ser assistido por advogados e conselheiros quando se justificar e de acordo com a matéria em causa⁴⁷⁶.

A opção por fazer recair a representação do Estado sobre o MP, embora não expressamente prevista na lei, integra-se perfeitamente nas competências desta magistratura, ao abrigo do artigo 219.º da CRP e, principalmente, do artigo 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público⁴⁷⁷, que estabelece como primeira competência deste órgão a representação do Estado⁴⁷⁸.

Neste âmbito, o que já causa alguma estranheza é que a entidade responsável pela difusão da CEDH e da jurisprudência do TEDH esteja também na dependência do MP:

⁴⁷⁵ Por despacho conjunto do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Ministério da Justiça.

⁴⁷⁶ Em crítica a esta opção por um agente fixo, *vide* André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 625 e 626.

⁴⁷⁷ Aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro.

⁴⁷⁸ Em crítica a esta representação incumbir ao MP, *vide*, José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 163 e 164.

o Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR (“GDCC”) ⁴⁷⁹. Considerando a natureza do procedimento perante o TEDH em que, para todos os efeitos, o Estado se “*senta no banco dos réus*”, perguntamo-nos se não faria mais sentido que esta competência fosse delegada numa entidade autónoma (*vide* 4.2.2. *infra*).

Acima referimos que a obrigação de implementar a Convenção impende sobre todos os órgãos do Estado, ainda que com um enfoque especial sobre os tribunais. No que concerne ao poder legislativo, vimos que existem recomendações da parte do Conselho da Europa para que os procedimentos legislativos internos prevejam mecanismos para verificar a compatibilidade dos projectos de lei com a Convenção à luz da jurisprudência do Tribunal. Vimos também que a Convenção tem na ordem jurídica portuguesa um valor supralegal.

Todavia, como bem repara GONÇALVES LOPES, “*do conjunto de regras relativas ao procedimento legislativo nada consta em relação ao Conselho da Europa, à CEDH, ou às sentenças do TEDH*” ⁴⁸⁰. De outro lado, não abundam as referências expressas à Convenção, muito menos à jurisprudência do TEDH, na legislação portuguesa ou no âmbito das discussões para produção legislativa ⁴⁸¹. Aliás, no que concerne à jurisprudência do TEDH, conforme vimos nos pontos 1.1.2.(A) e 3.3.1. *supra*, não tem valor normativo, embora possa gozar de uma autoridade reforçada no que respeita à interpretação da Convenção e a sua desconsideração possa, indirectamente, conduzir à responsabilização internacional do Estado Português.

Tal não significa que não se verifique uma influência da Convenção e jurisprudência do TEDH. Com efeito, registam-se alguns exemplos significativos de revisões ou alterações legislativas que gozaram dessa influência, desde logo, o número 4 ao artigo 20.º resultante da revisão da CRP de 1997 ⁴⁸². A influência é particularmente visível nos casos em que o Tribunal considerou haver violação da Convenção pelo Estado Português, motivando, assim, uma revisão legislativa ^{483,484}. Não obstante,

⁴⁷⁹ As atribuições do GDCC estão previstas no artigo 48.º do Estatuto do Ministério Público.

⁴⁸⁰ *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 234.

⁴⁸¹ Neste sentido, José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 106 e ss.; João MADUREIRA, “The Impact of the European Convention on Human Rights in the Legal and Political Systems of Member States Over the Period 1953-1998 – Portugal”, disponível no *site* do GDCC, através do *link*: <http://direitoshumanos.gdcc.pt/Textos/ce-convencao-dh/cons-europa-europeano-conv-dh.html>, Ponto C.

⁴⁸² *Vide*, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁸³ Sobre os casos que provocaram a redefinição do sistema judiciário português, *vide*, MACDOWELL SANTOS *et al.*, “Portugal e o Tribunal Europeu...”, *op. cit.*, p. 136.

verificam-se também exemplos dessa influência mesmo no âmbito de questões não tratadas pelo TEDH em processo contra Portugal⁴⁸⁵.

Em face de tudo quanto já ficou exposto, não restam dúvidas de que a subsidiariedade do sistema exige que os tribunais judiciais dos Estados Parte da Convenção estejam na primeira linha de aplicação da Convenção. Os tribunais portugueses não têm sido, porém, um bom exemplo desta atitude. Efectivamente, conforme elucida CABRAL BARRETO, ainda que a invocação da CEDH perante os tribunais nacionais seja cada vez mais frequente, a aplicabilidade directa daquela na jurisprudência continua a ser rara⁴⁸⁶, o que é principalmente justificado pela sobreposição que se verifica entre o catálogo da Convenção e da CRP⁴⁸⁷. Verifica-se ainda, em particular, alguma resistência ou passividade na aplicação da Convenção contra leis internas⁴⁸⁸.

Em contrapartida, tem-se verificado uma evolução no sentido da recepção e assimilação da jurisprudência de Estrasburgo, sendo as referências à Convenção e jurisprudência do TEDH já mais frequentes na jurisprudência dos tribunais nacionais⁴⁸⁹.

O diálogo com os tribunais nacionais ocorria, até agora, maioritariamente através da jurisprudência dos vários tribunais em causa, bem como de vias informais. Acima referimos a recente criação da *Superior Courts Network* (vide 2.1.3. *supra*) cujo propósito será o de facilitar o diálogo entre os tribunais superiores dos Estados Parte e o

⁴⁸⁴ Para uma análise crítica da execução dos acórdãos que justificaram a adopção de medidas gerais por parte do Estado Português, vide, José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 211 e ss.

⁴⁸⁵ Neste sentido, MACDOWELL SANTOS *et al*, por referência ao trabalho de Goldstein e Ban que consideram Portugal “*um caso curioso: apesar de, em termos jurídicos, ter sido durante décadas reticente relativamente às regras do TEDH, em outras situações Portugal procedeu a reformas das práticas executivas e legislativas mesmo antes de o TEDH se pronunciar sobre elas*” — “Portugal e o Tribunal Europeu...”, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁸⁶ Cf. *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 44 e ss. O Autor analisa nestas páginas as poucas decisões dos tribunais nacionais onde identificou ter sido aplicada a CEDH de forma autónoma. Vide também José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 235 e ss.

⁴⁸⁷ Vide, *idem, ibidem*, p. 235; Vide, João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 13 e ss.

Mais, sobre a improbabilidade de aplicação de norma da CEDH sem ser chamado à colação o TC, vide, Relatório Tribunal Constitucional, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 44.

⁴⁸⁸ Vide, neste sentido, a intervenção de Ireneu CABRAL BARRETO, “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal/Juiz Nacional”, proferido no âmbito da Acção de Formação “Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Casos Nacionais” organizada pelo Centro de Estudos Judiciários a 10 de Fevereiro de 2012, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/home/home.php>.

⁴⁸⁹ Vide, a análise desta jurisprudência, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 50 e ss.

TEDH, nomeadamente, através da divulgação de jurisprudência. A rede conta já com a participação do STJ e do TC⁴⁹⁰.

No que concerne às queixas apresentadas contra o Estado Português, como é conhecido, a larga maioria das queixas e condenações diz respeito à morosidade da justiça⁴⁹¹. Este problema assumiu, até há pouco tempo, a natureza de um problema estrutural. Contudo, como vimos no ponto 3.3.2.(A) *supra*, a inversão da jurisprudência do TEDH no sentido de voltar a considerar a acção de responsabilidade civil extracontratual como um recurso efectivo neste âmbito, permitiu libertar muito do contencioso pendente em Estrasburgo. A análise das expropriações realizadas no pós-25 de Abril ao abrigo do artigo 1.º, do Protocolo n.º 1, era também até recentemente uma questão frequentemente suscitada mas que é agora residual. Já a questão da ponderação entre o direito à liberdade de expressão e os direitos de personalidade continua a ser suscitada no TEDH com frequência. No entanto, conforme vimos acima, o contencioso português em Estrasburgo tem vindo a mudar (*vide* 3.1.), suscitando-se questões novas e que são consideradas mais importantes à luz da categorização interna de casos do Tribunal⁴⁹².

Por fim, no que concerne à execução dos acórdãos condenatórios do Estado Português, segundo GONÇALVES LOPES, pese embora esta apresente *algumas especificidades*, não se verifica uma oposição à execução dos acórdãos, pelo que não se suscitam problemas de maior⁴⁹³.

No âmbito da execução é particularmente relevante a existência, no plano interno, de mecanismos que permitem a reabertura de um caso definitivamente julgado por um tribunal interno e transitado em julgado, com fundamento em acórdão do TEDH em que declare a ocorrência de violação cuja reparação só será possível através dessa via. Nesse sentido, as alterações introduzidas em 2007 ao CPC e ao CPP vieram estabelecer a possibilidade de revisão de uma decisão interna transitada em julgado “*inconciliável*”⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Conforme informação disponibilizada no *site* do Tribunal, acessível através do *link*: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c>.

⁴⁹¹ Neste sentido, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 54; José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁹² Para uma análise da tipologia de casos portugueses, *vide*, José Eduardo GONÇALVES LOPES, *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 124 e ss.; Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 54 e ss.; João MADUREIRA, “The Impact of The European Convention...”, *op. cit.*, Ponto E.

⁴⁹³ Cf. *A Execução das Decisões...*, *op. cit.*, pp. 209 e ss. Também sobre a execução dos acórdãos do TEDH proferidos contra Portugal, João MADUREIRA, “The Impact of The European Convention...”, *op. cit.*, Ponto F.

⁴⁹⁴ *Vide*, em análise ao conceito de “*decisões inconciliáveis*”, em particular, das decisões do TEDH que não são susceptíveis de suscitar o recurso de revisão extraordinária de sentença (casos de atribuição de

com a decisão definitiva de uma instância internacional vinculativa para o Estado Português, o que, caso tenha provimento, terá como efeito a revogação da decisão e a prolação de uma nova (artigos 696.º, al. f), e 701.º, al. b) do CPC e artigos 449.º, n.º 1, al. g), e 460.º e ss. do CPP).

Sobre as circunstâncias que obrigam a esta revisão irá o Tribunal Pleno pronunciar-se num caso que está presentemente pendente perante aquela formação e que diz respeito, precisamente, à execução de um acórdão do TEDH em que se verificou uma violação do artigo 6.º da Convenção com fundamento na preterição de audiência pública necessária perante o tribunal de recurso⁴⁹⁵. O particular reagiu à decisão do TEDH requerendo, junto do STJ, a revisão do acórdão o que, todavia, lhe foi negado. O particular apresentou, nesse seguimento, nova queixa ao TEDH invocando violação dos artigos 6.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1, da Convenção em resultado da interpretação incorrecta da decisão do TEDH pelo STJ⁴⁹⁶.

(A) O diálogo do TEDH com o Tribunal Constitucional Português

Segundo Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, que retirando-se embora do texto da Constituição uma postura “*amigável*” ao direito internacional, em particular, ao constitucionalismo multinível, “*o Tribunal Constitucional depara[-se] com uma dificuldade que se prende com o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, o qual não se revela tão “amigo” da tutela multinível dos direitos fundamentais como seria de prever*”⁴⁹⁷.

Neste âmbito, surge necessariamente como primeira interrogação a seguinte: está o TC obrigado a aplicar a Convenção? Se sim, de que modo? João MADUREIRA coloca a questão nestes termos: “*should it be conferred on the Convention, and on other treaties in the field of human rights, a constitutional rank or should at least the Convention be accepted as an autonomous and direct criterion to be used in assessing the constitutionality of internal legal provisions?*”⁴⁹⁸.

reparação razoável devido a demora), Nuno PIÇARRA, “Recurso de revisão de que «decisões inconciliáveis» com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotação ao Ac. do TCA Norte de 8.7.2011, P.5/04.0BEPRT-A”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, Março/Abril, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2012, pp. 49-65.

⁴⁹⁵ Vide, Ac. Moreira Ferreira c. Portugal (2.ª Secção), 5.07.2011.

⁴⁹⁶ Vide, Comunicado de imprensa do TEDH referente à devolução ao Tribunal Pleno do caso Moreira Ferreira c. Portugal (n.º 2).

⁴⁹⁷ “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 10.

⁴⁹⁸ “The Impact of The European Convention...”, *op. cit.*, par. 13.

Como vimos acima, não existe uma disposição constitucional específica que obrigue o TC a seguir a jurisprudência do TEDH. No entanto, na medida em que é um órgão do Estado Português, o TC deverá considerar a Convenção nas suas decisões e aplicá-la de acordo com a interpretação conferida pelo TEDH, tal como qualquer outro tribunal doméstico. Tal decorre, como vimos, da vinculação do Estado Português às obrigações previstas na Convenção.

A questão mais controvertida diz, sim, respeito *ao modo* como o TC deverá considerar a Convenção. Em primeiro lugar, poder-se-ia perguntar se o TC deve aplicar a Convenção com preferência sobre a Constituição. À luz do que já se escreveu *supra*, a resposta mais consentânea é negativa, o que não significa que o TC possa simplesmente desconsiderar a CEDH e a jurisprudência do TEDH.

De que modo, então, deverá o TC considerar a CEDH e a jurisprudência do TEDH que a interpreta? Face à natureza da matéria tratada pela Convenção e à abertura realizada pelo artigo 16.º da CRP, poderá perguntar-se se daí decorre que a CEDH recebe um “*estatuto de fonte privilegiada*” e, nessa medida, integra o “*bloco de constitucionalidade*” a que o TC pode recorrer enquanto “*critério autónomo e directo para o julgamento da constitucionalidade de normas legais internas*”⁴⁹⁹.

O TC tem respondido a esta pergunta de forma negativa, entendendo que a extensão do catálogo de direitos fundamentais da CRP em comparação com o da Convenção não justifica a sua aplicação autónoma nem o reconhecimento à mesma de um “*valor constitucional autónomo*”⁵⁰⁰. O TC recusa, assim, uma “*duplicação*” dos parâmetros da decisão^{501,502}. Como explicam João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “*a jurisprudência constitucional tem-se orientado no sentido de considerar que as*

⁴⁹⁹ Cf. AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 44.

⁵⁰⁰ Neste sentido, Rui Manuel MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, pp. 812 e ss.; Catarina SARMENTO E CASTRO e Filipa VICENTE SILVA, “Tribunal Constitucional Português (sumário alargado)”, in *Cooperação dos Tribunais Constitucionais na Europa – situação actual e perspectivas*, XVI Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, 2014, pp. 5 e ss.; João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, pp. 13 a 15.

Segundo João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, o Tribunal Constitucional, embora tenha o poder de aplicar normas e princípios consagrados em convenções internacionais, “*nunca os usou como forma directa e autónoma de representação de limites constitucionais aos quais possa recorrer aquando da avaliação da constitucionalidade das disposições legais nacionais*” nem “*nunca decidiu no sentido da existência de uma exclusiva ou directa violação do direito europeu ou internacional.*” — *Idem, ibidem*, p. 14.

⁵⁰¹ Cf. João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰² Para exemplos de jurisprudência do TC neste sentido, *vide*, Catarina SARMENTO E CASTRO e Filipa VICENTE SILVA, “Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

convenções internacionais sobre protecção e garantia dos Direitos do Homem constituem elementos coadjuvantes de interpretação e de integração dos preceitos constitucionais, sem, contudo, representarem parâmetros autónomos de aferição da validade dos actos normativos impugnados.” (realçado nosso)⁵⁰³, relevando apenas a título secundário⁵⁰⁴.

MOURA RAMOS conclui, neste âmbito, que, no que respeita ao “*texto convencional*”, a Constituição não lhe “*reserva um lugar próprio e especial, nem a jurisprudência ainda o elevou a mais do que isso, e designadamente ao papel de critério autónomo de apreciação da constitucionalidade das leis*”, não devendo, no entanto, como refere o Autor, considerar-se a questão “*fechada*”⁵⁰⁵. A este propósito, Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE alertam que, “*no estágio atual de evolução do Direito, dificilmente se encararia uma tal possibilidade, na medida em que isso implicaria aceitar uma relação de hierarquia entre as ordens jurídicas mencionadas assim como entre os respectivos Tribunais.*”⁵⁰⁶.

Tal não significa, como já afluído, que a jurisprudência do TEDH esteja ausente da jurisprudência do TC. Como referem Catarina SARMENTO E CASTRO e Filipa VICENTE SILVA, “*o Tribunal Constitucional apoia-se frequentemente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem para cimentar as suas opções, para reforçar a fundamentação das decisões ou para identificar e explicar o conteúdo de determinados direitos fundamentais*”. A jurisprudência do TEDH funciona, então, como “*elemento densificador da fundamentação de uma decisão nacional*”, e como “*fonte interpretativa*”^{507,508}.

⁵⁰³ “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

⁵⁰⁴ Nesse sentido, João Pedro CAUPERS e Bárbara CHURRO referem que “*as normas destes instrumentos internacionais são sempre usadas em conjunto com regra ou princípio correspondente da CRP. Consequentemente, tais normas assumem um papel secundário na ratio decidendi do caso*”. — “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰⁵ “O Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, p. 813. No mesmo sentido, AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 44; João MADUREIRA, “The Impact of The European Convention...”, *op. cit.*, par. 13. Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE referem também uma evolução, embora lenta, da postura do TC de “*mera tomada em consideração de fontes internacionais e europeias (...) para uma aplicação autónoma de parâmetros de constitucionalidade de fonte externa*”, analisando os vários estádios de evolução. — “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 10.

⁵⁰⁶ “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 8. das conclusões.

⁵⁰⁷ “Tribunal Constitucional Português (sumário alargado)...”, *op. cit.*, pp. 10 e 18. Neste sentido, *vide* também Rui Manuel MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional Português...”, *op. cit.*, p. 812; AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA “As relações entre os tribunais constitucionais...”, *op. cit.*, resposta à pergunta 43; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 48.

Vide, sobre os exemplos de referências identificados na jurisprudência do TC à jurisprudência do TEDH: Catarina SARMENTO E CASTRO e Filipa VICENTE SILVA, “Tribunal Constitucional Português (sumário

Em conformidade, a jurisprudência do TEDH pode influenciar a jurisprudência do TC. Registam-se, aliás, casos em que a interpretação da CEDH operada pelo TEDH influenciou decisões do TC, e levou, inclusivamente, à alteração de práticas jurisprudenciais⁵⁰⁹. Note-se que a referência, por parte do TC, a jurisprudência do TEDH é de enorme importância pois permite influenciar todo o sistema jurisdicional interno, ao trazer para o nível doméstico a jurisprudência europeia que os tribunais de nível inferior também seguem.

Esta atitude do TC é qualificada pelo antigo juiz do TEDH, o Conselheiro Ireneu CABRAL BARRETO, como muito positiva⁵¹⁰.

Na perspectiva do TEDH, a fiscalização prévia do TC sobre as questões subjacentes à queixa colocada ao TEDH apresenta uma enorme vantagem que é a de a matéria ter já sido tratada por um órgão especializado em matérias de natureza jurídico-constitucionais. Efectivamente, tendo havido uma fiscalização prévia por parte de um órgão com competência especializada e em último recurso no plano interno, a apreciação do TEDH, ao abrigo do princípio da subsidiariedade, poderá, por um lado, ser, em princípio, mais contida, e, por outro, terá uma base de informação sobre o caso mais detalhada⁵¹¹.

No entanto, como vimos, esta fiscalização prévia do TC tem um escopo restrito. Já acima referimos que REIS NOVAIS critica o sistema de fiscalização da constitucionalidade, em particular, o facto de o TC não ter a “*última palavra*” no que concerne à maior parte das violações de direitos fundamentais perpetradas pelo Estado Português (*vide* 3.2.2.). Ora, esta questão assume particular relevância na articulação com o TEDH por duas razões:

Primeiro: o acesso à justiça constitucional em Portugal contrasta significativamente com o acesso dos particulares ao TEDH. Com efeito, o direito de petição individual consagrado no artigo 34.º da CEDH refere-se apenas a “*violação*” pelos Estados Parte, o que inclui violações de direitos com origem em todo o tipo de

alargado)...,” *op. cit.*, pp. 10 e ss.; Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 48 e ss.; AAVV, “The Portuguese Human Rights Constitutional Law”, *op. cit.*, pp. 8 e ss.

⁵⁰⁸ *Vide*, a este propósito, o elucidativo Ac. TC n.º 533/99 (2.ª Secção/Plenário), 12.10.1999, Processo n.º 427/97, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida.

⁵⁰⁹ *Vide* Catarina SARMENTO e CASTRO e Filipa VICENTE SILVA, “Tribunal Constitucional Português (sumário alargado)...,” *op. cit.*, p. 24 e ss.

⁵¹⁰ Cf. Intervenção “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal/Juiz nacional”, *op. cit.*

⁵¹¹ Por exemplo, os chamados “acórdãos da crise” que foram considerados pelo TEDH na sua apreciação — *Vide*, decisões quanto à admissibilidade nos casos Da Silva Carvalho Rico c. Portugal (1.ª Secção), 1.09.2015, e Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portugal (2.ª Secção), 8.10.2013.

actos emanados pelos poderes públicos. Daí resulta que os particulares poderão recorrer ao TEDH, na maior parte dos casos, sem que o “guardião” da Constituição e dos direitos fundamentais aí consagrados se tenha pronunciado (o que só acontece quando a violação tem origem num acto legislativo)⁵¹².

Ora, como refere aquele Autor, a maior parte dos processos perante o TEDH tem origem em conflitos entre particulares e são “*casos de relevância jurídica apreciável*” pois dizem respeito a “*conflitos em torno da protecção de bens jusfundamentalmente assegurados*”⁵¹³. Utilizando a expressão do autor, nestes casos, tendo em atenção a sua relevância e relação com as competências do TC, é “*absurdo*” que o Tribunal Constitucional esteja impedido de se pronunciar. Aliás, será mesmo “*irracional*” já que a pronúncia do TEDH nestes casos, ao considerar verificada uma violação de um direito consagrado na Convenção que, em princípio, corresponderá também a um direito previsto na Constituição, “*tal equivale a concluir que houve, objectivamente, inconstitucionalidade, mas uma inconstitucionalidade que, num país que tem uma justiça constitucional e um Tribunal Constitucional, escapou totalmente ao seu controlo*”^{514,515}.

Segundo: ao invés de um interlocutor privilegiado em matéria de direitos fundamentais, o TEDH tem três (TC, STJ e STA). Esta situação pode criar alguma confusão pois “*podemos assistir a condenações ou absolvições díspares do Estado português pelo tribunal europeu, com diferentes diálogos travados nesse âmbito entre TEDH e tribunais supremos portugueses, à margem e eventualmente contraditórios com os diálogos que no âmbito do mesmo direito fundamental os tribunais supremos portugueses travam com o seu Tribunal Constitucional*”⁵¹⁶.

⁵¹² Vide, Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 292 e ss. O Autor afirma mesmo que “(...) O que é estranho e incompreensível é que, no fundo, aquilo que está em causa seja uma questão de constitucionalidade e das mais sérias ou relevantes – a lesão de um direito fundamental – e tudo se passe e seja decidido através de um diálogo entre o TEDH e os tribunais ordinários portugueses, mantendo-se o Tribunal Constitucional português, suposto guardião da Constituição e dos direitos nela consagrados, totalmente marginalizado nesta decisão e nesta discussão”. — p. 293.

⁵¹³ *Idem*, *Ibidem*, p. 294.

⁵¹⁴ *Idem*, *Ibidem*, pp. 293 e 296.

⁵¹⁵ Em sentido semelhante, José de MELO ALEXANDRINO refere que: “(...) não parece conveniente que, por falta de mecanismos desse tipo, a concessão de amparo a direitos e liberdades fundamentais deva ser deferida para a instância internacional, com a dupla consequência (1) da menorização do sistema interno de protecção e (2) do aumento da frequência das condenações do Estado pelos tribunais internacionais de direitos do homem.” — “Sim ou não...”, op. cit., p. 46. Vide igualmente Catarina SANTOS BOTELHO, “Haja uma nova jurisdição...”, op. cit., p. 619. Chegando mesmo a referir a “*carga de trabalho*” que é, em virtude da configuração do sistema, transferida para Estrasburgo, Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, op. cit., pp. 154 e 155.

⁵¹⁶ Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 256.

Por fim, refira-se ainda dois problemas que podem surgir nesta articulação. Em *primeiro lugar*, a questão de saber como executar os acórdãos do TEDH inconciliáveis com decisões do TC. Por exemplo, no caso em que a constitucionalidade da norma aplicada pelo tribunal *a quo* foi sujeita a apreciação pelo TC e este não a julgou inconstitucional nem desconforme às exigências ditadas pela jurisprudência de Estrasburgo, tendo posteriormente o TEDH emitido decisão não coincidente com aquele entendimento⁵¹⁷.

A execução cabal de um tal acórdão do TEDH poderia implicar, em tese, a revisão dessa decisão do Tribunal Constitucional⁵¹⁸. No entanto, esta solução encontra um obstáculo sensível que é o facto de o ordenamento jurídico português não prever um mecanismo específico de revisão das decisões do TC à luz do acórdão proferido pelo TEDH. Com efeito, a remissão efectuada no artigo 69.º da LTC para o CPC refere-se apenas à “*tramitação*” dos recursos de fiscalização concreta, mas já não aos termos posteriores à prolação do acórdão. Uma leitura extensiva do artigo ao ponto de incluir a remissão para as regras previstas no artigo 696.º do CPC parece difícil de sustentar — desde logo, em confronto com o que se prevê expressamente para o processo administrativo, no artigo 154.º do CPTA.

Em *segundo lugar*, a questão da subordinação das normas constitucionais à CEDH. Conforme vimos *supra*, a Constituição Portuguesa não prevê expressamente qual o valor da CEDH na hierarquia de fontes interna, nem de que modo resolver um conflito surgido entre normas das duas fontes. Ora, está neste momento pendente perante o Tribunal Pleno um caso que coloca em causa precisamente esta articulação — caso Ramos Nunes de Carvalho e Sá⁵¹⁹. Efectivamente, uma das questões em causa é relativa à composição do Conselho Superior da Magistratura Português que, conforme sabemos, está prevista no artigo 218.º da Constituição da República Portuguesa.

A 4.ª Secção decidiu quanto a este particular, que

“77. (...) *In the Court’s view, it follows that the principles governing the composition of the HCJ have resulted in a situation whereby it may comprise a majority of non-judicial members appointed directly by the executive and legislative authorities.* (...) 79. (...) *In the Court’s view, this situation within the Portuguese High*

⁵¹⁷ Vide, por exemplo, o exemplo do Ac. Pereira da Silva c. Portugal (4.ª Secção), 22.03.2016.

⁵¹⁸ Vide Nota de Rodapé 31 *supra*.

⁵¹⁹ Ac. Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal (4.ª Secção), 21.06.2016. O Governo recorreu da decisão da Secção, estando agora o caso pendente perante o Tribunal Pleno. A audiência teve lugar no dia 22.03.2017.

Council of the Judiciary is problematic from the standpoint of Article 6 § 1 of the Convention (see, mutatis mutandis, Oleksandr Volkov, cited above, § 111)[3]. The Court also notes with concern that in the Portuguese legal system the law does not lay down any specific requirement as regards the qualifications of the non-judicial members of the HCJ. 80. In view of the foregoing, the Court considers that the independence and impartiality of the High Council of the Judiciary may be open to doubt.”

Um desfecho possível deste processo será, portanto, que o Tribunal Pleno acompanhe as conclusões da Secção e decida que a composição do Conselho Superior da Magistratura português, que tem fundamento na Constituição da República Portuguesa, não é compatível com o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção. Significa isto que o Tribunal apreciará uma norma da CRP à luz da Convenção, não obstante esta ter, no caso português, valor infraconstitucional.

Uma eventual decisão do Tribunal neste sentido suscitará seguramente um debate há muito aguardado e necessário acerca da articulação entre estes dois instrumentos, da legitimidade dos juízes de Estrasburgo apreciarem normas constitucionais e do papel do Tribunal Constitucional nesta matéria (que foi deixado completamente à margem de todo este processo). Sem prejuízo da complexa e intelectualmente desafiante discussão teórica que poderá daí advir, parece-nos que o principal problema que se colocaria, nesse cenário, residiria na execução de tal acórdão pois, no limite, e sendo absolutamente consequentes com o sentido da decisão, esta poderá exigir, nomeadamente, uma alteração à lei constitucional, o que, como se sabe, implica um processo extremamente complexo.

4. O TEDH: TÃO LONGE, AQUI TÃO PERTO!

4.1 Diagnóstico

Face a tudo quanto ficou exposto nos capítulos anteriores, cabe agora responder a uma das principais interrogações que motivaram o presente estudo. O que explica, afinal, a fraca expressividade do contencioso português em Estrasburgo?

Refira-se, no entanto e a título prévio, que a fraca expressividade do contencioso português não constitui, evidentemente, um problema em si. Um peso contencioso menor de um Estado Parte perante o TEDH poderá ser justificado por diversas razões, de entre as quais avulta, naturalmente, a eficácia da tutela conferida pelo sistema doméstico dispensar o “*recurso*” ao Tribunal de Estrasburgo. Conforme veremos, numa perspectiva geral, não é este o caso português.

Neste contexto, o fraco contencioso poderá ser um problema na medida em que permite detectar uma dissociação entre aqueles que são os problemas reais e mais graves de direitos humanos que se verificam em Portugal e aqueles que chegavam, até muito recentemente, ao TEDH.

Poderá também ser problemático na medida em que a parca utilização do sistema da Convenção revela um desconhecimento relativamente a uma parte do sistema português de tutela de direitos fundamentais. Com efeito, conforme referimos, sendo o sistema português um sistema multinível, do qual faz parte integrante o sistema da Convenção, a sua utilização aquém das potencialidades poderá determinar uma tutela menos eficaz de direitos.

Por fim, conforme sintetiza João RAMOS DE SOUSA, o desconhecimento generalizado da Convenção e da jurisprudência do TEDH poderá “*significa[r], afinal, menos consciência cívica e portanto menos protecção dos direitos fundamentais no nosso país*”⁵²⁰.

O problema aqui analisado e que justifica cuidada reflexão diz respeito, portanto, ao grau de tutela conferido. Uma tutela que, à luz dos cânones da dogmática dos Direitos Humanos, deverá traduzir um grau máximo de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que passa, desde logo, pela exploração das potencialidades de acesso dos cidadãos aos mecanismos de defesa disponíveis.

O contencioso português em Estrasburgo com as características que, até muito recentemente, apresentava (*vide* 3.1. *supra*), é explicado por um conjunto de razões.

⁵²⁰ “Apresentação...”, *op. cit.*, p. 7. Também neste sentido, João Manuel da SILVA MIGUEL, “A Justiça Portuguesa...”, *op. cit.*, p. 38.

Entre estas avulta, naturalmente, a preocupante falta de conhecimento sobre o sistema da Convenção. Um défice de conhecimento que resulta, desde logo, da fraca implementação da Convenção e divulgação da jurisprudência do Tribunal. Seria, contudo, simplista ou superficial reduzir o problema a este aspecto.

Desde logo, a *fraca divulgação da Convenção e da jurisprudência do TEDH*, constitui um problema antigo que está identificado desde, pelo menos, o início dos anos 2000. É, aliás, sintomático que, sendo embora o tema do sistema da Convenção e a sua articulação com o sistema português pouco tratado pela doutrina, vários autores identificassem e alertassem já para este problema⁵²¹. Ainda em 2011, o antigo juiz português em Estrasburgo, Ireneu CABRAL BARRETO, reafirmava que o fraco contencioso português em Estrasburgo se devia a falta de conhecimento, mesmo entre os profissionais da área. Na verdade, era possível identificar o restrito grupo de advogados, já versados nestas matérias, que apresentavam as queixas perante o TEDH.

Existe, contudo, razões mais profundas para o problema cuja origem poderá residir no facto de as matérias referentes a *direitos humanos* serem ainda pouco ensinadas, seja nas faculdades, na Ordem dos Advogados, ou no CEJ⁵²².

Também neste sentido, Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE apelava ainda, em 2016, a uma maior divulgação da jurisprudência do Tribunal, em especial junto dos advogados, com o propósito específico de consciencializar para os procedimentos e questões susceptíveis de ser submetidas ao Tribunal de Estrasburgo. Com efeito, para que sejam admitidas em Estrasburgo, as questões subjacentes às queixas deverão ter sido suscitadas em substância perante as instâncias internas (*vide* 1.2.2.(A)(i) *supra*), pelo que o domínio das matérias e procedimentos é pressuposto imperativo.

Convém também referir neste ponto que o problema da fraca divulgação da Convenção e da jurisprudência do Tribunal não é isolado, antes se inserindo num contexto geral de falta de atenção dedicada às temáticas de direitos humanos em Portugal. Neste sentido, não falta mesmo quem refira a *fraca cultura de direitos fundamentais* portuguesa⁵²³, realidade para a qual certamente contribui a ausência, no ordenamento jurídico português, de um órgão que peremptoriamente se assumia como

⁵²¹ Vide, MACDOWELL *et. al.*, “Portugal e o Tribunal...”, *op. cit.*, pp. 138 e 139, 149 e 153; João RAMOS DE SOUSA, “Apresentação...”, *op. cit.*, p. 7; António HENRIQUES GASPAS, “Protecção internacional...”, *op. cit.*, p. 44; João da SILVA MIGUEL, “A Justiça Portuguesa...”, *op. cit.*, pp. 33 e ss.

⁵²² Cf. Entrevista à Revista da Ordem dos Advogados, *op. cit.*, pp. 25 e 26.

⁵²³ Ver, neste sentido, MACDOWELL *et. al.*, “Portugal e o Tribunal...”, *op. cit.*, p. 153.

guardião dos direitos fundamentais e que possa agir como um guia, da mesma maneira que o TEDH o faz à escala regional.

Intui-se, assim, que a primeira medida a tomar passa, necessariamente, pela divulgação e pela formação específica neste domínio. Urge consciencializar e desmistificar. Por outro lado, a utilização mais frequente e adequada do sistema da Convenção poderá ter como efeito uma multiplicação de julgados (não necessariamente condenações, note-se) e suscitará, seguramente, muitas mais questões do que aquelas que aqui brevemente tratámos. Todavia, um “*despertar*” definitivo para o sistema da Convenção poderá acarretar, seguramente, um elevar generalizado dos padrões de respeito pelos direitos fundamentais em Portugal e, inclusivamente, não deixará de suscitar uma carecida discussão sobre a articulação do sistema de protecção de direitos fundamentais em Portugal com o sistema da Convenção, numa perspectiva holística e integrada.

Na verdade, têm sido dados passos importantes neste sentido. Desde logo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem vindo a ser reconhecido como ramo autónomo de Direito e, gradualmente introduzido, com essa qualidade, nas universidades.

Quanto à CEDH e à jurisprudência do TEDH, em particular, e conforme já fomos referindo, tem-se registado um esforço muito relevante nesta divulgação através, essencialmente, de conferências dirigidas a profissionais forenses e da introdução destas matérias como conteúdos lectivos. Como vimos, também os tribunais se têm demonstrado cada vez mais receptivos e dispostos a acolher a jurisprudência do TEDH, atitude que é transversal desde os tribunais superiores até à primeira instância e incluindo o Tribunal Constitucional.

Tal não é suficiente, contudo, para afastar a sensação generalizada de que o sistema da Convenção constitui um “*corpo estranho*” que não é tratado como parte integrante do sistema nacional de tutela de direitos fundamentais.

À luz das estatísticas acima referidas, poderia também concluir-se que este meritório esforço de divulgação não se traduziu ainda num aumento expressivo do número de queixas admitidas contra Portugal. Uma tal conclusão deverá, contudo, ser temperada por dois aspectos: (i) o esforço de divulgação ainda é relativamente recente; e, principalmente, (ii) as regras previstas no novo artigo 47.º do Regulamento que vêm restringir significativamente o acesso ao TEDH são apreciadas a título liminar, o que significa que as queixas que não cumprem com os requisitos previstos naquele artigo

não chegam a ser alocadas a uma formação judicial, pelo que não são consideradas para efeitos das estatísticas que referimos. Aliás, como vimos acima, a aplicação do artigo 47.º foi responsável por um decréscimo significativo do número de queixas admitidas em Estrasburgo (*vide* 2.1.2. *supra*).

Parece, assim, que Portugal está num movimento de *contraciclo* pois, embora se registre um esforço para alertar a comunidade jurídica portuguesa para as potencialidades do sistema, tal ocorre numa altura em que o TEDH parece começar a afastar-se da sua natureza de *amparo* (*vide* 2.3. *supra*).

No ponto 3.1. *supra*, aventámos a hipótese de que a *própria eficácia do sistema doméstico de tutela* fosse susceptível de justificar a realidade portuguesa em Estrasburgo, dispensando a tutela subsidiária conferida pelo sistema da Convenção.

No entanto, esta hipótese é refutada essencialmente por três razões.

Em *primeiro lugar*, as estatísticas *supra* identificadas evidenciam que a maior parte das queixas admitidas contra Portugal resultaram em condenação.

Em *segundo lugar*, o facto de se ter verificado, muito recentemente, uma alteração no tipo de questões suscitadas pelas queixas apresentadas. Se, até há muito recentemente as queixas apresentadas suscitavam, na sua maioria, o mesmo grupo de questões e eram qualificadas, na sua maioria, como pouco graves, nos últimos anos verificou-se uma diversificação dos temas suscitados que assumem, agora, uma gravidade e importância maiores.

Em *terceiro lugar*, atendendo às regras da experiência, a sustentação da premissa apresentada seria até surpreendente. Com efeito, os sistemas tidos como mais eficazes e que, em conformidade, registam, tendencialmente, menos queixas em Estrasburgo (o que deve ser aferido em termos proporcionais), são aqueles onde existe recurso de amparo ou queixa constitucional directa precisamente porque face à tutela conferida a nível doméstico, a queixa ao TEDH se torna desnecessária⁵²⁴.

Conforme vimos acima (*vide* 3.2.2.), ao sistema português são ainda apontadas por diversas críticas.

De onde se pode concluir que a qualidade da tutela conferida ao nível interno não justifica o reduzido contencioso português em Estrasburgo.

⁵²⁴ Cf. “Study on Individual Access to Constitutional Justice” (CDL-AD(2010)039rev-e), adoptado pela Comissão de Veneza (*European Commission for Democracy Through Law*), na 85.ª Sessão Plenária, realizada em 17-18 Dezembro 2010, disponível no *site* através do *link*: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e), em particular, pp. 23 e ss.

Não se pretende retirar do exposto, porém, que a tutela conferida pelo ordenamento jurídico português seja despicienda. Na verdade, conforme vimos (3.2.1. *supra*), o ordenamento jurídico português prevê vários meios de reacção a que os cidadãos podem lançar mão para reagir contra violações dos seus direitos. Da análise realizada conclui-se, no entanto, que a tutela oferecida fica, *em certos casos*, aquém das necessidades sentidas, os meios disponibilizados não se articulam entre si de forma eficiente, e, *no geral*, pode afirmar-se que existe um défice de meios especificamente destinados a tutelar direitos fundamentais de forma expedita.

Em particular, a originalidade do sistema de fiscalização da constitucionalidade, ao delegar em todos os tribunais a tutela dos direitos fundamentais, tem como reverso a ausência de uma entidade especializada na matéria e que possa responder, em último recurso, a todo o tipo de violações de direitos fundamentais. Aliás, é precisamente neste aspecto que o sistema de Estrasburgo, por estar (por enquanto) configurado como um “*amparo internacional*”, assume particular relevância.

Conforme refere Catarina SARMENTO E CASTRO, a natureza da fiscalização da constitucionalidade “*permite desde logo compreender que a competência do Tribunal Constitucional apenas por via indirecta, do controlo da inconstitucionalidade de normas, poderá contribuir para a defesa de direitos fundamentais, sendo bem diversa da competência do TEDH, especialmente vocacionado para esse fim.*”⁵²⁵. Assim, as competências do TC e do TEDH, em tese, não se sobrepõem, o que permite que a diferente competência do TEDH colmate uma lacuna significativa existente no sistema jurídico português⁵²⁶.

No entanto, a parca utilização do sistema da Convenção não tem permitido explorar e aproveitar devidamente as potencialidades na conjugação entre os dois sistemas.

Por fim, em face de tudo quanto ficou exposto, resulta ainda que a própria *articulação entre os dois sistemas* constitui um óbice à sua plena eficácia e operacionalidade e justifica também um menor “*recurso*” ao TEDH, podendo mesmo produzir um efeito dissuasor. Com efeito, a complexidade nesta articulação, em particular, na sua vertente processual, contribui significativamente para a elevada taxa de inadmissibilidade. Face às especificidades e particularidades a que é necessário

⁵²⁵ “O Modelo Português...”, *op. cit.*, p. 450.

⁵²⁶ O que constitui, aliás, a principal mais-valia de um sistema multinível de protecção. *Vide*, neste sentido, Ana Maria GUERRA MARTINS e Miguel PRATA ROQUE, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, ponto 7.

atender, o requerente parece enfrentar uma corrida contra o tempo recheada de obstáculos que dificultam e podem mesmo vir a precluir o seu acesso ao Tribunal de Estrasburgo.

As especificidades desta articulação em que se traduz a aplicação do princípio da subsidiariedade no caso português, deixam a descoberto várias fragilidades e défices de tutela que se impõe colmatar — acima identificados (*vide* 3.3.2. e 3.3.3. *supra*) e que passaremos agora a resumir.

4.2 Identificação das fragilidades subjacentes à articulação entre os sistemas: algumas linhas de reflexão

Conforme fomos identificando ao longo do Cap. 3, a articulação entre o sistema português e o sistema da Convenção para a tutela de direitos fundamentais revela algumas fragilidades. Estas fragilidades podem traduzir-se numa diminuição da tutela efectivamente conferida pelo que se impõe alertar para as mesmas.

Tendo já tratado as questões subjacentes a estas fragilidades, iremos agora apenas enunciá-las, indicando quais os principais perigos concretos que encerram e algumas linhas de reflexão para o seu eventual melhoramento ou optimização. Não temos, como é evidente, dado a natureza deste trabalho, qualquer pretensão de esgotar a matéria nem de avançar propostas de soluções.

4.2.1 No plano dos procedimentos

1) A fundamentação das decisões do Juiz Singular

Desde logo, e devido ao carácter transversal que este factor assume, importa referir a título prévio que a identificação das fragilidades que resultam da verificação do requisito do esgotamento das vias de recurso internas encontra um obstáculo significativo e dificilmente ultrapassável na ausência de notificação da fundamentação subjacente às decisões de inadmissibilidade proferidas pelo Juiz Singular. Com efeito, o desconhecimento destas razões para a inadmissibilidade constitui, em si, um óbice à compreensão e conseqüente recurso adequado ao sistema e que atinge proporções significativas. Atente-se a que, em 2016, 225 das 269 queixas não admitidas foram-no por decisão de Juiz Singular⁵²⁷. A comunicação dos motivos subjacentes à decisão do Juiz Singular importaria não só um ganho significativo em termos da transparência que

⁵²⁷ Cf. “*Press country profile*”, documento disponível através do *link*: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347951547702_pointer.

é exigida ao sistema, como teria um efeito didático considerável, permitindo compreender melhor os requisitos de admissibilidade e evitar, assim, cair nos mesmos erros.

2) *A fiscalização concreta da constitucionalidade*

Conforme vimos, a qualificação do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade como recurso efectivo (ou não) a esgotar para efeitos dos artigos 13.º e 35.º da Convenção assume um grau de assaz complexidade e encerra perigos concretos que deverão ser acautelados. Com efeito, acima referimos que a qualificação do recurso de fiscalização concreta ao TC como efectivo depende, a mais das vezes, em última análise, da própria apreciação do TC relativamente à existência de uma *dimensão normativa* a sindicar. Em resultado, a rejeição do recurso pelo TC em virtude da não verificação desse pressuposto poderá ter como consequência a sua qualificação como não efectivo pelo TEDH, pelo que será desconsiderado para efeitos de apreciação do esgotamento das vias de recurso internas. O TEDH apreciará, então, se foi respeitado o prazo de seis meses para apresentação da queixa e, em caso negativo, rejeitará a queixa por ser extemporânea.

Ora, este entendimento pode resultar num défice sensível de tutela nos casos em que o requerente apresenta efectivamente o recurso de fiscalização concreta no TC, considerando que se trata de um recurso idóneo à protecção dos seus direitos, e só após a prolação da decisão de inadmissibilidade por parte deste tribunal equaciona apresentar a queixa ao TEDH. Acontecerá, muitas vezes, que essa queixa será já extemporânea por se considerar o prazo iniciado com a prolação da decisão de mérito final do caso, portanto, da decisão da última instância que motivou o recurso ao TC. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso *Traina contra Portugal*: recusado o recurso ao TC por se considerar não se suscitar uma questão de constitucionalidade de normas, o requerente viu o seu recurso ao TEDH ser rejeitado com fundamento na sua intempestividade⁵²⁸. Verifica-se, neste caso, uma falha na articulação entre os tribunais que resulta num *défice de tutela* para o requerente.

De outra banda, é possível verificar-se também o contrário, isto é, casos de uma *sobreposição* na tutela conferida (embora configure, como vimos, uma situação mais rara). Veja-se o caso, acima analisado, *Soares de Melo contra Portugal*, em que o TEDH

⁵²⁸ Cf. Decisão quanto à admissibilidade no caso *Traina c. Portugal* (4.ª Secção), 21.03.2017.

se antecipou à decisão do TC que veio, posteriormente, a apreciar o recurso (*vide* 3.3.2.(B) *supra*). Embora as decisões dos tribunais, em virtude das diferentes competências, não tenham sido absolutamente coincidentes, verificou-se parcialmente uma *duplicação da apreciação* da situação da requerente.

Nestes termos, embora, como vimos, o TEDH tenha adoptado uma postura que permite facilitar o conhecimento destes recursos, admitindo a introdução da queixa enquanto está pendente o recurso ao TC — a chamada *jurisprudência das cautelas* — esta situação pode revelar-se como demasiado onerosa para os requerentes. Efectivamente, face a todas estas dúvidas, os advogados mais zelosos e prudentes ver-se-ão na obrigação de recorrer ao TC “à cautela” o que, contudo, acarreta custos significativos.

Deve ainda ser salvaguardado que a postura “*amiga do requerente*” adoptada pelo TEDH pode ser revista a qualquer momento, em particular, dados os esforços contínuos do Tribunal para reduzir o número de queixas que é chamado a apreciar. Neste contexto, deverá procurar-se, numa perspectiva de diálogo e complementaridade, reflectir sobre os contornos desta articulação em ordem a permitir “*afinar*” as condições de acesso a ambos ou a cada um dos Tribunais a bem da certeza e seguranças jurídicas.

Neste contexto, perguntamo-nos se não poderia introduzir um maior grau de eficiência na tutela dos direitos fundamentais a flexibilização por parte do TEDH, neste particular, dos critérios de admissibilidade, aguardando a decisão definitiva do TC sobre a inadmissibilidade do recurso de constitucionalidade para considerar iniciado o cômputo do prazo de seis meses. Efectivamente, esta parece ser uma forma de privilegiar a intervenção do TC (por inconstante que seja), tal como o exige o princípio da subsidiariedade, de um lado, permitindo, de outro, salvaguardar ao máximo a tutela dos requerentes, ao invés de os “*sancionar*” por recorrerem à última hipótese de obterem reparação da violação no plano interno.

Não podemos deixar de notar, contudo, que em vez de guiada por um ímpeto dialogante, deixa-se já antever, da parte do TEDH, uma postura de “*impaciência*” quanto a este problema particular de articulação. De facto, o TEDH já chegou a sugerir que a decisão de inadmissibilidade do recurso parte do TC em sede de fiscalização concreta, por inidoneidade do respectivo objecto, designadamente por respeitar à apreciação da decisão judicial em causa, seja, ela própria, suscitada perante o TEDH e

sindicada por este para efeitos de apreciação da falta de acesso a esse tribunal ao abrigo do artigo 6.º da CEDH⁵²⁹.

3) *Execução dos acórdãos do TEDH inconciliáveis com acórdãos do TC*

Identificámos no ponto 3.3.3.(A) *supra* a questão dos efeitos de uma eventual condenação do Estado Português em virtude da adopção de entendimento contrário ao adoptado pelo TC. Em tese, e de acordo com as recomendações do Comité de Ministros, poderá dar-se o caso de a execução implicar a reabertura do processo para rever a decisão do TC contrária à Convenção. Não existe, no entanto, um mecanismo em Portugal expressamente previsto que permita a revisão extraordinária de uma decisão do TC à luz de decisão do TEDH inconciliável com aquela.

Pergunta-se, a este propósito, se poderá a vinculação do Estado Português às obrigações que decorrem da Convenção implicar a revisão de uma decisão do órgão máximo encarregue da defesa da Constituição? Atendendo ao princípio do *favor libertatis* ou do tratamento mais favorável no domínio dos direitos humanos, impor-se-ia responder de forma afirmativa. Tal não significa, contudo, que se deve dar uma prevalência absoluta ou automática às decisões do TEDH. Com efeito, a averiguação de qual o tratamento que confere uma maior tutela só é possível no âmbito do caso concreto.

Surge, então, uma segunda questão: de que modo deverá esta revisão ocorrer na ausência de previsão expressa na LTC?

4) *Os mecanismos de reacção disponíveis nos casos de demora*

No ponto 3.3.2.(A) analisámos a (re)qualificação da acção de responsabilidade civil extracontratual como um recurso efectivo a esgotar previamente ao recurso ao TEDH nos casos em que está em causa a violação do direito a um processo equitativo, na vertente do respeito pela duração razoável do processo.

Ora, embora esta solução permita a resolução interna de um número considerável de casos, assim desonerando o Tribunal de Estrasburgo desta apreciação, parece-nos particularmente relevante monitorizar a duração destas acções sob pena de o recurso à mesma redundar numa repetição da violação e levar à apresentação de queixas em

⁵²⁹ Neste sentido, da Decisão quanto à admissibilidade no caso *Traina c. Portugal* (4.ª Secção), 21.03.2017, par. 28.

Estrasburgo com fundamento em “*dupla demora*”. Note-se, a este respeito, a consideração do TEDH de que a ausência de estipulação legal quanto ao prazo máximo para decidir as acções de responsabilidade civil extracontratual não retira necessariamente a efectividade ao recurso, exigindo apenas que se confira uma possibilidade real de compensar a demora e, sendo caso disso, que seja concedida uma reparação suplementar quando a própria acção tiver sido demasiado demorada. Perguntamo-nos, no entanto, se porventura não poderia revelar-se mais adequado o estabelecimento de um prazo legal para os tribunais apreciarem estas acções, bem como a definição dos critérios para cálculo e atribuição de compensação em virtude do desrespeito daquele, ou, pelo menos, reflectir a recomendação do TEDH numa disposição legal em que se previsse a majoração da indemnização devida em virtude da “*segunda violação*”.

De outro lado, recorde-se que esta via de reacção tem um carácter meramente compensatório. No ordenamento jurídico português prevê-se um mecanismo de carácter preventivo apenas no âmbito do processo penal. Considerando que o problema dos “*atrasos na Justiça*” assume, no caso português, uma dimensão estrutural, perguntamo-nos ainda se não se deveria equacionar a implementação de um mecanismo de transversal a todos os processos.

5) *O impacto das reformas no direito de acesso ao TEDH*

Embora este tópico não constitua uma fragilidade *per se*, entendemos justificar-se uma chamada de atenção para o mesmo. Efectivamente, as reformas implementadas no seio do TEDH tiveram como efeito uma restrição sensível dos direitos dos particulares no acesso àquele (*vide* 2.3.1.(A) *supra*) para cujos efeitos urge consciencializar.

Como vimos, as reformas têm sido impulsionadas pela necessidade de reduzir o número de queixas pendentes e a dar entrada no TEDH de modo a garantir a sua subsistência a longo prazo. O *backlog* registado devia-se, na sua maioria, a queixas com origem num grupo identificável de Estados. Não obstante serem apenas alguns Estados os responsáveis pela situação que ameaçava fazer o Tribunal soçobrar, as reformas delineadas (descritas no Cap. 2) aplicam-se de forma transversal. Ou seja, afectam todos os requerentes, mesmo aqueles que demandam um Estado que não contribui significativamente para os problemas de pendência do TEDH, como é o caso português.

No caso português, o peso relativo do seu contencioso no TEDH continua a não atingir números significativos. No entanto, conforme afluímos no início deste capítulo,

o esforço de divulgação da Convenção e da jurisprudência do TEDH e do qual poderia resultar um maior “*recurso*” ao TEDH, poderá estar a ser neutralizado pela aplicação das medidas implementadas com a reforma que restringem o direito de acesso, em particular, a aplicação do novo artigo 47.º do Regulamento.

Nestes termos, considerando já as carências diagnosticadas na articulação entre os dois sistemas, em especial, o insuficiente conhecimento do sistema da Convenção, as dificuldades de obtenção de uma tutela dos direitos fundamentais poderão ser ainda agravadas pelo facto de os requisitos de admissibilidade serem cada vez mais apertados e por serem interpretados de maneira restritiva pelos juristas do Tribunal.

Neste âmbito, avulta, desde logo, o aspecto do cômputo do prazo para apresentar queixa ao TEDH. Conforme vimos, o prazo corre a partir da data da prolação da decisão final, e não desde o seu trânsito em julgado. Este aspecto é da maior importância dada a nova redacção do artigo 47.º do Regulamento (*vide* 2.1.2. *supra*). Exige-se, agora, uma diligência especial por parte dos advogados, ou os requerentes no geral, que devem ser particularmente expeditos na reunião de todos os elementos necessários para cumprirem com os requisitos do artigo 47.º do Regulamento logo após a decisão do último recurso disponível no plano interno. Acresce que o prazo de seis meses será encurtado para quatro meses aquando da entrada em vigor do Protocolo n.º 15 (*vide* 2.1.4.(A) *supra*).

É de salientar também a dificuldade inerente à compreensão de todas as particularidades e especificidades do recurso ao TEDH e que restringe também, de forma indirecta, o acesso àquele. Efectivamente, cada vez mais se justificará recorrer a um especialista na matéria, com todos os custos adicionais que tal acarreta. Em consequência, aqueles que se encontram numa situação mais vulnerável poderão ficar, assim, cada vez “*mais longe*” de Estrasburgo.

Por fim, notamos também que, atendendo ao contencioso típico português no TEDH (ainda que se esteja a verificar uma paulatina mudança na natureza das matérias suscitadas contra o Estado Português junto daquele Tribunal) e à política de *prioritização* implementada, a maioria das queixas apresentadas contra Portugal poderá ser relegada para um segundo plano, o que certamente implicará uma maior demora na sua apreciação.

Ora, para facilitar a compreensão de todos os aspectos que se impõe considerar na apresentação da queixa, poderia equacionar-se, neste âmbito, a elaboração e divulgação de um guia prático sobre a respectiva admissibilidade adaptado à realidade portuguesa. Na verdade, tem-se registado um esforço significativo da parte do TEDH no sentido de

umentar a transparência e o conhecimento da sua jurisprudência, inclusivamente quanto à admissibilidade do recurso, junto dos Estados e, em última análise, dos requerentes⁵³⁰. Este esforço de divulgação não tem em consideração, contudo, as particularidades de cada ordenamento jurídico para as quais urge chamar a atenção sob pena de se manterem os mesmos problemas de incompreensão do sistema e de défices na articulação com o plano doméstico.

4.2.2 *No plano do sistema*

No plano mais abrangente de apreciação do sistema detectámos também algumas fragilidades.

1) Posição jurídica da Convenção na hierarquia interna

Um dos aspectos que acima tratámos que se revela particularmente problemático diz respeito à definição da posição jurídica da Convenção face à Constituição. Efectivamente, como vimos, o próprio legislador constituinte se absteve de resolver expressamente a questão. A doutrina tende maioritariamente no sentido de entender que a Convenção está subordinada à Constituição, embora alguns autores se pronunciem, em linha com as exigências da dogmática dos direitos humanos, como favoráveis a uma resolução dos conflitos entre fontes norteada pelo princípio do *favor libertatis* ou do tratamento mais favorável (*vide* 3.3.1. *supra*).

Esta questão não tem um interesse meramente teórico, antes assumindo contornos práticos muito relevantes. Desde logo, atendendo aos cânones de interpretação seguidos pelo Tribunal na aplicação da Convenção, em particular, a doutrina da interpretação dinâmica da Convenção, o campo de potenciais conflitos relativos ao concreto conteúdo dos direitos e o seu modo de exercício é mais fértil do que pode parecer à primeira vista atendendo à sobreposição do catálogo de direitos da CEDH e da CRP.

De outro lado, vimos também que o TEDH não se coíbe de, invocando a qualidade de instrumento de ordem pública da Convenção, subordinar todo o ordenamento jurídico de um Estado Parte à Convenção, incluindo normas constitucionais, e, por conseguinte, ao seu crivo de apreciação (*vide* 2.2.2. *supra*).

⁵³⁰ A nível de difusão da informação, o Tribunal pôs em acção várias iniciativas nesse sentido: programas de formação para juízes e advogados, programa de tradução de jurisprudência, disponibilização de informação no site (guia da admissibilidade, *handbooks* e resenhas de jurisprudência sobre temas específicos, etc). *Vide*, a este propósito, o ponto A.4 e B.1.c) do “*Follow-up plan*” da Declaração Final da Conferência de Izmir; ponto A.9.d)(ii) da Declaração Final da Conferência de Brighton; bem como os documentos “*Interlaken process and the Court*” dos anos 2013 a 2016.

Estas questões têm tido um tratamento doutrinário esparso e focado, normalmente, apenas no problema teórico. Neste particular, o caso actualmente pendente perante o Tribunal Pleno (Ramos Nunes de Carvalho e Sá) poderá oferecer um importante contributo no reacender deste “velho” debate e impulsionar uma reflexão sobre as consequências de, no plano internacional, o TEDH desconsiderar a hierarquia de fontes interna e decidir em conformidade com o valor superior que atribui à Convenção.

O caso poderá ainda trazer para o centro do debate uma relevantíssima questão acerca da execução de acórdãos do TEDH, cuja execução cabal poderia, aliás, inclusivamente implicar uma revisão constitucional.

2) O “sistema integrado” de tutela de direitos fundamentais

Acima referimos que uma crítica que pode ser apontada ao sistema português de protecção de direitos fundamentais, pese embora as suas valias, é o de não ser um “sistema integrado”, organizado e ordenado à defesa eficaz dos direitos fundamentais. Neste âmbito, conforme vimos acima, um dos problemas que se verifica na articulação material com o TEDH reside na circunstância de “a última palavra” em matéria de direitos fundamentais não caber necessariamente ao TC. Desta constatação decorrem dois problemas distintos: (i) o facto de o acesso ao TEDH ter um escopo muito mais abrangente do que o acesso ao TC significa que muitas questões respeitantes a direitos fundamentais previstos na Constituição e que incumbe àquele defender, escapam ao seu crivo, e (ii) a multiplicação de diálogos que se travam entre os tribunais portugueses e o TEDH de onde pode resultar uma perda de força das soluções propostas pelos tribunais nacionais a favor do TEDH.

Note-se que a constatação desta deficiência da acção do TC, revelada, de forma bastante clara, na articulação com o TEDH, é apontada como mais um argumento a favor da reforma do actual modelo de fiscalização da constitucionalidade no sentido de incluir um mecanismo do tipo do recurso de amparo no ordenamento jurídico português⁵³¹.

Neste ponto é importante ainda salvaguardar que, em termos de diálogo entre os tribunais, a situação poderá conhecer desenvolvimentos significativos nos próximos tempos. Por um lado, devido à recém-criada *Superior Courts Network*, à qual já

⁵³¹ Neste sentido, implicitamente, Jorge REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 221 e 222; Catarina SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa...*, *op. cit.*, pp. 154 e 155; José de MELO ALEXANDRINO, “Sim ou não...”, *op. cit.*, p. 46.

aderiram o STJ e também o TC, que poderá ajudar na definição do papel destes tribunais na interacção com o TEDH. Por outro, a (eventual) entrada em vigor do Protocolo n.º 16, ao introduzir um novo instrumento de diálogo e articulação entre os tribunais.

3) A aplicação da Convenção pelos Tribunais

No capítulo anterior identificámos também a parca aplicação directa pelos tribunais portugueses da Convenção, que, como vimos, são os primeiros a ser chamados na implementação da mesma. Em particular, no caso português, esta implementação tem uma importância especial visto que, no nosso ordenamento jurídico, todos os tribunais comuns são “*tribunais de direitos fundamentais*”.

Ora, o principal argumento para não aplicar directamente a Convenção prende-se com a sobreposição do catálogo de direitos da CEDH com o da CRP, cuja aplicação é preferencial de acordo com a hierarquia interna de fontes. Tal não significa, contudo, que não deva existir um esforço no sentido do conhecimento da Convenção e da jurisprudência do TEDH que permita aos tribunais tomá-las em consideração aquando da solução dos casos concretos. Efectivamente, como vimos, a margem de apreciação conferida pelo TEDH aos Estados Parte será tanto maior, quanto melhor estes demonstrem tutelar os direitos dos cidadãos submetidos à sua jurisdição, naturalmente, à luz do entendimento do TEDH, o que será aferido, desde logo, através da jurisprudência dos tribunais.

Neste âmbito, têm já sido tomados passos muito relevantes no sentido da divulgação e consciencialização, nomeadamente, mediante a formação específica de magistrados sobre estas matérias.

4) Competência de divulgação da Convenção e da jurisprudência do TEDH

Acima referimos que a competência de divulgação dos assuntos respeitantes à Convenção e a jurisprudência do TEDH cabe ao GDDC, entidade que está na dependência da PGR, que é também responsável por representar o Estado em juízo. É certo que, dado que não se verificam obstruções à justiça junto do TEDH por parte do Estado Português, esta não é uma questão especialmente preocupante.

No entanto, perguntamo-nos se não faria mais sentido delegar esta função numa entidade terceira, independente, e completamente desinteressada da actividade do

Estado. Desde logo, parece-nos que tal seria a opção que decorre da aplicação dos mais basilares e elementares princípios de qualquer processo judicial, desde logo, o da igualdade de armas. Com efeito, a distribuição actual de competências conduz a uma concentração de informação relevante na entidade à qual incumbe também a defesa do Estado em juízo contra as pretensões dos particulares contra si dirigidas.

Neste seguimento, perguntamo-nos ainda se esta competência não deveria ser delegada no Provedor de Justiça. O Provedor de Justiça é uma entidade independente, eleita pela Assembleia da República, e especialmente vocacionada para a defesa dos cidadãos contra actos do Estado. Aliás, a Provedoria é, para todos os efeitos, a *Instituição Nacional de Direitos Humanos* à qual incumbe “a promoção e de defesa dos direitos humanos”, nomeadamente através “[d]as competências de que dispõe em matéria de divulgação e educação para os direitos humanos”⁵³², qualidade que é, ademais, reconhecida internacionalmente⁵³³, inclusivamente, junto do Conselho da Europa^{534,535}. Acresce que este reconhecimento de um papel preponderante do Provedor de Justiça na articulação entre o Estado Português e o TEDH, em particular, na implementação da Convenção iria também ao encontro das recomendações do Conselho da Europa⁵³⁶.

4.3 Prognose: o impacto da metamorfose do TEDH

As fragilidades detectadas no ponto anterior dizem respeito ao estado actual da articulação entre o sistema nacional de protecção de direitos fundamentais e o sistema da CEDH. Nesse sentido, as propostas de reflexão referidas são tendentes a uma optimização do sistema tal como se apresenta neste momento.

No entanto, conforme ficou sobejamente demonstrado no Cap. 2, o sistema da Convenção é uma realidade em constante mutação. As reformas implementadas no TEDH assentaram num aprofundamento e desenvolvimento do princípio da subsidiariedade. Num primeiro momento, as medidas propostas e implementadas

⁵³² Conforme informação constante no *site* oficial do Provedor de Justiça, acessível através do *link*: <http://www.provedor-jus.pt/?idc=29>.

⁵³³ Conforme informação constante no *site* oficial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, acessível através do seguinte *link*: <http://www.ohchr.org/EN/Countries/NHRI/Pages/NHRIMain.aspx>.

⁵³⁴ Conforme informação constante no *site* oficial do Provedor de Justiça, acessível através do *link*: <http://www.provedor-jus.pt/?idc=58>.

⁵³⁵ Em crítica à ausência de um instituto de direitos humanos que tenha a seu cargo a divulgação da Convenção e da jurisprudência do TEDH, João RAMOS DE SOUSA, “Apresentação...”, *op. cit.*, p. 7.

⁵³⁶ Cf. Declaração Final da Conferência de Bruxelas, pars. B.1.g), B.2.f) e j).

concentraram-se no TEDH, introduzindo-se alterações no funcionamento e procedimentos do Tribunal tendo em vista reduzir o número de queixas admitidas bem como tornar os procedimentos mais céleres e expeditos.

Mais recentemente, o foco das reformas passou a incidir sobre os Estados Parte, reforçando-se a responsabilidade destes na implementação da Convenção ao nível doméstico. Esta deslocação do cerne do sistema para os Estados Parte deverá garantir a intervenção subsidiária do Tribunal, e, bem assim, ao privilegiar-se a resolução interna das questões subjacentes às queixas, acarretar uma redução das queixas ao TEDH. A intervenção primária dos Estados deverá, assim, assegurar a sustentabilidade do sistema da CEDH.

A implementação adequada e suficiente da Convenção ao nível interno passa, como já referimos acima, por um esforço de divulgação e consciencialização a todos os níveis, porventura com particular ênfase nos tribunais de primeira instância por serem aqueles que devem estar na primeira linha da defesa dos direitos fundamentais. Deverá, portanto, verificar-se uma maior difusão daquela que é a dogmática dos direitos humanos impulsionada pelo TEDH na base do sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Esta primariedade dos Estados deverá também assumir outra dimensão que se prende com a implementação de remédios ao nível interno que permitam proteger eficazmente os direitos fundamentais, tornando o “*recurso*” ao TEDH um mecanismo estritamente subsidiário, um último reduto de defesa dos direitos fundamentais quando todos os outros meios se revelaram insuficientes.

Nas palavras de Ireneu CABRAL BARRETO, “*se se quiser manter o sistema actual do recurso de queixa individual, é preciso encontrar a nível interno dos diversos Estados membros da Convenção mecanismos específicos que, reparando as violações, tornem, na grande maioria dos casos, supérfluo o recurso a Estrasburgo*”⁵³⁷.

⁵³⁷ “As relações entre...”, *op. cit.*, p. 13. Vide também a Entrevista na Revista da Ordem dos Advogados *supra* identificada, p. 24.

O Autor chega mesmo a sugerir a implementação de um “*órgão de filtragem ao nível interno*” com competência para “*à luz da jurisprudência do Tribunal, verificar se as condições para uma constatação de violação estão reunidas e, na afirmativa, propor às partes um acordo amigável ou, se o acordo amigável não fosse possível, determinar ele próprio o montante que o Estado requerido deveria pagar*”, limitada, contudo, aos casos repetitivos e relativamente aos quais haja já jurisprudência bem firmada do Tribunal, bem como às queixas manifestamente mal fundadas. As queixas submetidas à decisão do órgão interno seriam sempre passíveis de ser ainda submetidas ao TEDH. No entanto, entende o antigo juiz do TEDH que um mecanismo deste género possibilitaria aliviar o trabalho do Tribunal, ao nível dos Comitês e dos Juízes Singulares. — “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos...”, *op. cit.*, pp. 422 e 424, e também *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, pp. 348 e 349.

A implementação destes remédios deverá ser de molde a permitir aliviar a pressão sobre o Tribunal em duas vertentes: (i) quantitativa: reduzindo o número de queixas apresentadas perante o TEDH em consequência do aumento do número de casos resolvidos de forma adequada a nível doméstico, e (ii) qualitativa: facilitando a análise do TEDH das queixas bem fundadas ao terem sido previamente apreciadas de fundo a nível interno. Entende-se ainda que esta actuação preferencial dos mecanismos internos na defesa dos direitos previstos na Convenção poderá significar, afinal, uma tutela mais eficaz dos direitos fundamentais pois, como vimos, as autoridades nacionais estarão melhor apetrechadas para reagir a violações dos direitos dos seus cidadãos do que o TEDH (*vide* 1.2. *supra*).

Acima analisámos um exemplo de (re)implementação de um recurso efectivo de sucesso: a acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de demora. O facto de esta acção ter voltado a ser considerada como um recurso efectivo não só reatribui ao Estado Português a obrigação primária na reparação destas violações como, por outro lado, veio permitir solucionar uma situação que estava a assumir proporções dramáticas para a divisão portuguesa no TEDH.

Ora, face à recente alteração no tipo de contencioso português suscitado em Estrasburgo, podem ser antecipados alguns desafios na implementação de recursos internos efectivos — será o caso das vias de recurso internas previstas para, por exemplo, reparar violações em casos de condições de detenção, prisão ilegal e reapreciação da decisão de aplicação de medida de prisão preventiva.

Note-se que, a este propósito, a Comissão de Veneza propõe a adopção de um mecanismo que possa servir de garantia última de defesa dos direitos fundamentais no plano nacional, designadamente a *queixa constitucional directa* ou *recurso de amparo*, que sirva. Na definição de REIS NOVAIS, o recurso de amparo consiste numa “*possibilidade de o titular de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido aceder ao órgão principal de jurisdição constitucional para defesa contra afectações da responsabilidade dos poderes públicos que o titular do direito reputa de*

Embora se compreenda a mais valia que tal mecanismo representaria ao libertar o Tribunal de muito do trabalho de cariz mais administrativo que o ocupa excessivamente, não pode deixar de se notar que constitui um mecanismo que permite apenas compensar o requerente verificada uma violação e vocacionado para evitar que as queixas cheguem a Estrasburgo. Em nossa opinião, impõe-se, à luz das orientações mais recentes, que os Estados vão mais longe e implementem mecanismos que permitam reparar as violações repondo a situação que existiria se não se tivesse verificado, bem como fazer cessar violações contínuas. De outro lado, impõe-se que a Convenção seja implementada, de acordo com as recomendações do TEDH, em toda a actuação dos poderes públicos, para que, desde logo se verifiquem, menos violações.

*inconstitucionais e para as quais não obteve ou não pode obter reparação eficaz através do recurso à via judicial ou jurisdicional comum (...)*⁵³⁸. Este mecanismo de acesso directo à justiça constitucional é reputado como o “*principal instrumento global de tutela directa dos direitos fundamentais*”⁵³⁹ atendendo ao grau de eficácia de tutela de direitos fundamentais que confere.

Na perspectiva do TEDH, a introdução de um mecanismo deste tipo representa uma mais-valia não só pela tutela que confere, mas porque poderá permitir, indirectamente, um decréscimo do volume de queixas apresentadas perante o TEDH. Desde logo, dadas as suas características, a implementação da queixa constitucional directa ao nível interno permite uma filtragem mais eficaz das queixas que chegam ao TEDH. Em primeiro lugar, permite uma primeira filtragem interna visto que o recurso a este mecanismo é normalmente apenas admissível após terem sido esgotadas todas as outras vias de recurso⁵⁴⁰. Em segundo lugar, permite uma filtragem ao nível do TEDH pois, sendo tendencialmente considerado um remédio eficaz nos termos do artigo 13.º será obrigatória a sua exaustão (artigo 35.º, n.º 1, da CEDH).

Acresce que, se ainda assim, a queixa chegar até Estrasburgo e verificando-se uma identidade material entre os direitos consagrados na Convenção e na constituição nacional, a utilização prévia da queixa constitucional directa terá um impacto a dois níveis: (i) se o tribunal constitucional considerar a queixa inadmissível, esta dificilmente será admitida em Estrasburgo em virtude da semelhança dos critérios aplicáveis; e (ii) tendo o tribunal constitucional — na qualidade de órgão supremo neste âmbito e que se pressupõe ter realizado a análise mais compreensiva no plano doméstico —, proferido uma decisão quanto ao mérito, a tendência será para o TEDH, em respeito da margem de apreciação, exercer uma maior autocontenção⁵⁴¹. Neste contexto, uma decisão de não violação por parte do tribunal constitucional dificilmente será revertida pelo TEDH.

Em consequência, a introdução de um mecanismo deste tipo deverá levar a que haja menos queixas apresentadas ao TEDH, uma maior taxa de inadmissibilidade, e, o que é mais importante, desejavelmente menos violações⁵⁴².

⁵³⁸ *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 224.

⁵³⁹ Catarina SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo...”, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁴⁰ *Vide*, sobre as características deste tipo de recurso, Catarina SANTOS BOTELHO, “Haja uma nova jurisdição...”, *op. cit.*, pp. 595 e 596.

⁵⁴¹ Neste sentido, Jorge REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais...”, *op. cit.*, 302.

⁵⁴² Neste sentido, Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, *op. cit.*, p. 347; Comissão de Veneza, “Study on Individual Access to Constitutional Justice”, *op. cit.*, pp. 23 e ss. e 31, par. 109. *Vide*, para uma análise comparativa da eficácia do sistema alemão e espanhol, Helen KELLER e Alec STONE SWEET, “Assessing the Impact...” *op. cit.*, pp. 690 e ss. E ainda, sobre o impacto da introdução da

4.3.1 *Uma nova dinâmica de protecção de direitos?*

Acima vimos também que o TEDH tem vindo a afastar-se do seu propósito original de apreciar casos concretos e conceder reparação individual, demitindo-se cada vez mais do exame individual quanto ao fundo de todas as queixas que lhe vão chegando, seja através da implementação de sucessivos entraves à admissibilidade das mesmas, seja através da junção e agrupamento de casos, da tramitação através de procedimentos sumários, da auto-referenciação, da aceitação de declarações unilaterais pelos Estados, etc. (*vide* 2.1. e 2.3.1. *supra*). Vimos, inclusivamente, que o Tribunal tem vindo a introduzir uma distinção no tratamento dos direitos consagrados na Convenção, parecendo qualificar alguns direitos como “*mais importantes do que outros*”.

Ora, se o Tribunal de Estrasburgo se afasta cada vez mais dos cidadãos europeus, impende sobre os Estados um dever especial de garantir que são colmatadas as falhas que daí advêm.

No caso português, como já aflorámos, a diferente natureza dos sistemas de protecção, em particular, dos papéis desempenhados pelo TC, a nível interno, e pelo TEDH, a nível regional, oferecia um reduzido potencial para sobreposição de funções entre os tribunais, e, em contrapartida, um enorme espaço de articulação e harmonização. Com efeito, algumas falhas e deficiências do sistema português de protecção de direitos, em particular, a inexistência de recurso a uma instância especializada para contestar actos emanados de qualquer poder público através de um procedimento célere, podiam ser colmatadas através do recurso ao *amparo internacional* perante o TEDH.

De outro lado, incumbindo a todos os tribunais a defesa dos direitos fundamentais, um diálogo mais profícuo com o TEDH poderia contribuir para uma elevação dos parâmetros de protecção de direitos fundamentais.

Todavia, conforme já referimos nos pontos anteriores, estas potencialidades de articulação não têm sido explorados em toda a sua dimensão e, em consequência, têm permanecido à margem de uma análise de fundo. Neste contexto, ainda que se possa discutir formas de melhorar a articulação dos dois sistemas “*as is*”, ou seja, com a configuração que têm de momento, parecer-nos-ia ainda mais relevante, neste momento,

queixa constitucional directa na Turquia, *vide*, Comissão de Veneza, “Study on Individual Access to Constitutional Justice”, *op. cit.*, p. 25. Sobre as dificuldades enfrentadas na introdução deste mecanismo, Patricia POPELIER *et al.*, *Criticism of the European Court of Human Rights...*, *op.cit.*, p. 540.

atentar na evolução do TEDH que aqui tentámos expor, e perceber quais são os novos desafios que tal evolução comporta.

Assim, fazendo uma breve incursão futuroológica, parece-nos que o maior problema na articulação material entre os dois sistemas poderá estar para vir. Isto porque a evolução do TEDH e a tendência, cada vez mais acentuada, que se regista no sentido de se converter num tribunal com funções mais “*constitucionais*” e menos “*de amparo*”, a verificar-se, acarretarão consequências significativas para os requerentes portugueses que se verão, assim, privados deste último nível de protecção directa de direitos fundamentais. Na verdade, ainda que pudesse ser pouco utilizado, a susceptibilidade de recorrer a este mecanismo após esgotados os meios de recurso internos constituía uma importante salvaguarda do sistema no seu todo.

Quer isto dizer que, dada a natureza *multinível* do sistema português de protecção de direitos fundamentais, a tutela conferida pelos meios internos não poderá ser considerada de forma isolada, mas em conjunto com os mecanismos disponíveis nos sistemas da UE e da CEDH que os complementam, formando um todo. Neste contexto, reformando-se uma parte significativa do sistema, com a “*deslocalização*” das funções essenciais do TEDH, essa alteração terá, necessariamente, um impacto na tutela global conferida pelo ordenamento jurídico português.

Em concreto, esta paulatina alteração da actividade e funcionamento do TEDH, de um mecanismo do tipo do *amparo internacional* para um mecanismo com competências mais próximas de um *tribunal constitucional*, sugere que, no que concerne à realidade portuguesa, os dois sistemas poderão vir a sobrepor-se neste sentido: a “*constitucionalização*” do TEDH pretende significar que este Tribunal deverá concentrar-se nas questões consideradas mais “*graves*”, “*sérias*” ou “*estruturais*”, demitindo-se de apreciar os casos à luz do seu circunstancialismo concreto, mas deles extraindo os elementos que lhe permitem decidir questões de princípio exportáveis para outros casos. Nesse sentido, o Tribunal tem vindo a arrogar-se a competência, em casos específicos, é certo, para apreciação de normas em abstracto e mesmo normas constitucionais (*vide* 2.2. *supra*).

Ora, se o TC já está vocacionado para, internamente, desempenhar esta função de apreciação abstracta das normas que contendem com direitos fundamentais — por contraposição com uma função de tutela directa daqueles direitos, que era, repete-se, a função essencial originária do TEDH —, a referida evolução poderá redundar numa

sobreposição dos sistemas e numa duplicação deste controlo em termos mais abstractos ou genéricos, em detrimento da defesa directa de direitos fundamentais.

Em consequência, a assumpção deste papel por parte do TEDH poderá significar, para os requerentes portugueses, que, não contando com um amparo a nível interno, tampouco poderão contar com essa “*rede*” a nível internacional, uma degradação do nível de tutela dos seus direitos. Deste modo, ao “*desaparecer*” esta salvaguarda no plano internacional, fica um vazio no sistema interno que deverá ser preenchido, sob pena de se diminuir o grau de tutela conferido aos cidadãos.

Em face do exposto, julgamos que se justifica, neste momento, realizar uma análise holística e reflectir sobre a articulação entre os sistemas e os papéis desempenhados pelas diferentes entidades chamadas a proteger os direitos dos particulares ao nível regional e nacional.

Por fim, refira-se que as incursões do TEDH, analisadas no ponto 2.2. *supra*, em campos que originariamente estariam fora da sua esfera de acção, suscitam intrincadas questões. Desde logo, a pergunta sobre se estarão ainda os Estados obrigados a acatar as soluções propostas (ou impostas) pelo TEDH nos seus acórdãos? Poderá ainda trazer-se aqui à colação o princípio do *pacta sunt servanda*? Poderá o TEDH impor aos Estados Parte uma visão do sistema da Convenção que implica uma ingerência na sua soberania que vai muito além do texto da mesma a que aqueles se vincularam?

Relativamente ao *controlo da convencionalidade* realizado pelo TEDH (*vide* 2.2. *supra*) e considerando a previsão no nosso ordenamento jurídico de um instrumento que permite sindicar as decisões dos tribunais que recusem a aplicação de uma norma legal com fundamento na contrariedade com uma convenção internacional ou a aplique em desconformidade com o anteriormente decidido pelo TC (artigo 70.º, al. i), da LTC), perguntamo-nos ainda se, porventura, não se poderia equacionar dar uma “*nova vida*” a este recurso, conferindo-lhe um sentido funcionalmente orientado que permita aos requerentes invocar a contrariedade de uma norma legal à Convenção a ser sindicada pelo TC em termos substantivos, e não meramente orgânico-formais. Neste sentido, poderia também equacionar-se a reformulação deste instrumento de modo a permitir o acesso nos mesmos moldes que a alínea b) do artigo 70.º, n.º 1, da LTC. Neste contexto ainda, a susceptibilidade de uma tal decisão no sentido da contrariedade ser passível de generalização poderia revelar-se também um importante instrumento para controlar a convencionalidade de normas internas pelos órgãos nacionais, dispensando-se essa apreciação pelo TEDH.

No que concerne em particular à indicação expressa das medidas exigidas à execução cabal dos acórdãos, poderá colocar-se a questão de saber se esta prática do Tribunal não contende com o próprio espírito do artigo 41.º da Convenção, visto que o Tribunal, face a uma violação cujas consequências não podem ser obviadas pelo direito interno *existente*, não se limita a condenar o Estado a atribuir uma reparação razoável ao lesado.

De outro lado, como vimos, esta iniciativa do TEDH traduz também uma significativa alteração na distribuição originária de funções no sistema da Convenção, a saber, a de que ao Tribunal competiria apenas declarar a existência de violação, incumbindo aos Estados Parte, sob a supervisão do Comité de Ministros, tomar as medidas necessárias para executar o acórdão e, neste sentido, uma distorção da concepção originária do princípio da subsidiariedade

Refira-se, no entanto, que a indicação, pelo TEDH, das medidas gerais, individuais ou mesmo estruturais que considera adequadas para dar plena execução ao acórdão é benéfica, orientando os Estados Parte quanto ao entendimento do TEDH sobre qual a forma mais adequada de reparar a violação e, não raras vezes, de elevar os parâmetros da protecção. Esta prática poderá representar, assim, um ganho em termos de efectividade dos direitos previstos na Convenção.

Notamos, no entanto, que esta indicação clara nos acórdãos, nomeadamente, no título autónomo referente à aplicação do artigo 46.º da CEDH, não implica que o TEDH faça mesmo injunções aos Estados. Se, na primeira opção, estamos ainda no âmbito de uma função de aconselhamento, na segunda estaremos já num domínio mais controverso, de interferência directa com a soberania dos Estados, obrigando-os a acatar estas injunções, sob pena de incorrerem em responsabilidade por não execução do acórdão.

Suscitam-se, finalmente, duas questões essenciais: (i) tem o TEDH competência para ordenar estas “*injunções*”?; e (ii) estarão os Estados Parte efectivamente obrigados a cumpri-las? Ou, ao invés, estará o Tribunal a extravasar as suas competências, caso em que os Estados não estarão vinculados a cumprir aquelas indicações e em que o farão motivados apenas pela boa fé⁵⁴³?

⁵⁴³ Vide, Hans-Joachim CREMER, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions...”, *op. cit.*, pp. 47 e ss.

Esta prática é alvo de algumas críticas, mais ou menos contundentes⁵⁴⁴ e, perante os dois princípios que estão em presença — a efectividade dos direitos e a soberania —, a questão sobre qual dos dois prevalecerá permanece em aberto⁵⁴⁵.

Terminamos, portanto, com mais interrogações do que certezas. Tal deve-se, em nosso entender, à novidade destas questões ou ao seu parco tratamento doutrinário. A principal conclusão é, portanto, a de que se impõe chamar a atenção para estas questões que estão longe de ser periféricas; antes pelo contrário, encontram-se no epicentro da dogmática dos direitos humanos na intersecção com os princípios clássicos de direito internacional e o direito constitucional dos Estados Parte.

O estudo desta temática chama, efectivamente, à colação diferentes abordagens metodológicas — de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Público, Direito Constitucional, e também de uma perspectiva sociológica — que, contudo, se entrecruzam num ponto nevrálgico: a protecção mais eficaz dos direitos humanos.

Se a articulação passada e actual entre o sistema português de direitos fundamentais e o sistema da Convenção suscitava já muitas questões e inquietações, a articulação futura assume contornos ainda mais difusos e que devem ser acautelados, sob pena de se desproteger, deixando perdidos nestes meandros, os sujeitos cujos direitos tanto a Convenção como a Constituição pretendem garantir: os cidadãos.

Há sempre espaço para progredir quando está em causa a protecção de direitos fundamentais. No caso português, em concreto, no que concerne à articulação do sistema nacional com o sistema da Convenção, esta afirmação aplica-se com particular pertinência. Na verdade, o TEDH parece *tão longe* quando, afinal, está aqui *tão perto*...

⁵⁴⁴ O “*Steering Committee for Human Rights*” (CDDH) tem adoptado uma posição crítica relativamente a esta prática do TEDH, entendendo que o Tribunal só deverá indicar medidas concretas nos casos em que a natureza da violação não deixa qualquer escolha real no que concerne às medidas necessárias para a remediar — Cf. “*CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*”, de 2015, par. 144, d também “*CDDH report on whether more effective measures are needed in respect of States that fail to implement Court judgments in a timely manner*”, de 2013, par. 12 e 13, disponíveis através do link: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/>. De outro lado, conforme refere Lize R. Glas, alterações como as que têm sido levadas a cabo através da jurisprudência do TEDH ao artigo 46.º sem que seja alterada a Convenção, minam a legitimidade do Tribunal e, em consequência, podem conduzir a uma menor vontade política de acatar essas mesmas medidas ou até de executar as outras dimensões do acórdão. — “Changes in the Procedural Practice...”, *op. cit.*, p. 699.

⁵⁴⁵ O Tribunal, de seu lado, convida a um debate aberto com os Estados Parte relativamente a este tema e refere que está pronto para “*explore with States and other parties possible refinements to its practice*” — Cf. Contribuição do Tribunal para a Conferência de Bruxelas, pars. 13 e 14.

CONCLUSÕES

No início da presente dissertação formulámos um conjunto de interrogações que nortearam a nossa investigação e às quais fomos respondendo ao longo do texto que antecede. Passaremos agora a sumariar as principais conclusões extraídas da investigação realizada.

I.

O Tribunal assume hoje uma configuração diferente daquela que foi delineada pelos Estados Parte e materializada no Protocolo n.º 11.

As reformas implementadas no seio do Tribunal traduziram-se num *aprofundamento do carácter subsidiário* da sua intervenção. Este aprofundamento foi, contudo, parcialmente conseguido à custa de uma progressiva restrição do direito de acesso à jurisdição do Tribunal, tanto numa acepção formal —, reflectida nos requisitos cada vez mais exigentes que é necessário cumprir e que são restritivamente interpretados por parte do Tribunal na fase da admissibilidade da queixa —, como numa acepção ampla — verificando-se uma diminuição do grau de escrutínio judicial operado, bem como uma tendência para aplicar um tratamento diferenciado das queixas consoante o direito em causa.

Em contrapartida, no *plano substantivo*, face às exigências e aos desafios no que concerne à protecção de direitos humanos que se fazem sentir na Europa, a jurisdição do TEDH tem vindo a *expandir-se*, infiltrando-se nos sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais. A interpretação que o TEDH faz das suas próprias competências — como a apreciação de normas em abstracto, a subordinação das próprias constituições dos Estados Parte à Convenção e a indicação de medidas para conformar a ordem jurídica dos Estados ao entendimento propugnado pelo TEDH — parece emprestar-lhe, cada vez mais, uma dimensão *constitucional*.

Esta *reconstrução hermenêutica* das competências que resultam da Convenção está orientada à máxima protecção dos direitos. Neste contexto, a jurisprudência do Tribunal revela uma dinâmica expansiva, implicando uma interferência cada vez mais visível em domínios tradicionalmente reservados aos Estados Parte, o que justifica a sua recepção sob forte contestação por parte de alguns Estados.

A evolução do modo de funcionamento e da *praxis* do Tribunal traduz, portanto, alterações sensíveis ao carácter subsidiário da Convenção em duas vertentes: por um lado, verifica-se um *aprofundamento da subsidiariedade procedimental*; por outro, uma

restrição da subsidiariedade substantiva. A esta luz, o Tribunal parece ser uma “*criatura viva*”, ora expandindo, ora encolhendo, em função dos desafios que enfrenta.

O propósito original do TEDH de administrar justiça individual nos casos concretos tem vindo a ceder lugar a uma administração de justiça de carácter mais genérico ou abstracto, dirigida à solução de problemas estruturais e ao desenvolvimento de princípios que permitam elevar os parâmetros de protecção.

Em paralelo às reformas, foi encetado, no seio do Conselho da Europa, um debate sobre o papel a desempenhar pelo Tribunal assente no binómio *justiça individual* ou *justiça constitucional*.

Na sequência da última das conferências de alto-nível sobre o futuro do Tribunal, a Conferência de Bruxelas, surgiu com maior evidência uma terceira via à opção entre constitucionalizar o Tribunal ou manter a configuração do sistema conforme resulta do Protocolo n.º 11, propondo-se um *renascer* do *princípio da primariedade* dos Estados. Esta primariedade implicará que os Estados Parte implementem adequadamente a Convenção e prevejam mecanismos nos seus ordenamentos jurídicos que permitam a reparação adequada de possíveis violações. A este propósito, é recomendada a introdução de mecanismos de amparo ao nível doméstico.

II.

Uma das principais interrogações que motivou o presente estudo diz respeito à fraca expressividade do contencioso português em Estrasburgo, quer em termos quantitativos, quer em termos qualitativos.

Da investigação concluímos que a *qualidade da tutela conferida ao nível interno* não justifica este reduzido contencioso português. Esta conclusão é demonstrada, em primeiro lugar, pelas estatísticas referentes a Portugal que evidenciam um número relevante de condenações em proporção com as queixas apresentadas contra o Estado Português e, em segundo lugar, pela natureza das queixas que têm mais recentemente chegado a Estrasburgo e que suscitam questões qualificadas como mais graves (designadamente por respeitarem aos direitos previstos nos artigos 2.º, 3.º e 5.º). De outro lado, o *grau de tutela* conferido pelo sistema português de protecção de direitos fundamentais é qualificado como *médio*, sendo criticado, em especial, por parte considerável da doutrina, o facto de não se prever um mecanismo de queixa constitucional directa.

À luz dos cânones da dogmática dos Direitos Humanos, deverá pugnar-se por um grau *máximo* de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que passa, desde logo, pela exploração das potencialidades de acesso aos mecanismos de defesa disponíveis.

A principal razão que justifica a fraca expressividade do contencioso português reside no *desconhecimento generalizado* acerca do sistema da Convenção que resulta, desde logo, da fraca implementação da Convenção e divulgação da jurisprudência do Tribunal. O assinalável esforço verificado no sentido de colmatar este défice não se traduziu ainda na expressão do número de queixas admitidas contra Portugal.

De outro lado, concluímos que a própria *articulação entre os dois sistemas*, devido à complexidade que lhe é inerente, constitui um obstáculo à plena eficácia e operacionalidade da mesma e pode mesmo produzir um efeito dissuasor no momento de decidir apresentar ou não apresentar a queixa.

III.

A análise da articulação entre os dois sistemas evidenciou algumas *fragilidades* que podem traduzir-se numa diminuição da tutela efectivamente conferida. Impõe-se, portanto, alertar para as mesmas e motivar uma reflexão no sentido do seu eventual melhoramento ou optimização.

A apresentação de uma queixa perante o TEDH deve cumprir apertados requisitos sob pena de não ser admitida, nos termos do artigo 35.º da CEDH. De entre estes avulta, desde logo, por materializar de forma evidente o princípio da subsidiariedade que rege a intervenção do Tribunal, a obrigatoriedade de esgotamento prévio das vias de recurso internas. Não se impõe, contudo, ao requerente que esgote todas as vias de reacção abstractamente disponíveis no ordenamento jurídico. Terá apenas de lançar mão daqueles recursos que se apresentam como efectivos, nos termos do artigo 13.º da CEDH.

A efectividade de determinado recurso é apreciada à luz das circunstâncias do caso e do direito interno aplicável. Esta determinação casuística permite flexibilizar a apreciação do requisito do esgotamento, mas representa um ónus significativo para o requerente no estudo de casos semelhantes que lhe permitam perceber se determinado recurso será tido como efectivo ou não.

Neste âmbito, a não comunicação da fundamentação que subjaz à inadmissibilidade proferidas pelo Juiz Singular assume um relevo assinalável. Esta

prática do TEDH é fortemente criticada pela falta de transparência que evidencia. No caso português, o desconhecimento destas razões para a inadmissibilidade assume ainda uma outra dimensão pois constitui um óbice à compreensão do sistema com consequências práticas significativas.

Uma das fragilidades detectadas na articulação com o sistema português de tutela de direitos que maior importância assume prende-se com a qualificação como “*efectivo*” do recurso de fiscalização concreta ao TC. Com efeito, a enorme complexidade que rege a admissão de um recurso de fiscalização concreta pelo TC, em particular, a identificação da existência de uma *dimensão normativa* a sindicar, compromete um juízo generalizado por parte do TEDH no que concerne à necessidade de esgotar este recurso. Na verdade, este depende, a mais das vezes, em última análise, da própria apreciação do TC.

O maior risco inerente a esta intrincada articulação reside na conclusão do TEDH, em consequência da decisão de rejeição do recurso pelo TC, de que o recurso não era efectivo e, assim, obrigatório esgotar, pelo que não releva para efeitos de contagem do prazo de seis meses para apresentar a queixa. Em consequência, caso o requerente venha a apresentar a queixa ao TEDH apenas após a prolação da decisão de inadmissibilidade pelo TC, poderá ter já decorrido o prazo de seis meses. O requerente poderá, assim, ver a sua petição ser rejeitadas duas vezes revelando-se aqui um *défice de tutela*.

De outro lado, esta incerteza pode dar azo também a situações de *sobreposição* entre o TC e o TEDH, o que traduz uma significativa distorção à subsidiariedade do sistema.

As medidas implementadas com as reformas, ao restringirem o direito de acesso ao Tribunal, aconselham um cuidado redobrado na preparação das queixas.

No que concerne à articulação material dos sistemas, a fragilidade que encabeça o elenco e que se revela, aliás, transversal a vários Estados Parte, diz respeito ao posicionamento da Convenção na hierarquia de fontes interna. Face à tendência crescente do Tribunal considerar subordinadas à Convenção todas as normas dos ordenamentos jurídicos dos Estados Parte, incluindo as normas constitucionais, e, em conformidade, sindicá-las a essa luz, esta é uma matéria que, de futuro, poderá assumir uma redobrada relevância prática.

Especificamente no que respeita ao sistema nacional, a configuração do TC como um tribunal vocacionado para o controlo de normas leva a que não seja chamado a

pronunciar-se em muitos casos respeitantes à defesa de direitos fundamentais. Este acesso restrito contrasta com o acesso amplo que (ainda) se prevê para o TEDH.

De outro lado, a necessidade de desdobrar o diálogo por vários tribunais superiores implica esforços acrescidos. Neste contexto destacam-se duas medidas implementadas no seio do Tribunal: a constituição de uma rede de tribunais superiores (a *Superior Courts Network*) e a competência consultiva do Tribunal prevista no Protocolo n.º 16.

IV.

O *aprofundamento da subsidiariedade procedimental* do sistema, veiculado pelas reformas empreendidas, a par da *restrição da subsidiariedade substantiva*, introduzida pela jurisprudência do TEDH, acompanhados do debate sobre o futuro do Tribunal no âmbito do qual se perspectiva a sua *constitucionalização*, são indicadores da *deslocalização* do cerne da sua actividade.

Como vimos, o propósito original do TEDH era administrar justiça individual nos casos concretos. No entanto, este tem vindo a ser substituído, optando-se pela administração de uma justiça de carácter mais genérico ou abstracto, dirigida à solução de problemas estruturais e ao desenvolvimento de princípios que permitam elevar os parâmetros de protecção.

Sob pena de se criar um vazio de tutela com nefastas consequências para os cidadãos submetidos à jurisdição dos Estados Parte da Convenção, surge agora o apelo à primariedade dos Estados na aplicação da Convenção, o que deverá implicar também a implementação de mecanismos efectivos no plano interno.

Face a esta realidade de futuro, impõe-se reflectir seriamente sobre os sistemas nacionais de protecção de direitos fundamentais e a sua articulação com o TEDH, antecipando, desde já, os desafios que se antevêm. Em particular, é da extrema importância identificar os espaços de protecção dos quais o Tribunal se vem retirando, para que não se crie aí uma “*no man’s land*” e a inerente degradação da protecção conferida.

A diferente natureza dos sistemas de protecção, em particular, dos papéis desempenhados pelo TC, a nível interno, e pelo TEDH, a nível regional, constitui um campo fértil de articulação e harmonização. Na verdade, algumas das falhas e deficiências do sistema português de protecção de direitos podem ser colmatadas através do recurso ao *amparo internacional* perante o TEDH.

Atendendo à referida *deslocalização* do TEDH, perspectiva-se uma dupla consequência: por um lado, a *privação* dos requerentes deste último nível de protecção directa de direitos fundamentais; por outro, uma *sobreposição* da tutela conferida pelos sistemas concretizada numa *duplicação* do controlo, pelo TC e pelo (novo) TEDH, do respeito dos compromissos que resultam, para os Estados Parte, da Convenção, em termos mais abstractos ou genéricos, em detrimento da defesa directa de direitos fundamentais.

A possibilidade desta (des)articulação deverá ser acautelada, impondo-se perspectivar o impacto deste novo paradigma de justiça regional no sistema multinível de protecção de direitos fundamentais português. Justificar-se-á, a esta luz, uma reflexão aprofundada sobre o modelo nacional de justiça constitucional e a tutela de direitos fundamentais conferida.

À luz de tudo quanto antecede, entendemos ser já inadiável promover uma análise integrada dos sistemas de protecção dos direitos dos cidadãos ao nível regional e nacional. Análise essa que deverá incluir não só as fragilidades que se verificam actualmente nessa articulação e que carecem de optimização, mas também antecipar os défices que se vislumbram no futuro de modo a evitar a degradação do grau de tutela conferido.

BIBLIOGRAFIA

A. Manuais e Monografias

- AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Jurisdiction of specific international tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- BACELAR GOUVEIA, Jorge *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição Actualizada e Ampliada, Almedina, 2008
- BJORGE, Eirik *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, 2015
- BROWNLIE, Ian *Principles of Public International Law*, 5.^a Edição, Oxford, 1998
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto *The Access of individuals to international justice*, Oxford University Press, 2011
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2007
- DUARTE, Maria Luísa *União Europeia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006
- FAUSTO DE QUADROS *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, 1998
- FISCHER, Peter e KÖCK, Heribert Franz *Völkerrecht: das Recht der universellen Staatengemeinschaft*, 6.^a Edição, Linde, 2004
- FONSECA, Guilherma da e DOMINGOS, Inês *Breviário de Direito Processual Constitucional: Recurso de Constitucionalidade*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2002
- GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição (Reimpressão), Almedina, 2003
- Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2004
- GONÇALVES LOPES, José Eduardo *A Execução das Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o Caso Português*, AAFDL, 2009
- GONÇALVES PEREIRA, André e FAUSTO DE QUADROS *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição Revista e Aumentada, Almedina, 1995
- GUERRA MARTINS, Ana Maria *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2012
- MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.^a Edição revista e actualizada, Babel,

- Germano 2010
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011
- MELO ALEXANDRINO, José, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.^a Edição revista e actualizada, Princípia, 2011
- MIRANDA, Jorge *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a Edição revista e actualizada, Princípia, 2012
- Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV (5.^a Edição, 2014), Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2014
- PEPELIER, Patricia,
LAMBRECHT, Sarah e
LEMMENS, Koen *Criticism of the European Court of Human Rights — Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Intersentia, 2016
- REIS NOVAIS, Jorge *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora/Wolters Kluwer Portugal, 2010
- Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012
- ROCHA, Armando *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2010
- SANTOS BOTELHO, Catarina *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010
- VERSTRAETE, Alexander H.G. *The Future of the European Court of Human Rights: Facing the backlog challenge*, Universidade de Gent, 2014
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a Edição, Almedina, 2012

B. Comentários

- CABRAL BARRETO, Ireneu *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2015
- CUNHA RODRIGUES *Prefácio à 1.^a Edição*, in Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.^a Edição, Almedina, 2015, pp. 11-13

- FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2011
- LOPES DO REGO, Carlos *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2010
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005
- Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007
- GOMES CANOTILHO, J.J. e VITAL MOREIRA *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição Revista, Coimbra Editora, 2007
- Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.^a Edição Revista, Coimbra Editora, 2010

C. Artigos de Revistas e Contribuições em Obras Colectivas

- ADEN, Hartmut “Human Rights before the courts: Concurrence or complementary protection by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and by national constitutional courts?”, in AAVV, *Human Rights in Europe: a fragmented regime?*, Peter Lang, 2006
- AMADO GOMES, Carla *Pretexto, Contexto e Texto da Intimação para Protecção de direitos, liberdades e garantias*, artigo disponível no site do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível através do link: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/291-135.pdf>
- Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas: lei 67/2007*, de 31 de Dezembro, AAFDL, 2008
- BAMFORTH, Nicholas “Articles 13 and 35(1), Subsidiarity, and the Effective Protection of European Convention Rights in National Law”, in *European Human Rights Law Review*, n.º 5, Sweet & Maxwell, 2016
- PÓR BJÖRGVINSSON, Davíd “The role of the European Court of Human Rights in the changing European human rights architecture”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, 2016
- BUYSE, Antoine “Flying or landing? The pilot judgment procedure in the changing European human rights architecture”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016

- CABRAL BARRETO, Ireneu “A Jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Sub Judge: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril /Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L, 2004
- Entrevista, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, mensal n.º 74, Janeiro, Ordem dos Advogados, 2011
- “O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: entre o seu Passado e o seu Futuro”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014
- CANO-PALOMARES, Guillem “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, in *Revista Española de Derechos Humanos*, no. 42, Abril-Junho, Editorial Civitas, 2012
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. “Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, Coimbra Editora, 2012
- ÇALI, Basak “From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016
- CHRISTOFFERSEN, Jonas “Individual and Constitutional Justice: Can the power balance of adjudication be reversed?”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011
- COSTA, Jean-Paul “The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Courts”, in *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2013
- CREMER, Hans-Joachim “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: beyond res judicanda?”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015
- FABBRINI, Federico “The margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison”, in *iCourts Working Paper Series*, n.º 15, The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, 2015
- FAUSTO DE QUADROS “O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50 – Vol. I, Abril, Ordem dos Advogados, 1990
- FOLLESDAL, Andreas “Squaring the circle at the battle at Brighton: is the war between protecting human rights or resepecting sovereignty over, or has it just begun?”, in

- AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016
- FRIBERGH, Erik e LIDELL, Roderick “From Protocol n.º 11 to 2025 — a Court in constant change”, in AAVV, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015
- FROWEIN, Jochen A. “The Transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 35, N.º 1-8, N.P. Engel, 2015
- FURA, Elisabet e MARUSTE, Rait “Time to take the next (bold) step – the European Court of Human Rights as a constitutional court on human rights in Europe”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015
- GAY MONTALVO, Eugeni “El recurso de amparo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) 6/2007. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una visión desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015
- GERARDS, Janneke “Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n.º1, Fevereiro, Oxford University Press, 2014
- GLAS, Lize R. “Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n.º4, Dezembro, Oxford University Press, 2014
- GRABENWARTER, Christoph “General Report and Outline of main issues”, in *General Report XVI Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2014*
- “The Cooperation of Constitutional Courts in Europe — Current Situation and Perspectives”, in *The Cooperation of Constitutional Constitutional Courts in Europe — Current Situation and Perspectives: XVIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts*, Vol. I, Verfassungsgerichtshof Oesterreich, 2014
- GREER, Steven e WILDHABER, Luzius “Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n.º4, Dezembro, Oxford University Press, 2012
- HARMSSEN, Robert “The European Court of Human Rights as a ‘constitutional’ court: Definitional Debates and the Dynamics of Reform”, in AAVV, *Judges, transition, and Human Rights*, Oxford University Press, 2007

- HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie “Constitutional v International? When unified reformatory rationales mismatch the plural paths of Legitimacy of ECHR Law”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011
- HENRIQUES GASPAR, António “Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Sistema da Convenção Europeia”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004
- “A Influência da CEDH no Diálogo Interjurisdicional: A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho”, in *Julgar*, n.º 7, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2009
- KELLER, Helen e STONE SWEET, Alec “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems” in AAVV, *A Europe of Rights – The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2011
- KNAUL, Gabriela “O papel dos Juízes na efetivação dos direitos humanos”, in *Julgar*, n.º 22, Janeiro-Abril, Coimbra Editora, 2014
- LAMBRECHT, Sarah “Reforms to lessen the influence of the European Court of Human Rights: a successful strategy?”, in *European Public Law*, Vol. 21, n.º 2, Junho, Kluwer Law International BV, 2015
- LESTER, Anthony “The European Court of Human Rights after 50 years”, in *European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011
- LOPES LUÍS, Sandra “O Recurso de Amparo: uma solução possível? — Contributo para o estudo da compatibilização do recurso de amparo com o sistema de fiscalização da constitucionalidade português”, in AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coimbra Editora, 2012
- LUCAS, Katia “Regard sur le processus de révision initié à Interlaken: entre (ré)action et inhibition”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 26 année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015
- LUEBBE-WOLF, Gertrude “Who has the last world? National and Transnational Courts – Conflict and Cooperation”, in *Yearbook of European Law*, Vol. 30, n.º 1, Oxford University Press, 2011
- MACDOWELL SANTOS, Cecília, SANTOS, Ana Cristina, DUARTE, Madalena e MANECA LIMA, Teresa “Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: Reflexões sobre a literatura jurídica”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 117, Ano 30, Jan-Mar, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2009
- MADUREIRA, João “The Impact of the European Convention on Human Rights in the Legal and Political Systems of Member States Over the Period 1953-1998 – Portugal”, disponível no site do GDDC, através do link:

- MAHONEY, Paul e SHARPE, Jonathan “The Legacy of Carlo Russo: creation of a Supreme European Court of Human Rights”, in AAVV, *Law in the Changing Europe: Liber Amicorum Pranas Kunis*, Mykolo Romenio Universiteto, 2008
- MALINVERNI, Georgio “Le Protocol n° 15 à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, 26.º Année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015
- MARRECAS FERREIRA, Paulo “O Castelo de Ventura”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, C.R.L., 2004
- MAUS, Didier “La Cour Européenne des droits de l’homme: est-elle une cour constitutionnelle supranationale?”, in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l’homme – Liber Amicorum Michel Melchier*, Anthemis, 2010
- MELO ALEXANDRINO, José “Sim ou não ao recurso de amparo?”, in *Julgar*, n.º 11, Maio-Agosto, Wolters-Kluwer/Coimbra Editora, 2010
- “A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- “A Natureza Variável dos Direitos Humanos: Uma Perspectiva da Dogmática Jurídica”, in AAVV, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Almedina, 2016
- MILNER, David “Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road”, in *ZEUS: Zeitschrift fuer Europarechtliche Studien*, n.º 1, Nomos, 2014
- MORAIS PIRES, Maria José “Execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: O Protocolo n.º 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in AAVV, *Homenagem ao Professor Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006
- MORAWA, Alexander “The European Court of Human Right’s Rejection of Petitions where the Applicant has not suffered a significant disadvantage: a discussion of desirable and undesirable efforts to safeguard the operability of the Court”, in *Journal of Transnational Legal issues*, Vol. 1, n.º 1, Dezembro, Universidade de Lucerna, 2012
- MOURA RAMOS, Rui Manuel “O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de*

Almeida, Coimbra Editora, 2007

- NAISMITH, Stanley “Exhaustion of domestic remedies — must the remedy be capable of directly addressing the Convention complaint”, in AAVV, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Uma visão desde dentro — En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015
- NÜßBERGER, Angelika “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015
- PASTRE-BELDA, Béatrice “Et si la Cour européenne des droits de l’homme renonçait à l’interprétation consensuelle?”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 26 année, n.º 101, Janeiro, Anthemis, 2015
- PAULUS, Andreas “From Implementation to Translation: Applying the ECtHR Judgments in the Domestic Legal Orders”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2015
- PETERS, Birgit “Germany’s Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundersverfassungsgericht’s Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, in *German Law Journal*, Vol. 13, n.º 6, GLJ, 2012
- PIÇARRA, Nuno “Recurso de revisão de que «decisões inconciliáveis» com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotação ao Ac. do TCA Norte de 8.7.2011, P.5/04.0BEPRT-A”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, Março/Abril, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, n.º 116, Março/Abril, 2012
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo Entrevista, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 137, Abril, Ordem dos Advogados, 2016
- RAMOS DE SOUSA, João “Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e informação Jurídica, C.R.L, 2004
- “Escutas telefónicas em Estrasburgo: O activismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril /Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e informação Jurídica, C.R.L, 2004
- RANGEL MESQUITA, Maria José “Responsabilidade do Estado Juiz e justiça regional europeia em matéria de Direitos Humanos: Anotação ao Ac. do TCA Norte de 5.6.2015, P.2533/06.6BEPRT”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 116, Março/Abril, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2016

- “O novo regime da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2010
- SADURSKI, Wojciech “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, in *Human Rights Law Review*, Vol. 9, n.º3, Oxford University Press, 2009
- SARMENTO E CASTRO, Catarina “O Modelo Português de Justiça Constitucional”, in AAVV, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007
- SEIBERT-FOHR, Anja e VILLIGER, Mark E. “Current Challenges in European Multilevel Human Rights Protection”, in AAVV, *Judgments of the European Court of Human Rights — Effects and Implementation*, Nomos, 2014
- SILVA MIGUEL, João Manuel da “A Justiça Portuguesa no exame do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 28, Abril/Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e informação Jurídica, C.R.L, 2004
- SPIELMANN, Dean “Whither the Margin of Appreciation?”, in *Current Legal Problems*, Vol. 67, Oxford University Press, 2014
- SANTOS BOTELHO, Catarina “Quo Vadis «doutrina da margem nacional de apreciação»? — O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Universidade Católica, 2011
- “O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um “Triângulo das Bermudas”? — A Complexa Interação Multinível entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. III, Almedina, 2013
- “Haja uma nova jurisdição constitucional: Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Jan./Dez., Ordem dos Advogados, 2010
- SUSI, Mart “Implied Constitutional Competence of the European Court of Human Rights”, in *German Yearbook of International Law*, Vol. 57, Duncker & Humboldt, 2014

- THORARENSEN, Björg “The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol No. 16: enhancing domestic implementation of human rights or a symbolic step?”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016
- TICKELL, Andrew “More ‘efficient’ justice at the European Court of Human Rights: but at whose expense?”, in *Public Law*, n.º2, Abril, Sweet & Maxwell, 2015
- ULFSTEIN, Geir “The European Court of Human Rights and national courts: a constitutional relationship?”, in AAVV, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Routledge, 2016
- VOBKUHLE, Andreas “Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 34, n.º 1-6, N.P. Engel, 2014
- WILDHABER, Luzius “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, n.º 1-5-7, N.P. Engel, 2002
- “Rethinking the European Court of Human Rights”, in AAVV, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011
- ZOETHOUT, Carla M. “Margin of Appreciation, Violation and (in)compatibility: Why the ECtHR might consider using an alternative mode of adjudication”, in *European Public Law*, Vol. 20, n.º 2, Kluwer Law International BV, 2014

D. INTERVENÇÕES EM CONFERÊNCIAS

- BODNAR, Adam Comentário no painel “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014
- CABRAL BARRETO, Ireneu “As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Instâncias nacionais”, Intervenção na Cerimónia do 30.º Aniversário da Adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, STJ, 2008, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/cerimonias/30anos_irineubarreto.pdf
- “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal/Juiz Nacional”, proferido no âmbito da Acção de Formação “Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Casos Nacionais” organizada pelo Centro

de Estudos Judiciários a 10 de Fevereiro de 2012, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf

- COSTA, Jean-Paul “The authority of the jurisprudence of the ECtHR” (conferência “Role of Supreme Courts in the domestic implementation of the E.C.H.R.”, 2007), in *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009
- FÜRA-SANDSTRÖM, Elisabet “Amplifying the effect of the Court’s case-law in the State’s parties” (conferência: “Towards stronger implementation of the Court’s case-law in the State-Parties”, 2008), in *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009
- MALINVERNI, Georgio “Ways and means of strengthening the implementation of the European Convention on Human Rights at national level” (conferência: “Towards stronger implementation of the ECHR at national level”, 2008), in *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009
- POPOVIC, Dragoljub “Pilot Judgments of the ECtHR” (conferência: “The Role of Supreme Courts in the domestic implementation of the E.C.H.R.”, 2007), in *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009
- REIS NOVAIS, Jorge “Sim ou não ao recurso de amparo”, in AAVV, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012
- SCHUERMANN Frank Comentário no painel “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014
- ULFSTEIN, Geir “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights: Proceedings*, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014
- WILDHABER, Luzius “Consequences for the ECtHR of Protocol no. 14 and the resolution on judgments revealing an underlying systemic problem” (conferência: “Reform of the European Human Rights System”, 2004), in *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress*, Council of Europe Publishing, 2009
- “Rule of law: “Constitutional Court” or “guardian of individuals”?”, in *Conference on the long-term future of the European Court of Human*

Rights: Proceedings, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel, Oslo, Norway, 7-8 April 2014

E. DECLARAÇÕES OFICIAIS DAS INSTITUIÇÕES DO CONSELHO DA EUROPA

a. Conselho da Europa

- Relatório Explicativo do Protocolo n.º 11 do “*Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby*”, de 11 de Maio de 1994, Conselho da Europa, European Treaty Series – No. 155 — disponível através do link: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/155>
- Relatório Explicativo do Protocolo n.º 14 do “*Explanatory Report to Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”, amending the control system of the Convention, de 13 de Maio de 2004, Conselho da Europa, European Treaty Series - No. 194 — disponível através do link: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194>
- Relatório Explicativo do Protocolo n.º 15 do “*Explanatory Report to Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*” (CETS No. 213) — disponível através do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer
- Relatório Explicativo do Protocolo n.º 16 do “*Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*” — disponível através do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739063294958599503665_pointer

b. TEDH

- Conferência de Interlaken: — *Memorandum do Presidente Jean-Paul COSTA: Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a view to preparing the Interlaken Conference*, 3 de Julho de 2009*
- Nota do Jurisconsulto: *Interlaken follow-up: Principle of subsidiarity - Note by the Jurisconsult*, de 8 de Julho de 2010*
- Conferência de Izmir: — Discurso do Presidente Jean-Paul COSTA, *Conférence sur le futur de la Cour européenne des droits de l’homme*, Izmir, 26 de Abril de 2011*
- Declaração Final da Conferência de Izmir: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, Izmir, Turquia, 26 – 27 de Abril de 2011*

- *Note on the Reform Work: Interlaken process and the Court: 2012, 2013, 2014, 2015, e 2016**
- Conferência de Brighton:
- Opinião Preliminar do Tribunal: *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, adoptada pelo Tribunal Pleno em 20 de Fevereiro de 2012*
 - Discurso do Presidente Sir Nicholas BRATZA, *High level Conference: Brighton*, 18-20 de Abril de 2012*
 - Discurso do Secretário-Geral do Conselho da Europa Thorbjorn JAGLAND, *High-Level Conference on the future of the European Court of Human Rights*, Brighton, Reino Unido, 19 de Abril de 2012*
 - Declaração Final da Conferência de Brighton: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brighton Declaration**
- Conferência de Oslo
- Discurso do Presidente Dean SPIELMANN, “L’avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l’homme: Le succès et les défis posés à la Cour, perçus de l’intérieur”, Oslo, 7 Abril 2014*
 - Textos das conferências: *Conference on the long-term future of the European Court of Human Rights, MultiRights Annual Conference organised by PluriCourts under the auspices of the Council of Europe in Holmenkollen Park Hotel*, Oslo, Noruega, 7-8 Abril 2014, Directorate General of Human Rights and Rule of Law Council of Europe*
- Conferência de Bruxelas:
- Contribuição do Tribunal: *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, de 26 de Janeiro de 2015*
 - Discurso do Presidente Dean SPIELMANN, “La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l’homme, notre responsabilité partagée”, Bruxelas, 26-27 de Março de 2015*
 - Declaração Final da Conferência de Bruxelas: *High-level Conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility”*, Bruxelas, 27 de Março de 2015*

*: Disponíveis na página do tribunal através do link: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=#n13740528735758554841286_pointer

- Outros:
- *Guia prático sobre a Admissibilidade*, Conselho da Europa/Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 3.^a Edição, 2014 — disponível através do link http://direitoshumanos.gddc.pt/4/IVPAG4_3_3_6.htm
 - *Research Report: “The new admissibility criterion under Article 35 § 3 (b) of the Convention: case-law principles two years on”*, Council of

Europe/European Court of Human Rights, 2012 — disponível através do *link*

http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criteria_ENG.pdf

— *Factsheet: “Pilot Judgments”, Press Unit*, de Novembro de 2016 — disponível através do *link*:
http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347890855564_pointer

— Política de Priorização de casos: “*La Politique de Prioritiation de la Cour*”, de Maio de 2013 — disponível através do *link*:
[http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["priority"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{)

— “*Report on the implementation of the revised rule on the lodging of new applications*”, de Fevereiro de 2015 — disponível através do *link*:
[http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["revised%20rule"\]}](http://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{)

— “*Reply to Committee of Ministers request for comments on the CDDH Report on Execution*”, European Court of Human Rights, 9 de Maio de 2014*

c. Comité de Ministros

Recomendação Rec(2004)5:

— *Recommandation Rec(2004)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des Droits de l’Homme*, adoptada pelo Comité de Ministros, em 12 de Maio de 2004 — disponível através do *link*:
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd196

d. Grupo de Sábios

Relatório CM(2006)203:

— *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, Sessão 979bis, de 15 de Novembro de 2006 — disponível através do *link*:
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893

e. Comissão de Veneza

— “*Study on Individual Access to Constitutional Justice*” (CDL-AD(2010)039rev-e), adoptado pela Comissão de Veneza (*European Commission for Democracy Through Law*), na 85.ª Sessão Plenária,

realizada em 17-18 Dezembro 2010 — disponível no *site* através do *link*: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e)

- [“Draft Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights”](#) (CDL-AD(2002) 1), adoptado pela Comissão de Veneza (*European Commission for Democracy Through Law*), em 6 Dezembro 2010 — disponível no *site* através do *link*: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI\(2002\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-DI(2002)001-e)

f. Steering Committee for Human Rights (CDDH)

- *“CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”*, de 2015, disponível através do *link*: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/CDDH\(2015\)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/CDDH(2015)R84_Addendum%20I_EN-Final.pdf)
- *“CDDH report on whether more effective measures are needed in respect of States that fail to implement Court judgments in a timely manner”*, de 2013, disponível através do *link*: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH\(2013\)R79_Addendum%20I_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2013)R79_Addendum%20I_EN.pdf)

F. RELATÓRIOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por ordem cronológica:

- AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Luís NUNES DE ALMEIDA, “As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Bruxelas, Maio de 2002, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html>;
- AAVV, sob a orientação do Juiz Conselheiro Artur de FARIA MAURÍCIO, “Os Tribunais Constitucionais europeus: critérios da limitação de direitos humanos na aplicação da justiça constitucional”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *XIII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Nicosia, Maio de 2005, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020109.html>;
- SARMENTO E CASTRO, Catarina, “Modelos de Justiça Constitucional”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América*, Sevilha, 19 a 21 de Outubro de 2005, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020309.html>;
- AAVV, “The Portuguese Human Rights Constitutional Law”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado *World Conference on Constitutional Justice — 1st Congress: A influência da justiça constitucional sobre a sociedade e sobre uma jurisprudência global dos direitos do Homem*, Cidade do Cabo, 22 a 24 de Janeiro de 2009, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/cmjc-arquivo.html>;
- SARMENTO e CASTRO, Catarina e VICENTE SILVA, Filipa, “Tribunal Constitucional Português (sumário alargado)”, in *Cooperação dos Tribunais Constitucionais na Europa – situação actual e perspectivas*, XVI Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, 2014, disponível através do *link*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/ctceu.html>;
- CAUPERS, João Pedro e CHURRO, Bárbara, “Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *Conferência das Jurisdições*

Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa: III Assembleia, Benguela, 2 a 5 de Junho de 2014, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/cjclp-arquivo.html>;

- GUERRA MARTINS, Ana Maria e PRATA ROQUE, Miguel, “A Tutela Multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português”, relatório do Tribunal Constitucional apresentado na *16.ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, Santiago de Compostela, 16 a 18 de Outubro de 2014, disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/ctri-arquivo.html>.