

INTERVENÇÃO DA PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA(*), PAULA VEIGA

O tema da minha fala é o do *lugar da Convenção Europeia de Direitos Humanos no ordenamento jurídico português de direitos humanos*. Comece-se pelo princípio. E, neste caso, o princípio reside, justamente, no tema. Há algumas décadas este título seria provocatório. Existe entre nós um ordenamento jurídico de direitos humanos, composto não somente pelos direitos fundamentais enunciados pela Constituição da República Portuguesa (os «constitutional rights») (CRP), mas também pelos direitos estabelecidos pelas convenções internacionais de direitos humanos? Crê-se que sim. Veja-se porquê.

No pensamento jurídico, não constitui novidade a ideia de que, na esteira de Hans Kelsen, a ordem jurídica é de estrutura piramidal, encimada por uma Constituição. Sucede que hoje, mais de uma década depois do início do século XXI, tal já não é assim.

Pertence ao conhecido jurista alemão Peter Häberle a ideia de que o Direito Constitucional e o Direito Internacional se transformam em conjunto. Por outras palavras: o Direito Constitucional não cessa onde começa o Direito Internacional e o Direito Internacional não termina onde se enceta o Direito Constitucional. Adoptando, e adaptando, uma linguagem

(*) O presente Artigo reproduz, com as necessárias adaptações para a forma escrita, a intervenção proferida pela autora na Assembleia da República, no dia 9 de Novembro de 2018, por ocasião da Conferência Comemorativa dos 40 Anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, organizada conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pela Ordem dos Advogados, tendo o Professor Doutor Vital Moreira como Comissário Nacional dessas Comemorações, bem como das dos 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

típica de Rudolf Smend, dir-se-ia que se opera um mútuo fenómeno de *integração*: *integração* constitucional e *integração* internacional.

Esta catadupa de interdependências emergiu antes dos meados do século XX, quando se criaram as Nações Unidas. Foi nesse momento que ficou clara a influência do paradigma constitucional no campo do direito internacional, nomeadamente através da importação de um modelo de protecção de direitos, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), modelo que, como se sabe, nasceu no direito constitucional na época das revoluções liberais⁽¹⁾.

O movimento inverso também se verificou — ou seja, a influência do modelo internacional no modelo constitucional —, e intensificou-se, sobretudo, após a passagem para o Século XXI. Essa influência manifesta-se com cada vez um maior número de Constituições a referenciar, nos seus textos, convenções e organizações internacionais. O caso típico é o do Tribunal Penal Internacional (TPI), que, por contender com algumas disposições constitucionais, é expressamente referido na nossa Constituição (no art. 7.º, n.º 7), mas, também, nas Constituições francesa e alemã. Mas o TPI não é caso único. A Constituição argelina, por exemplo, faz referência à ONU⁽²⁾. Estados há, também, que referem, nas suas Constituições, supervisão internacional porque estão em situações de transição. É o caso da Constituição do Camboja (1993), da África do Sul (1996), de Timor Leste (2002), do Afeganistão (2004) ou do Kosovo (2008), entre outras. E já nem se está a pensar no facto de, entre os Estados membros da União Europeia, muitas das respectivas Constituições fazerem menção expressa a tratados constitutivos da União Europeia, além de terem, muitos deles, procedido a revisões constitucionais aquando do Tratado de Maastricht.

Estas mútuas influências implicam uma alteração na estrutura do constitucionalismo, porque há a superação da visão ortodoxa do Direito Constitucional, que era o do «constitucionalismo vestefaliano», ou seja, um modelo baseado no *State approach*. Com efeito, algumas notas características do constitucionalismo clássico estão a desaparecer, nomeadamente a da distinção entre o público e o privado, a da separação entre o Estado e a sociedade, e a distinção entre a política e a economia, o que gera, por um lado, uma fragmentação da soberania, e, por outro, uma proliferação do discurso constitucional. Assim, pode afirmar-se que: (1) falta, hoje, um centro jurídico-político de decisão; (2) por isso, os impulsos nor-

(1) Nomeadamente com a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

(2) No art. 28.º.

mativos não são mais unicamente de ordem estadual; (3) o que leva a desenharmos a ordem normativa a partir de uma multiplicidade de fontes jurídicas.

A alteração desse paradigma constitucional gera mudanças a vários níveis, nomeadamente: (1) no quadro das instituições de Governo; (2) no âmbito das instituições de garantia; (3) na configuração do sistema de fontes.

Comece-se pelas instituições de Governo. A mudança implica a necessidade de reestruturar o poder no quadro dos Estados, através de uma *outra* aproximação institucional, que contemple a existência de instituições pluralistas, muitas vezes por força da incapacidade das instituições estaduais para resolverem alguns problemas (pense-se nos casos do crime transnacional ou da actualíssima questão da vaga de migrantes). Como nos esclarece Alec Sweet Stone, as instituições de Governo têm hoje uma «soberania descentralizada» para responderem a uma ordem jurídica cosmopolita de inspiração kantiana⁽³⁾. Se se preferir pode dizer-se que estamos perante uma *soberania interdependente*, já que ninguém discute que, gradualmente, os Estados têm vindo a reconhecer que parcelas da sua soberania são exercidas noutros fóruns. Paradigmático é, desde logo, o reconhecimento de poderes a determinadas organizações internacionais para o exercício de competências soberanas — a ONU e, na Europa, obviamente, a UE.

No que respeita às instituições de garantia, quer por meio do direito internacional (adesão a tratados internacionais), quer por via do direito interno (abertura manifestada por normas constitucionais) opera-se uma incorporação de normas internacionais, *maxime* de direitos humanos, nos ordenamentos internos, que, assim, passam a constituir parte do direito dos Estados. Tal sucede porque:

- 1) se abandonaram os fundamentos de um *velho* modelo hobbesiano do Estado, em que a legitimação do poder se estabelecia na trilogia *Direito — Poder — Direitos*, isto é, havia um pacto constitutivo entre os cidadãos, que se sujeitavam ao poder soberano, porque era ele que reconhecia as suas posições subjectivas;
- 2) se adoptou o que se apelidaria de *um argumento kantiano adaptado*, ou seja, uma *federação de Estados autónomos*, que partilham certos valores, mantendo, no entanto, o princípio da diversidade nacional. No horizonte axiológico desses valores cosmopolitas,

(3) ALEC SWEET STONE, «A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», in *Global Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 62.

porque assentes na mesma concepção de justiça, estão a proibição da guerra e a protecção dos direitos humanos e dos povos. Como é fácil de verificar este horizonte transcende as fronteiras estaduais. Por isso, se afirma que esses valores são cosmopolitas;

- 3) há uma coerência entre os vários sistemas de tutela de direitos, traduzindo um *outro* esquema hierárquico-normativo de garantia, que radica, não numa concorrência, mas numa cooperação e complementaridade, porque, nesta matéria dos direitos, existe um sistema multipolar de *governance*;
- 4) há uma mutação na forma de entender os nossos direitos subjectivos: de produtos do confronto político positivado em regras jurídicas, tal como o eram no modelo do constitucionalismo clássico, passam, cada vez mais, a ser entendidos como resultado da actividade jurisdicional, positivamente interpretada na sua configuração plural;
- 5) muitos dos tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos após o Protocolo n.º 11, beneficiam directamente os indivíduos porque cobrem relações (do indivíduo frente ao poder público) cuja regulação era outrora apanágio do Direito Constitucional. Tal vale por afirmar a aplicabilidade directa de normas protectoras de direitos humanos, restando uma competência nacional exclusiva nesta matéria. Com efeito, a Convenção Europeia, como uma convenção de direitos humanos, confere directamente direitos aos cidadãos (e aos residentes) contra o seu Estado, acrescentando que, no caso desta Convenção, há um tribunal internacional que pune as violações, quer por iniciativa de outro Estado-parte, quer por iniciativa dos lesados.

Tendo-se já aludido a alteração do paradigma constitucional no quadro das instituições de Governo e no âmbito das instituições de garantia, importa verificar a mudança desse modelo no que respeita à configuração do sistema de fontes. Ultrapassada que está a visão kelsiana de um sistema hierárquico, endógeno e autorreferencial, não há como negar uma mudança na estrutura dos sistemas jurídicos, assente num princípio de unidade e informado pelos valores axiológicos a que atrás se fez referência. Trata-se, no fundo, de fazer relevar as fontes normativas em sentido material e não em sentido formal. Como afirmou o Presidente do Tribunal Constitucional Alemão, Andreas Voßkuhle, a internacionalização e a europeização deram ao direito constitucional uma «nova dimensão quanti-

tativa e qualitativa»⁽⁴⁾, ou, como disse o ex-Secretário geral das Nações Unidas, Boutros Ghali, «os direitos humanos abolem a distinção tradicional entre ordem interna e ordem internacional e criam uma nova permeabilidade jurídica»⁽⁵⁾.

No essencial, verifica-se que as relações jus-fundamentais, que eram classicamente tuteladas pelo Direito Constitucional, merecem hoje protecção, também, do Direito Internacional. Tal significa que a responsabilidade pela protecção dos direitos não está mais na exclusiva jurisdição dos tribunais nacionais, gerando: (1) um modelo de reenvios entre vários sistemas jurídicos; e (2) um diálogo entre fontes normativas (conjugação e complementaridade entre as ordens constitucional e internacional), já apelada por «global community of courts»⁽⁶⁾. Tal é assim, por maioria de razão, no caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A Convenção é um instrumento normativo *sui generis*. Formalmente, trata-se de um tratado internacional. Mas tem sido abundantemente usada por órgãos judiciais internos, aí incluídos os Tribunais Constitucionais, o que lhe confere o estatuto de uma *Carta de Direitos*. Em linguagem jus-internacionalista, trata-se de um verdadeiro tratado normativo. Foi já há dez anos que o trabalho de Helen Keller e de Alec Sweet Stone (ed.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford University Press, 2008), analisou a relação entre 18 Estados-parte na Convenção e a sua ordem jurídica interna⁽⁷⁾. Neste estudo mostra-se que, em resultado da recepção da Convenção, os Estados operaram mudanças estruturais no seu sistema jurídico. Globalmente, pode afirmar-se que as alterações foram formais, isto é, operaram revogação e/ou aditamento de normas jurídicas, mas, também, institucionais, na medida em que a adesão à Convenção requereu algumas alterações na actuação dos poderes legislativo, executivo e judicial. De entre as instituições nacionais aplicadoras da Convenção, os autores realçam o importante papel dos res-

(4) ANDREAS VOBHUKHLE, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts — Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, 2010.

(5) «[p]ar leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle», no original. Alocução de BOUTROS GHALI na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, Viena, Junho de 1993.

(6) Título do artigo de ANNE-MARIE SLAUGHTER publicado no *Harvard International Law Journal*, 2003, Vol. 44, pp. 191-219.

(7) Nesta obra são analisados os casos da Irlanda, do Reino Unido, da França, da Alemanha, da Itália, da Espanha, da Bélgica, da Holanda, da Noruega, da Suécia, da Grécia, da Turquia, da Rússia, da Ucrânia, da Polónia, da Eslováquia, da Áustria e da Suíça.

pectivos tribunais constitucionais, porque, embora não o afirmem expressamente, se trata de uma instância não só defensora da Constituição, mas, também, defensora dos direitos dos cidadãos.

O sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, materialmente fundado, em grande parte, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal como é expressamente afirmado no respectivo *Preâmbulo* (não se pode olvidar, neste contexto, que as negociações para a criação do Conselho da Europa se iniciaram no mesmo ano em que se proclamou a DUDH), e no art. 3.º do Estatuto do Conselho da Europa começou por ser um sistema excludente. Com efeito, nos seus primórdios, só integravam o Conselho da Europa os Estados que respeitassem os princípios enunciados no art. 3.º desse Estatuto⁽⁸⁾, o que, à época da assinatura da Convenção, levou a excluir todos os Estados da Europa de Leste⁽⁹⁾. De resto, mesmo Portugal, ao tempo com uma Constituição de pendor socializante, quando aderiu à Convenção, formulou oito reservas⁽¹⁰⁾, que foram sendo retiradas (a maior parte até 1987) à medida a que se foi procedendo às revisões constitucionais⁽¹¹⁾.

Mas a história da Europa viria a mudar esse sistema excludente. Com a queda do muro de Berlim verificou-se um grande e considerável alargamento, pois os Estados recém-formados depressa aderiram à Convenção, assumindo-se esta como um instrumento essencial para a ligação, ou para

⁽⁸⁾ Tais princípios apontam para duas ideias-chave: (i) o princípio da preeminência do Direito e (ii) o princípio em virtude do qual toda a pessoa sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

⁽⁹⁾ Segundo PETER LEUPRECHT, então Director dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, a adesão à trilogia *Direitos Humanos/Democracia/Preeminência do Direito* nesse art. 3.º do Estatuto explicar-se-ia, maioritariamente, pelas circunstâncias históricas da criação desta Organização de alcance eminentemente político, fundada quatro anos após o final da II Grande Guerra, que inundou a Europa de regimes totalitários e autoritários (in Mesa Redonda do Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Palácio da Bolsa, Porto, 1980, cujas intervenções foram publicadas no *Boletim do Ministério da Justiça*, Documentação e Direito Comparado, n.º 5, 1981, p. 63).

⁽¹⁰⁾ As reservas apostas pelo Estado português foram, nomeadamente, em matéria de possibilidade de aplicação de uma lei sobre prisão disciplinar retroactiva imposta a militares no caso de julgamento dos responsáveis da PIDE/DGS; proibição de privatização do serviço público de televisão; proibição do *lock-out*; serviço cívico obrigatório; proibição de organizações que perfilhem a ideologia fascista; possibilidade de certas expropriações sem indemnização; princípios básicos em matéria de ensino. Sobre cada uma das oito reservas formuladas por Portugal vide RUI MOURA RAMOS, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, pp. 185, ss.

⁽¹¹⁾ Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, «L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Rapport National — Portugal», in *Revista de Direito e Economia*, Anos XVI a XIX, 1990-1993, p. 756.

uma identidade, entre o Ocidente e o Oriente europeus — a conhecida tradição europeia partilhada, também designada por standards mínimos comuns.

Além de haver sido desenhado como um sistema excludente, foi inicialmente também um sistema tímido, porque não assentava num direito de queixa individual.

Não obstante estas deficiências era claro o intuito da sua fundação. Num momento em que a Europa estava em ruínas, o que, em 1950, se pretendia, mais do que consagrar novos direitos (até porque, inspirando-se na DUDH, a Convenção acaba por consagrar convencionalmente direitos que integram Direito Internacional consuetudinariamente aceites), era que os cidadãos pudessem interpor acções contra o seu próprio Estado (além, naturalmente, do acordo manifestado entre os Estados-parte do Conselho da Europa de se comprometerem a respeitar os direitos humanos neste quadrante geográfico).

Considerando esse objectivo, os vectores de maior alcance prático da CEDH foram a aceitação, pelos Estados-parte, do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória do TEDH, o que se operou através do Protocolo 11. Este foi o verdadeiro mobilizador da maturidade do modelo, com Stone a afirmar que a aprovação deste Protocolo criou um sistema pluralista e multinível de protecção de direitos na Europa, na medida em que nos sistemas judiciais em que não existe acesso directo dos cidadãos ao Tribunal Constitucional se gera, além de um *pluralismo de fontes*, um *pluralismo jurisdicional* (ou seja, um diálogo inter-judicial), no qual pelo menos dois altos tribunais reivindicam autoridade para interpretar e proteger os direitos dos cidadãos, sem que nenhum desses tribunais possa, consistentemente, impor a sua interpretação sobre o outro⁽¹²⁾.

Estamos, de facto, no momento da maturidade da CEDH na Europa, Convenção que já tem mais de seis décadas de vida (foi celebrada em 1950, tendo entrado em vigor em 1953), maturidade que também se verifica em Portugal, uma vez que celebramos o 40.º Aniversário da sua ratificação^(13/14).

(12) ALEC SWEET STONE, «Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?», *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014, p. 24.

(13) Realce-se, no entanto, que a CEDH foi assinada por Portugal no mesmo dia em que o Estado aderiu ao Conselho da Europa, isto é, a 22 de Novembro de 1976, como recorda RUI MOURA RAMOS em «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 98.

(14) O debate sobre a adesão à CEDH pode ver-se no *DAR* n.º 89, de 16 de Junho de 1978, pp. 3302-3326, em que os então deputados Sérvulo Correia e Vital Moreira protagonizam boa parte da discussão.

Neste marco do tempo, realce-se que o final do Século XX ficou marcado pela incorporação da Convenção no direito interno das Constituições entretanto proclamadas, o que, naturalmente, teve refracções na sua aplicação pelos respectivos tribunais. No entanto, não deve esquecer-se que, de início, não foi um processo fácil, sobretudo se se tiver em mente que, na Europa, o sistema predominante não confere à jurisprudência um papel relevante de entre as fontes de direito. Mas o diálogo inter-judicial (considerado por Jean De Munck como um dos elementos da «constitucionalização de regimes transnacionais», ou seja, algo que contribui para uma nova forma de «constitucionalização»)(¹⁵) que se tem vindo a verificar tem propiciado uma tendencial homogeneização dos discursos constitucionais nacionais, o que se revela muito profícuo para o nascimento de standards comuns.

A bem da verdade científica, não se deve escamotear o fenómeno em sentido inverso — isto é, os direitos nacionais a influenciarem o direito europeu de protecção de direitos humanos — que também se tem verificado, com a Convenção a proclamar o princípio da subsidiariedade e o tribunal a assumir uma jurisprudência cautelosa e sofisticada, embora considerando sempre as diversas acepções semânticas dos direitos consagrados na Convenção (tendo em conta os vários idiomas falados na Europa) e a ideia de uma *living convention*(¹⁶), muito assente num padrão europeu comum para os direitos. Essa jurisprudência cautelosa, com respeito pelo *princípio da diversidade nacional*, manifesta-se, além da observância do já referido *princípio da subsidiariedade*, na afirmação da *teoria da margem de apreciação*, que prova a atenção do TEDH para não exceder os limites da sua jurisdição. Com efeito, o tribunal de Estrasburgo tem recomendado a adopção de medidas aos Estados-parte, não lhes dando instruções, tendo já Portugal, em Janeiro de 2017, depositado o instrumento de ratificação do Protocolo 15 à Convenção, que, entre outras alterações, vem, justamente, reafirmar (no *Preâmbulo*) que incumbe, em primeiro lugar, aos Estados-parte assegurar os direitos previstos na Convenção, embora sob a «supervisão» do Tribunal.

O estatuto *sui generis* da Convenção, que, segundo alguns, chega mesmo a ser uma «constituição sombra»(¹⁷), que se projecta num «tribunal

(¹⁵) Do autor, «From orthodox to societal constitutionalism», in Jean-Philippe Robé, Antoine Lyon-Caen e Stéphane Vernac (eds.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016, pp. 135-136.

(¹⁶) Neste sentido, veja-se George Letsas, «The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy», 2012, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836>, acedido a 13/11/2018.

(¹⁷) HELEN KELLER e ALEC SWEET STONE, «Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems», in *Faculty Scholarship Series*, 88, 2008, p. 694.

constitucional transnacional», ganha maior força quando se pensa na sua relação com a ordem jurídica portuguesa. Efectivamente, mesmo em termos puramente jurídico-formais, cujo paradigma se julga ultrapassado, é indubitável que a Constituição portuguesa confere um estatuto especial ao ordenamento jurídico de direitos humanos. Por dois argumentos, a saber:

— **1.º argumento:** na clássica querela da incorporação do direito internacional no direito interno (teses monistas *versus* dualistas), o art. 8.º da nossa Constituição (à semelhança de muitos outros textos constitucionais, como o art. 25.º da Constituição alemã⁽¹⁸⁾ ou o art. 55.º da Constituição francesa⁽¹⁹⁾) opta pelo monismo e, conseqüentemente, por um primado *do* e uma abertura *ao* direito internacional — o que se designa por cláusula geral de recepção plena do direito internacional. De resto, a única Constituição dos Estados integrantes do Conselho da Europa que *formalmente* reconhece a supremacia do direito internacional sobre todo o direito interno é a Constituição holandesa (no art. 92.º)⁽²⁰⁾.

Assim, entre nós, como resulta do art. 8.º, as convenções internacionais vigoram diretamente na ordem interna, sem necessidade de conversão ou transposição legislativa (sendo aprovadas por resolução parlamentar), pelo que são fontes autónomas de direito. E, no âmbito dos direitos fundamentais, o art. 16.º, n.º 1 da Constituição refere, explicitamente, os direitos reconhecidos em convenção internacional, sendo que a CEDH, apesar de ter um âmbito muito mais estreito do que o catálogo de direitos fundamentais da CRP, contém várias garantias não reconhecidas na CRP (por exemplo, a garantia de a pessoa detida ser informada em língua que entenda, ...) pelo que a CEDH vai *praeter constitutionem*;

— **2.º argumento:** na temática de direitos humanos, a nossa Constituição tem uma norma (também no art. 16.º, mas agora no n.º 2), que encontra paralelo no n.º 2 do art. 10.º da Constituição espanhola de 1978⁽²¹⁾, que

(18) «Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes».

(19) «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

(20) Por via jurisprudencial são conhecidos os casos do reconhecimento do valor supra-constitucional do direito internacional na Bélgica e na Suíça.

(21) São várias as constituições que hoje contêm alguma disposição específica sobre direito internacional de direitos humanos. Além dos casos clássicos, porque dos anos 70 do Século XX, das Constituições espanhola e portuguesa, vejam-se os art. 20.º da Constituição romena, art. 15.º da Constituição eslovena e art. 46.º da Constituição russa.

manda interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento no qual, como se disse atrás, a Convenção se funda materialmente. Adaptando a expressão de Stone, estamos perante um *verdadeiro* processo de «domesticação»⁽²²⁾, ou de recepção interna, da DUDH e da CEDH. A título de curiosidade, refira-se que a Constituição albanesa de 1998 (no art. 17.º, n.º 2) constitucionalizou, *formalmente*, a Convenção.

Em virtude destes dois argumentos, as normas da CEDH: 1) impõem-se no exercício de todo o poder público, *maxime* nos tribunais; 2) as suas normas possuem valor hermenêutico, como tem sido prática do Tribunal Constitucional português que, desde há vários anos, a ela tem recorrido; 3) as normas da Convenção podem ser invocadas em juízo pelos cidadãos, para a protecção da sua esfera jurídica. De resto, sendo, pelo referido art. 8.º da Constituição, as normas da Convenção direito interno, os tribunais nacionais são os primeiros garantes do seu cumprimento.

São variadíssimos e numerosos os estudos sobre a protecção nacional conferida aos direitos plasmados na CEDH. A nível global, pode afirmar-se que os tribunais nacionais superiores têm vindo a manifestar um interesse acrescido em monitorizar a actividade do TEDH, o que se pode fazer por duas vias: (i) aplicação directa das normas da Convenção pelos tribunais, da mesma forma que o são os direitos previstos na ordem interna; ou (ii) através da jurisprudência do TEDH, fornecendo a mesma interpretação ao conteúdo dos direitos proclamados na Convenção e interpretados pelo Tribunal.

O *case law* do TEDH tem-no afirmado como a verdadeira instância europeia transnacional de garantia de direitos. E não é só no âmbito europeu que se revela a influência do *case law* deste Tribunal, se se recordar que o Conselho de Direitos Humanos da ONU, uma instância de âmbito mundial, também o cita amiúde.

Acrescentar-se-ia que, no caso português, esse diálogo inter-judicial pode ainda revelar-se mais proveitoso, na medida em que, enquanto guardião dos direitos dos cidadãos, o Tribunal Constitucional não é competente em processos de *queixa constitucional* ou de *recurso de amparo*, porque o mecanismo não existe à luz da nossa Constituição. Ora, essa «lacuna» pode, na lógica de uma cooperação judicial, ser suprida pelo TEDH. Nesses termos, o tribunal de Estrasburgo poderá abrir essa via processual não

⁽²²⁾ Do autor, «The Structure of constitutional pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law», in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 2, 2013.

assegurada internamente, naturalmente que a par das suas conhecidas funções de: (i) guardião internacional de direitos humanos em caso de grave violação e de atentado à *rule of law*; (ii) intérprete dos direitos previstos na Convenção, numa perspectiva de reparação de injustiças individuais; e de (iii) protecção objectiva (ou seja, mais ao estilo constitucional) desses direitos na ordem jurídica europeia (o chamado *papel normativo* do TEDH).

Mas o que acontece se, em Portugal, uma lei for contrária à CEDH? Segundo a doutrina quase unânime entre nós, as convenções internacionais prevalecem sobre o direito ordinário interno, ou seja, se houver desconformidade, serão desaplicadas as normas de direito interno, o que significa que cabe, novamente, às instâncias jurisdicionais nacionais averiguar dessa eventual desconformidade, porque, como já se afirmou, elas são as guardiãs internas da primazia normativa da Convenção.

Neste contexto, deve lembrar-se que nos anos 80 (entre 82 e 89, período que coincide com a criação do Tribunal Constitucional e com a data da 2.^a revisão da Constituição), gerou-se uma controvérsia, entre as 1.^a e 2.^a secções do Tribunal Constitucional, sobre a qualificação da desconformidade de uma norma interna com uma convenção internacional, no sentido de se saber se se trataria de uma ilegalidade (*lato sensu*) ou de uma «inconstitucionalidade indireta». Acabou por vingar a primeira tese. Daí que se tenha introduzido uma alteração à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, solução que hoje se encontra plasmada no art. 70.º, n.º 1, alínea i)⁽²³⁾. Claro que, enquanto garantes da primazia da CEDH, o controlo da «convencionalidade» cabe aos tribunais em geral (mediante a fiscalização difusa incidental), havendo a possibilidade de recurso para o TC, mas apenas quando haja desaplicação de uma norma legislativa. Também não existe, para estes casos, controlo concentrado abstrato.

Formalmente, as convenções internacionais devem respeitar a CRP, sob pena de inconstitucionalidade, não havendo excepção para as convenções de direitos humanos. Foi nesse pressuposto que inicialmente Portugal apresentou, como já se referiu, uma série de reservas à CEDH, ou seja, existiam pontos que poderiam brigar com a Constituição. Todavia, uma eventual inconstitucionalidade de uma norma convencional não exonera o País do cumprimento da convenção internacional, já que, no plano do

(23) «1 — Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: i) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional».

direito internacional, se gera responsabilidade internacional do Estado português⁽²⁴⁾. Daí que a saída mais apropriada e pragmática para eventuais situações desta natureza seja a revisão constitucional, como, aliás, se verificou em Portugal, levando ao levantamento das reservas iniciais.

Como devem ser *interpretadas* as convenções internacionais na sua aplicação interna? Devem sê-lo de acordo com os princípios do direito internacional ou em conformidade com a Constituição? O recente Protocolo adicional à CEDH (o Protocolo 16, de 2013) dá resposta a esta questão⁽²⁵⁾. Esse Protocolo estabelece um mecanismo de reenvio prejudicial para o TEDH, o que aponta claramente para que a interpretação seja feita de acordo com a jurisprudência deste.

O que acontece quando Portugal é condenado no TEDH por violação da CEDH, como tem sucedido várias vezes? Segundo os princípios de direito internacional, a condenação do TEDH não implica, automaticamente, a anulação de actos administrativos, nem a revogação de sentenças em que se tenha consubstanciado a lesão da Convenção. Por outras palavras, perante o TEDH, não se verifica um recurso em sentido próprio. Ainda assim, em princípio, os Estados-parte condenados têm a obrigação de dar execução em espécie à decisão do Tribunal, devendo prever um mecanismo interno que permita a revisão das decisões em que se tenha verificado a violação da CEDH: foi o que se fez em Portugal, com a previsão de um recurso especial de revista, quer no Código de Processo Penal, quer no Código de Processo Civil. Já quando a violação tenha por base uma norma legislativa ou regulamentar, o Estado condenado tem a obrigação de a revogar ou modificar.

Aproximando-se o final deste escrito, enfatizar-se-ia, ainda, a grande importância actual da Convenção Europeia dos Direitos Humanos mais no plano de diálogo inter-judicial do que no puro plano formal, porque essa visão é mais adequada às tendências do novo paradigma constitucional. Este novo paradigma emerge, como já se foi referindo, marcado, entre outras, pelas seguintes notas:

⁽²⁴⁾ Sobre a responsabilidade internacional dos Estados por incumprimento de obrigações convencionais veja-se, simultaneamente, o art. 27.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e o Projecto de Artigos sobre Responsabilidade, aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2001, submetido à Assembleia Geral da ONU, vulgarmente designado «Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001».

⁽²⁵⁾ Este Protocolo ainda não foi ratificado pelo Estado português. Dispõe assim o n.º 1 do art. 1.º: «Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto».

- 1) uma multiplicação dos centros de decisão, por efeito da alteração no poder regulatório *no e do* Estado, que é hoje diferente do do constitucionalismo clássico, o que gera uma transformação do modo de produção jurídica estadual;
- 2) novas instituições de garantia, que não criam uma jurisdição paralela à jurisdição nacional, mas sim uma jurisdição complementar. Ou seja, abandona-se o discurso dicotómico da compatibilidade *versus* incompatibilidade entre as normas, próprio dos esquemas hierárquico-formais, e gera-se uma lógica de complementaridade (protecção multinível de direitos), tentando almejar o que o Presidente do Tribunal Constitucional Alemão designou por *Europäischer Verfassungsgerichtsverbund* (algo traduzível como uma confederação europeia de tribunais constitucionais)⁽²⁶⁾;
- 3) princípio da abertura aos direitos humanos, pautado por uma hermenêutica de aplicação preferencial do preceito que seja mais favorecedor do direito para o seu destinatário (ou seja, um *human rights approach* em detrimento do clássico *State approach*);
- 4) sistema de protecção multinível, orientado pelo princípio da subsidiariedade, o que, no limite, significa que a responsabilidade residual de protecção dos direitos se encontra na esfera internacional.

⁽²⁶⁾ «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts-Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», in *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, pp. 175-198.