



CATÓLICA  
FACULDADE  
DE DIREITO

---

ESCOLA DE LISBOA

## DISSERTAÇÃO DE MESTRADO FORENSE

*A Soberania Penal no Constitucionalismo Multinível*

**Orientador:** Professor Doutor Rui Medeiros

**Mestrando:** Gabriel Mateus de Albuquerque

Aluno n.º 142721106

**Lisboa, 26 de março de 2023**



*A Deus,  
Companheiro de todas as horas.*

*Ao meu Pai,  
que me ensinou a buscar a Justiça.*



*«A cultura da Europa nasceu do encontro entre Jerusalém, Atenas e Roma, do encontro entre a fé no Deus de Israel, a razão filosófica dos Gregos e o pensamento jurídico de Roma. Este tríplice encontro forma a identidade íntima da Europa. Na consciência da responsabilidade do Homem diante de Deus e no reconhecimento da dignidade inviolável do Homem, de cada Homem, este encontro fixou critérios do direito, cuja defesa é nossa tarefa neste momento histórico.»*

*Papa Bento XVI*

## **Tabela de abreviaturas**

APCE – Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa

AR – Assembleia da República

BVerfG – *Bundesverfassungsgerichts*

BverfGE – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*

CADHP – Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Conselho da Europa

CEDH ou Convenção – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

CP – Código Penal

CoEDH – Comissão Europeia dos Direitos do Homem

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratado

CUP – *Cambridge University Press*

DADH – Declaração Americana dos Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

FDUCP – Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

GC – Grande Câmara (do TEDH)

IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

OUP – Oxford University Press

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

RFDL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S. A.

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCFR – Tribunal Constitucional Federal Russo

TCI – Tribunal Constitucional Italiano

TEDH ou Tribunal ou ECHR – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UCE – Universidade Católica Editora

**Palavras-chave:** Margem nacional de apreciação; Soberania; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Constitucionalismo multinível; Soberania penal; Jurisdição penal; Princípio da subsidiariedade.

# Índice

<b>Tabela de abreviaturas .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Introdução: a «constelação pós-nacional» dos Direitos Humanos .....</b>	<b>11</b>
<b>2. A ordem jurídica do Conselho da Europa e a CEDH.....</b>	<b>12</b>
2.1. O princípio da subsidiariedade.....	16
2.2 O lugar da CEDH na hierarquia das fontes .....	17
<b>3. A atuação do TEDH: “legislador subsidiário”? .....</b>	<b>20</b>
3.1 A “constitucionalização” do TEDH .....	20
3.2 O ativismo judicial do TEDH.....	22
3.2.1 O ativismo na determinação de sanções.....	22
3.2.2 O ativismo na legislação penal .....	23
3.2.3. O ativismo no âmbito das leis de amnistia, perdão e prescrição .....	25
3.3 A interpretação atualista da CEDH .....	25
3.4. A legitimidade política dos juízes .....	26
3.5. Consenso vs. unanimidade .....	28
<b>4. O conflito com os Tribunais Constitucionais.....</b>	<b>29</b>
4.1 A <i>Corte Costituzionale</i> e Estrasburgo .....	30
4.2 O <i>Bundesverfassungsgericht</i> e Estrasburgo .....	32
4.3 O Tribunal Constitucional Federal Russo e Estrasburgo .....	33
<b>5. O diálogo com os Tribunais Constitucionais:.....</b>	<b>34</b>
5.1 O Tribunal Constitucional português e Estrasburgo .....	34
5.2 Os caminhos dialogantes .....	36
<b>6. A margem nacional de apreciação.....</b>	<b>37</b>
6.1 As conferências para a reforma do TEDH .....	38
6.2 A igualdade dos Estados Partes perante a CEDH .....	40
6.3 A margem e o universalismo dos Direitos Humanos .....	42
6.4 Os critérios para a aplicação da margem.....	43

6.4.1	O consenso europeu .....	44
6.4.2	A identidade nacional.....	45
6.4.3	Os conflitos entre Direitos Fundamentais .....	46
<b>7.</b>	<b>A soberania penal dos Estados no constitucionalismo multinível .....</b>	<b>49</b>
<b>8.</b>	<b>Conclusões: por um modelo de vasos comunicantes entre iguais.....</b>	<b>51</b>
	<b>Bibliografia citada .....</b>	<b>55</b>
	<b>Jurisprudência citada .....</b>	<b>65</b>

# 1. Introdução: a «constelação pós-nacional<sup>1</sup>» dos Direitos Humanos

No ocaso do transato século, NORBERTO BOBBIO anunciou a entrada na «era dos Direitos» (*L'età dei Diritti*)<sup>2</sup>. O século XX havia testado – como nunca antes o fora – a cultura jurídica europeia, obrigando os Estados a desenvolver um modelo jurídico-político que evitasse a repetição de eventos tão trágicos como aqueles que a humanidade presenciara no dealbar do século. Destarte, a maioria dos Estados de Direito recorreu aos seus textos fundamentais para positivar uma tutela dos Direitos Fundamentais vigentes nos seus territórios, de modo a oferecer-lhes uma tutela alicerçada num «ato jurídico-público normativo de valor superior»<sup>3</sup> e assim subtraírem o seu conteúdo à volatilidade legislativa.

Estes catálogos de Direitos Fundamentais com assento constitucional não são uma mera proclamação de intenções ou orientações político-filosóficas, assumindo-se antes como um núcleo da ordem constitucional e condição *sine qua non* para uma plena democracia. Cumprindo o brocardo latino *ubi ius, ibi remedium*, estes catálogos normativos visam propiciar uma efetiva tutela dos Direitos Fundamentais, sendo diretamente aplicáveis e executáveis e tendo verdadeira força normativa. Fala-se numa «sustentabilidade jurídico-positiva»<sup>4</sup>.

Ao nível da tutela nacional, foi paulatinamente acrescentado um grau de tutela internacional dos Direitos Humanos, sobretudo regional. Consciente de que as violações de Direitos Fundamentais podiam ser perpetradas sem a oposição dos Estados, ou até mesmo com a sua conivência ou por si orquestradas, a comunidade jurídica internacional reuniu-se em torno de denominadores comuns – numa construção positiva daquilo que já era teorizado como *ius cogens* – de forma a salvaguardá-los contra o uso indevido e abusivo do poder estatal. Assim, foram sucessivamente aprovadas a DADH (1948), a DUDH (1948), a CEDH (1950), os Pactos gémeos de Direitos Humanos, o PIDCP e o PIDESC (1966), a CADH (1969), a CADHP (1981) e a CDFUE (2000), passando a vigorar diferentes graus de juridicidade dos Direitos Fundamentais. Destarte, os Direitos Fundamentais gozam atualmente de uma tutela multinível, no contexto de uma progressiva constitucionalização do direito internacional e de uma interpretação cosmopolita da Constituição<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Habermas, 2009, p. 402.

<sup>2</sup> Bobbio, 1992, p. 7.

<sup>3</sup> Botelho, 2013, p. 396.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>5</sup> Medeiros, 2015, pp. 75, 88 a 89 e 291 a 307.

O objeto desta dissertação centra-se no estudo desta tutela multinível dos Direitos Humanos a partir da ordem jurídica constitucional portuguesa. Por razões de economia este estudo é restringido por duas considerações fundamentais. *Primo*, ele foca-se nas relações entre a CRP e a CEDH, ou seja, ele restringe-se à tutela multinível oferecida pelo direito constitucional português e pela ordem jurídica do Conselho da Europa, ficando fora do objeto da dissertação quer a ordem jurídica da União Europeia (isto é, as relações entre a CRP e a CDFUE), quer a ordem jurídica da ONU (isto é, as relações entre a CRP e os Pactos gémeos de Direitos Humanos, o PIDCP e o PIDESC).

*Secundo*, esta dissertação debruça-se sobre um aspeto particular das relações entre o direito constitucional e o direito convencional do Conselho da Europa, qual seja o da delimitação da soberania penal pela atividade jurisprudencial de mais de sessenta anos dos juízes de Estrasburgo. A escolha da soberania penal como exemplo paradigmático da inter-relação problemática e da conseqüente tensão política entre o direito constitucional e o direito do Conselho da Europa justifica-se por ser esta a área de maior ativismo judiciário do TEDH, com repercussões importantes nas relações entre os mais importantes Tribunais Supremos e Constitucionais da Europa, como o BVerfG e a *Corte costituzionale*, e o Tribunal de Estrasburgo. Não é por acaso que os mais graves conflitos entre os juízes de Karlsruhe ou de Roma e os juízes de Estrasburgo tenham ocorrido precisamente a propósito de querelas relacionadas com a delimitação da soberania penal. Dito de outro modo, o verdadeiro teste ao constitucionalismo multinível na Europa tem sido feito nas últimas décadas, faz-se ainda hoje e far-se-á nos próximos anos a propósito da questão magna da sobrevivência da soberania penal dos Estados no contexto da ordem jurídica do Conselho da Europa<sup>6</sup>.

## **2. A ordem jurídica do Conselho da Europa e a CEDH**

Em Portugal, o primeiro grau da tutela dos Direitos Fundamentais prende-se com a tutela jurisdicional nacional, sobretudo ao nível da fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade, uma vez que incumbe a todos os tribunais a tarefa de apreciar a constitucionalidade de normas, desaplicando-as quando as julgam inconstitucionais (artigo 204.º da CRP). A defesa dos Direitos Fundamentais incumbe a todos os tribunais (artigo 202.º,

---

<sup>6</sup> Esta escolha é tanto mais pertinente quanto se tenha em conta o fortíssimo impacto da jurisprudência de Estrasburgo na jurisprudência do TJUE precisamente em matéria de soberania penal, mas esta matéria fica já fora do âmbito do presente estudo.

n.º 2 da CRP) e não somente ao TC. A este cabe a fiscalização da constitucionalidade quando estejam em causa atos normativos, sendo que quanto aos atos não normativos o STJ e o STA terão a última palavra.

O segundo grau de tutela dos Direitos Fundamentais é oferecido pelo recurso para o TEDH, que funciona como um verdadeiro recurso de amparo, com particular relevância quando a proteção de Direitos Fundamentais a nível nacional é inferior àquela que o TEDH oferece, como se verá melhor adiante, ainda que «[o] catálogo de Direitos Fundamentais constante da CRP ultrapass[e] largamente o catálogo mais restrito da CEDH»<sup>7</sup>.

Recordamos nesta instância, que o «[o] Conselho da Europa é uma ordem jurídica autónoma, fundada em acordos e ações comuns nos domínios económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como na manutenção e na prossecução da concretização dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais (artigo 1.º, alínea b), do Estatuto do Conselho da Europa de 1949). Com 217 tratados, a ordem jurídica desta organização internacional, tem, no topo, um tratado internacional, a CEDH. (...) Em linguagem jurídica, a Convenção é um tratado-lei e não um mero tratado-contrato.»<sup>8</sup>

Da CEDH derivam obrigações negativas (de não punir) e positivas (de punir) para os Estados Partes, com vista a uma efetiva tutela dos direitos dos cidadãos europeus, sendo, deste modo, «mais do que um simples acordo multilateral sobre obrigações recíprocas dos Estados Partes»<sup>9</sup>.

Este modelo de tutela regional de Direitos Humanos distingue-se dos demais, uma vez que é o único que propõe um mecanismo jurisdicional em que os cidadãos têm acesso direto a um tribunal (artigo 34.º da CEDH – introduzido pelo Protocolo n.º 11).<sup>10</sup> Do Protocolo Adicional n.º 11 à CEDH resultou a criação de um mecanismo de queixa individual, que se traduz num autêntico amparo internacional de tutela de Direitos Fundamentais. Contudo, o TEDH não é uma quarta instância de recurso das decisões dos tribunais nacionais, com poderes cassatórios da última decisão nacional, nem pode agir como «um órgão de revisão integrativa supranacional»<sup>11</sup>, mas antes como guardião da correta aplicação da CEDH.

Note-se ainda que o TEDH decide apenas com autoridade de caso julgado entre os pleiteantes, não obrigando terceiros a atuar em conformidade com o caso julgado formado, ainda que este possa servir de parâmetro hermenêutico para a interpretação da CEDH. Quer isto

---

<sup>7</sup> Martins, 2014, p. 33.

<sup>8</sup> Albuquerque, 2019, p. 9.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Martins, 2014, p. 18.

<sup>11</sup> Botelho, 2013, p. 417.

dizer que os acórdãos do TEDH não têm força de caso julgado *erga omnes*, mas apenas *inter partes* nos estritos termos do artigo 46.º da CEDH.

Contudo, na medida em que o Tribunal se arroga o papel de intérprete «autêntico» da CEDH, atribuindo à sua interpretação o valor de *res interpretata*, exponencia o efeito útil da sua capacidade decisória. Por força daquela interpretação, as autoridades nacionais têm de interpretar e de aplicar a lei nacional de acordo com a jurisprudência de Estrasburgo, aproximando a força de caso julgado de um carácter *quasi erga omnes*<sup>12</sup>.

No âmbito do contencioso de queixa particular, para recorrer a Estrasburgo é necessário que se verifique o critério de admissibilidade de esgotamento das instâncias internas do artigo 35.º§1 da CEDH, expressão cuja concretização prática varia de país para país, devendo ser apreciada casuisticamente. Note-se que para estes efeitos, o recurso para o TC não é necessariamente um recurso efetivo exigível para o esgotamento das instâncias internas<sup>13</sup>. Dado o objeto limitado do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, não é exigível ao particular que recorra ao TC como condição de admissibilidade da queixa diante do TEDH<sup>14</sup>.

Ainda que o objeto da querela possa ser o mesmo, isto é, o mesmo direito ou liberdade fundamental plasmado na CEDH e na CRP, a natureza de um e de outro contencioso afasta a ideia de jurisdições sobrepostas e hierarquizadas do TEDH e do TC. Na realidade, o escopo do controlo do TEDH é mais amplo, uma vez que este controla a violação de Direitos Humanos operada por via normativa ou não normativa, ao passo que o TC apenas se pronuncia quanto à constitucionalidade de norma ou interpretação normativa. Nestes casos, o recurso para o TC é uma condição *sine qua non* para a ulterior admissibilidade da queixa junto do TEDH. A

---

<sup>12</sup> «Pode dizer-se que não são os acórdãos do Tribunal que têm autoridade sobre os Estados membros não parte no litígio, mas a Convenção ela própria tal como foi interpretada pelo Tribunal» *in* Barreto, 2022, p. 368.

<sup>13</sup> São fundamentais a este propósito os seguintes acórdãos do TEDH que se debruçaram sobre o modo de funcionamento do TC: *Dos Santos Calado e outros c. Portugal*, n.º 55997/14, 68143/16 e 78841/16, de 31 de março de 2020: Violação do artigo 6.º (acesso ao TC, formalismo excessivo, papel da conferência); *Traina c. Portugal* (dec.), n.º 59431/11, 21 de março de 2017: Decisão de inadmissibilidade (acesso ao TC); *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, n.º 4687/11, de 17 de maio de 2016: Violação do artigo 6.º (ausência de comunicação de argumentos jurídicos pelo TC, imparcialidade do TC, duração excessiva), e não violação do mesmo artigo (ausência de comunicação de prova, acesso ao tribunal); *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal* (dec.), n.º 13341/14, de 1 de setembro de 2015: Decisão de inadmissibilidade (redução das pensões no orçamento de 2014, contribuição extraordinária; introdução do conceito do direito constitucional da “reserva do possível”, como limite para a concretização das prestações estaduais sociais); e *Gramaxo Rozeira c. Portugal*, n.º 21976/09, de 21 de janeiro de 2014: Violação do artigo 6.º (falta de notificação da carta do PM, com uma opinião jurídica sobre o caso, dirigida ao TC em processo de fiscalização concreta da constitucionalidade).

<sup>14</sup> «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» *in* Soares de Melo *c. Portugal*, n.º 72850/14, de 16 de fevereiro de 2016, §71.

existência de jurisprudência constitucional prolatada sobre a questão jurídica em causa é um indício forte da necessidade do esgotamento do recurso de fiscalização da constitucionalidade, nos termos da «doutrina das cautelas» da decisão *Traina*<sup>15</sup>.

A falta de sintonia entre os modelos europeu e nacional de tutela de Direitos Fundamentais apresenta-se como uma solução esquizofrénica que enfraquece a resposta do Estado português na tutela dos Direitos Fundamentais, deixando os cidadãos, em larga medida, dependentes da jurisdição internacional. A solução aventada por alguma doutrina da introdução do recurso de amparo no direito constitucional português teria o condão de resolver este problema, com a consequência de o recurso para o TC passar a ser recurso efetivo também em relação a querelas não normativas.

Entre nós, a possibilidade de um verdadeiro amparo constitucional está vedada, ainda que seja objeto de permanente discussão<sup>16</sup>. Todavia, a relação entre a tutela nacional de Direitos Fundamentais e o amparo internacional dos Direitos Humanos tem sido tecida numa delicada teia de sobreposições, concordâncias e afastamentos, quando não autênticos conflitos, ficando dependente de uma salutar cooperação e articulação entre as jurisdições para que o quadro de constitucionalismo multinível seja operacional e propício a uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais.

As vantagens na existência de uma tutela multinível são facilmente atingíveis. Em primeira instância, é possível ultrapassar as já mencionadas lacunas de proteção constitucional<sup>17</sup>. Em segunda instância, os cidadãos beneficiam de um nível adicional de proteção dos seus direitos, cuja interpretação hermenêutica está alicerçada em padrões comuns europeus. Todavia, este sistema de coabitação também proporciona manifestos riscos. A inexistência de articulação exponencia a incerteza e a insegurança jurídica, contribuindo para o surgimento de conflitos entre os diferentes níveis de tutela.

A uma sub-proteção dos Direitos Humanos, na primeira metade do século XX, assistimos hoje a uma super-proteção<sup>18</sup>, da qual resulta um preocupante conflito de jurisdições que prejudica todos os agentes que intervêm no quadro de uma cooperação multinível para uma eficiente tutela dos Direitos Humanos. Este não deve – nem pode – transformar-se num campo de batalha entre Tribunais. Pelo contrário, afigura-se premente a definição de regras claras de articulação entre os diferentes níveis de tutela de Direitos Fundamentais, com benefícios

---

<sup>15</sup> *Traina c. Portugal*, já citado.

<sup>16</sup> Medeiros, 2020, p. 359.

<sup>17</sup> Martins, 2014, p. 35.

<sup>18</sup> Favoreu, 2004, p. 21.

evidentes quer para os Estados vinculados à CEDH, quer para os particulares que dela se socorrem.

## 2.1. O princípio da subsidiariedade

Todo o edifício político-jurídico do CE está alicerçado no princípio da subsidiariedade, consagrado no preâmbulo da Convenção e realçado no preâmbulo do Protocolo n.º 16. Este propõe uma ideia simples: a tutela dos Direitos Humanos constantes da CEDH deve ser, em primeira instância, assegurada pelos Estados Partes, nos termos dos artigos 1.º, 13.º e 35.º da CEDH. O TEDH intervém para suprir a falha dos Estados, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º, que, consagrando a regra da prévia exaustão das vias de recurso internas, atribui «aos Estados a oportunidade de prevenir ou reparar as violações que lhe sejam imputadas antes de o TEDH ser chamado a pronunciar-se.»<sup>19</sup>

A subsidiariedade é a pedra angular do ordenamento jurídico do Conselho da Europa. A sua dimensão central prende-se com a necessidade de articulação entre, por um lado, as autoridades nacionais e os seus respetivos sistemas de proteção dos Direitos Fundamentais e, por outro, o direito internacional e as suas instâncias, com ganhos evidentes para a racionalização da cooperação entre ambos os braços da tutela multifacetada dos Direitos Humanos no contexto europeu. A sua crescente relevância tem levado inclusivamente alguns autores a avançar este princípio como o substituto contemporâneo da soberania nacional.<sup>20</sup> O princípio da subsidiariedade procura compaginar as aspirações universalistas dos Direitos Humanos e a relativa autonomia das comunidades nacionais, não abdicando de alicerçar a ordem pública internacional numa conceção substantiva dos Direitos Humanos. Por conseguinte, a ordem jurídica do CE exige uma tutela efetiva dos Direitos Humanos a nível nacional, tendo o TEDH a missão de assegurar o seu efetivo cumprimento. O princípio da subsidiariedade não oferece aos Estados uma *carte blanche*, mas responsabiliza-os, em primeira instância, pela inviolabilidade da CEDH<sup>21</sup>.

Ademais, há uma importância estratégica da subsidiariedade facilmente tangível. Não é possível ao TEDH assumir a dianteira da tutela dos Direitos Humanos por uma questão de

---

<sup>19</sup> Crotte, 2020, p. 2722.

<sup>20</sup> Cohen, 2012, pp. 56 e 57.

<sup>21</sup> Spano, 2018, p. 493.

ausência de recursos financeiros e humanos para tamanha empreitada. Aliás, o atual quadro de subsidiariedade estende-se sobre um pano de fundo tingido por um aumento exponencial do número de queixas que tem contribuído para agravar uma já crônica acumulação de processos no Tribunal. Alguma doutrina, como o ex presidente do TEDH, ROBERT SPANO, nota que existe uma evolução em curso nesta matéria, visível em acórdãos como *Animal Defenders International*<sup>22</sup>:

«the Strasbourg Court is currently in the process of reformulating the substantive and procedural criteria that regulate the appropriate level of deference to be afforded to the Member States so as to implement a more robust and coherent concept of subsidiarity».<sup>23</sup>

## 2.2 O lugar da CEDH na hierarquia das fontes

O primeiro problema colocado por este conceito mais robusto de subsidiariedade é o de saber qual a relação jurídica entre a Constituição e a CEDH. Subjacente a este debate está a questão de saber qual é a posição que a Convenção ocupa na hierarquia normativa interna. Aqui a doutrina divide-se, grosso modo, em três posições distintas.

Alguns autores pugnam pela supremacia da CEDH sobre a Constituição, advogando um novo constitucionalismo subordinado aos Direitos Humanos alicerçado na “amizade” da Constituição ao Direito Internacional, espelhada por exemplo no artigo 8.º, número 1, da CRP<sup>24</sup>. Alega esta corrente doutrinária que o artigo 1.º da CEDH não distingue entre normas internas constitucionais e extra constitucionais e o artigo 27.º da CVDT proíbe a invocação de normas de direito interno, quaisquer que elas sejam, para incumprimento de tratados internacionais.

Esta posição acarreta uma transferência de soberania para o TEDH, que fica encarregue de fiscalizar o cumprimento da CEDH em todo o ordenamento jurídico nacional. Daqui resulta uma dupla imposição. Por um lado, o legislador não pode optar por soluções que o TEDH tenha considerado desconformes à CEDH, sob pena da violação das obrigações da CEDH tal como elas são interpretadas pelo TEDH colocar em causa o sistema da Convenção. Por outro, as obrigações impostas ao legislador nacional de conformação do seu ordenamento jurídico não

---

<sup>22</sup> *Animal Defenders International c. Reino Unido [GC]*, n.º 48876/08, de 22 de abril de 2013.

<sup>23</sup> Spano, 2014, p. 498.

<sup>24</sup> Quadros, 1998, p. 539.

apenas à CEDH escrita, mas ao resultado da evolução jurisprudencial de Estrasburgo, vale também para os tribunais nacionais.

Em sentido diverso, a doutrina mais tradicional<sup>25</sup> entende que a CEDH, enquanto tratado internacional, está subordinada à Constituição, mas encontra-se acima das restantes fontes de direito, em termos semelhantes à generalidade dos tratados internacionais que vinculam o Estado português. Argumentam que esta é, de resto, a solução que resulta da CRP, na medida em que, nos termos do artigo 204.º, «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não devem aplicar normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignados», e por força do artigo 278.º, n.º 1, é possível o controlo preventivo da constitucionalidade de tratados e acordos internacionais.

Esta posição concebe a Constituição como *Grundnorm* de todo o ordenamento jurídico nacional, sendo o TC o baluarte último da sua tutela e, conseqüentemente, dos Direitos Fundamentais nela inscritos. Daqui decorre que o seu entendimento quanto à tutela destes direitos é soberano no âmbito da sua jurisdição, ainda que admita a vinculação do Estado português a outras fontes de direito internacional.

Por fim, uma posição intermédia, denominada doutrina *pro homine*<sup>26</sup>, advoga a prevalência da norma jurídica que *in casu*, ofereça maior tutela dos Direitos Humanos, invocando-se como seu fundamento a obrigação da interpretação teleológica do direito internacional.

Esta doutrina é mais apelativa em abstrato do que na prática, por duas ordens de razão. Ainda que ela dê resposta a alguns casos, grande parte do contencioso de Direitos Humanos não se coloca nos termos simplistas e quantitativos de saber como tutelar gradativamente um direito em abstrato face a um outro direito. As situações complexas da vida colocam em confronto relações jurídicas poligonais, que implicam direitos diversos, encabeçados em diferentes titulares e incompatíveis na sua tutela.

Ademais, ainda que nos subtraíamos ao quadro das relações poligonais, não é líquido que o critério da maior proteção de um direito fundamental deva proceder. Como aponta RUI MEDEIROS<sup>27</sup>, podem subsistir *in casu* razões de interesse público ponderosas que devam prevalecer sobre o direito fundamental.

---

<sup>25</sup> Neste sentido, Miranda, 2009, pp. 155 e 156, e Canotilho e Moreira, 2007, pp. 258 a 260.

<sup>26</sup> Henderson, 2004, pp. 92-96, e Mazzuoli, 2010, p. 227.

<sup>27</sup> Medeiros, 2001, pp. 41 e 42.

Este é um debate em curso, que se estende muito para lá das fronteiras da Academia, com relevantes repercussões práticas. Tendencialmente, os tribunais constitucionais adotam a tese que privilegia o primado das constituições que tutelam e a que estão subordinados, ao passo que o TEDH tem assumido postura equivalente relativamente ao valor superior que atribui à CEDH. Assim, quando a resposta dada no caso concreto não seja idêntica, o conflito torna-se inevitável.

O conflito escala quando o TEDH se arroga a legitimidade para ajuizar da conformidade à CEDH de normais constitucionais, condenando Estados-Partes pelo disposto nos seus textos fundamentais. Nos seguintes casos o TEDH sindicou normas constitucionais. Em *Demicoli c. Malta*<sup>28</sup>, o Tribunal considerou que a Constituição maltesa violava a CEDH ao conferir à Câmara dos Representantes competência criminal, tendo o Estado maltês alterado a sua constituição. No caso *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*<sup>29</sup>, a Irlanda modificou a sua constituição no sentido de permitir o direito à informação sobre o aborto, na sequência de uma condenação do TEDH. Em *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina*<sup>30</sup>, o TEDH censurou a norma constitucional que vedava aos requerentes, de origem judaica e cigana, a possibilidade de serem candidatos a Presidente da República e à Câmara dos Povos em função da sua etnia. Em *Anchugov e Gladkov c. Rússia*,<sup>31</sup> o Tribunal censurou o artigo da Constituição russa que proibia os prisioneiros condenados em penas longas ou perpétuas de votar. Por fim, em *Baka c. Hungria*<sup>32</sup>, o Tribunal considerou que a norma das disposições transitórias da Constituição que provocara a cessação prematura do mandato do requerente como Presidente do Supremo Tribunal e do Conselho Superior da Magistratura violava a CEDH. Nos três últimos casos a condenação do Estado requerido não produziu qualquer efeito na ordem jurídica interna.

Neste cenário, a condenação de um Estado exigiria o despoletar de um processo de revisão da lei fundamental por iniciativa de uma entidade externa aos Parlamentos nacionais. A Constituição, expoente máximo da soberania nacional e democrática e fonte da legitimidade para que o Estado se vincule internacionalmente, seria vergada aos tratados internacionais que estes mesmos Estados subscreveram ao seu abrigo. Estaremos perante uma reedição do conto mitológico de Cronos, que matou o seu pai, Urano, para assumir o governo do universo?

---

<sup>28</sup> *Demicoli c. Malta*, n.º 13057/87, de 27 de agosto de 1991.

<sup>29</sup> *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, n.º 14234/88 e 14235/88, de 29 de outubro de 1992.

<sup>30</sup> *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], n.º 27996/06 e 34836/06, de 22 de dezembro de 2009.

<sup>31</sup> *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, n.º 11157/04 e 15162/05, de 4 de julho de 2013.

<sup>32</sup> *Baka c. Hungria* [GC], já citado.

### 3. A atuação do TEDH: “legislador subsidiário”?

A recusa do juiz hermenêutico por parte de Montesquieu alicerçava-se no receio de que o juiz, desprovido de legitimidade democrática, se substituísse ao legislador, criando direito quando se devia reservar exclusivamente à aplicação. O juiz seria «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*»<sup>33</sup> com o fito de evitar a assunção de poderes legislativos por um juiz ativista.

No quadro do contencioso de Direitos Humanos, o TEDH tem sido acusado de pretender afirmar-se como um “legislador subsidiário alternativo”<sup>34</sup>, um *Ersatzgesetzgeber*. Estas acusações radicam, primeiramente, na evolução paulatina da jurisprudência de Estrasburgo no sentido de se afirmar com uma verdadeiro «Tribunal Constitucional Europeu»<sup>35</sup> e, em segunda instância, no ativismo judicial desenvolvido pelo TEDH<sup>36</sup>.

#### 3.1 A “constitucionalização” do TEDH

Quanto à primeira questão – suscitada no debate mediático pelo ex-presidente do TEDH, LUZIUS WILDHABER, na sequência da entrada em vigor do Protocolo n.º 11 – esta acarretaria uma reestruturação do funcionamento do TEDH fundada na impossibilidade fática de tratar todos os casos que lhe chegam, despendendo recursos excessivos em decisões com força limitada ao caso em apreço. Pugnava assim WILDHABER por um TEDH que se debruçasse apenas sobre *leading cases* de importância nevrálgica, com naturais ganhos de celeridade<sup>37</sup>.

Todavia, também se têm feito ouvir vozes discordantes, que não aceitam este desenvolvimento extra tratados: «*[t]he Convention is not intended to be a “European constitution” and it is difficult to see how the Court could become like an existing national constitutional court*»<sup>38</sup> e, entre nós, CATARINA SANTOS BOTELHO, afirmando 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»<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Montesquieu, 1875, p. 434.

<sup>34</sup> Bossuyt, 2015, p. 31.

<sup>35</sup> Flauss, 1995, p. 375, e Fura, 2015.

<sup>36</sup> Bossuyt, 2015, p. 32.

<sup>37</sup> Wildhaber, 2002, p. 164, e, já antes, o presidente do TEDH Ryssdal, 1993, 20.

<sup>38</sup> Secretário-geral do CE Jagland, *in* Homem, 2019, p. 92.

<sup>39</sup> Botelho, 2013, p. 421.

Na prática, o TEDH tem atuado como um “Tribunal Constitucional Europeu”, não apenas censurando normas constitucionais, como vimos, mas também modelando os efeitos temporais e materiais dos seus acórdãos.

No que concerne à modelação dos efeitos temporais, em *Marckx c. Bélgica*<sup>40</sup>, o TEDH dispensou a Bélgica de reabrir processos judiciais anteriores à prolação do acórdão, nos termos das técnicas interpretativas e de execução de sentenças dos tribunais constitucionais. O TEDH chega, inclusive, a comparar-se a um tribunal constitucional, ao fundar a sua decisão no facto de «existir uma solução análoga em certos Estados Contratantes que têm um tribunal constitucional: o seu direito público limita o efeito retroativo das decisões daquele tribunal que anulam a legislação»<sup>41</sup>.

No que concerne aos efeitos materiais, verifica-se uma clara tendência jurisprudencial no sentido de reconhecer uma eficácia *erga omnes* relativa dos acórdãos do TEDH<sup>42</sup>, que consiste numa obrigação de observância da solução adjudicada em relação ao Estado parte requerido no processo em todos os casos idênticos. Esta jurisprudência foi consagrada pela Grande Câmara do TEDH no acórdão *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça*<sup>43</sup>.

Mais longe foi o Memorando de preparação da Conferência de Interlaken, enunciando explicitamente o efeito *erga omnes* absoluto dos acórdãos do TEDH: «deixou de ser aceitável que os Estados não retirem consequências tão cedo quanto possível de um acórdão que declare uma violação cometida por outro Estado quando o mesmo problema existe nos seus próprios sistemas jurídicos»<sup>44</sup>.

Não podemos aceitar este entendimento, uma vez que os perigos que representa transcendem os ganhos que oferece. Primeiramente, o TEDH deixa de se pronunciar sobre queixas que não representam *leading cases*, deixando uma vasta “terra de ninguém” no contencioso de tutela dos Direitos Fundamentais. A constitucionalização do TEDH não pode ser feita à custa do direito de petição, o que acarretaria uma flagrante diminuição da tutela dos particulares no caso português, uma vez que o recurso de amparo internacional que o TEDH atualmente oferece seria gradualmente abandonado sem que o mesmo seja assegurado pelo TC.

---

<sup>40</sup> *Marckx c. Bélgica*, n.º 6833/74, de 13 de junho de 1979, §41.

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 58.

<sup>42</sup> Albuquerque, 2019a, pp. 60 e 61. Daqui resulta uma clara tendência de constitucionalização do TEDH como veremos de seguida.

<sup>43</sup> *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça* (n.º 2) [GC], n.º 32772/02, de 30 de junho de 2009, §65, na sequência da posição tomada por várias secções do TEDH, como por exemplo no caso *Vermeire c. Bélgica*, n.º 12849/87, de 29 de novembro de 1991, §26.

<sup>44</sup> CE, 2009, cuja ideia inspirou o §4, c) da Declaração final da Conferência de Interlaken, como reconhece a Comissão de Veneza, Opinião sobre a implementação de acórdãos do TEDH, 2002, §32.

Ademais, esta perspetiva marginaliza a subsidiariedade e, como veremos mais à frente, a margem nacional de apreciação dos Estados. Daí as reticências de alguma doutrina em admitir esta eficácia, distinguindo entre a obrigação de os Estados Contratantes terem em consideração a jurisprudência de Estrasburgo e um alegado efeito *erga omnes*<sup>45</sup>.

É, pois, compreensível a posição daqueles que, como JORGE MIRANDA<sup>46</sup>, preconizam a inexistência de uma relação hierárquica entre a CEDH e a CRP, preferindo falar de uma tutela pluralista sem norma superior que subjuguie as restantes. Estamos perante um quadro comum de valores, defendidos de forma cooperante e coletiva, mas limitados pelas ordens hierárquicas nacionais fundadas numa legitimidade democrática, com quem estabelecem uma «relação horizontal entre tribunais»<sup>47</sup>.

Neste quadro LOUIS FAVOREU<sup>48</sup> recorda que os Tribunais Constitucionais são o baluarte da soberania nacional e democrática, pelo que a sua submissão a um controlo externo significaria a passagem sub-reptícia para um quadro de federalismo que desmoronaria as últimas pedras do outrora sólido muro que delimitava os poderes dos Estados soberanos.

## 3.2 O ativismo judicial do TEDH

A manifestação mais enfática do poder do TEDH como legislador subsidiário é o seu ativismo judicial na área do direito sancionatório público, incluindo direito e processo penal, disciplinar e contraordenacional. Entendemos o ativismo como «a tendency to adopt a large interpretation of the jurisdiction of their court and of the material provisions they have to apply»<sup>49</sup>. Assim, numa leitura proativa da CEDH, o TEDH tem imposto obrigações negativas e positivas aos Estados Partes, sindicando não apenas a proporcionalidade das sanções aplicadas, mas também as legislações dos Estados Partes, incluindo o núcleo duro do exercício do poder político no domínio sancionatório público constituído pelas leis de amnistia e perdão.

### 3.2.1 O ativismo na determinação de sanções

---

<sup>45</sup> Rocha, 2010, p. 149.

<sup>46</sup> Miranda, 2008, p. 164

<sup>47</sup> Slaughter, 1994, pp. 124-125, e Maccrudden, 2000, pp. 503-510.

<sup>48</sup> Favoreu, 2004, p. 11.

<sup>49</sup> Bossuyt, 2015, p. 32.

A primeira demonstração do ativismo penal do TEDH prende-se com a censura de desproporcionalidade entre a gravidade do ato e a punição, quer por a pena ser excessivamente severa, quer por ser excessivamente leve<sup>50</sup>.

Ademais, o TEDH condenou ainda a suspensão da execução da pena de prisão<sup>51</sup>, em casos de crimes contra as pessoas, graves, cometidos por agentes da autoridade, no exercício de funções. O TEDH censurou igualmente a aplicação da pena de prisão suspensa em casos de crime por difamação<sup>52</sup>.

Por fim, o TEDH ponderou a dupla punição com sanções criminais e administrativas (contraordenacionais) à luz do princípio da proporcionalidade<sup>53</sup>.

### 3.2.2 O ativismo na legislação penal

Todavia, a atuação do TEDH não se fica pela sindicância da atividade judicial dos Estados Partes, cruzando a fronteira para o meridiano do poder legislativo, mormente no âmbito penal. Assim, o TEDH considerou ser excessiva a criminalização:

- I. de atos homossexuais privados consensuais entre adultos,<sup>54</sup>
- II. de atos homossexuais consensuais entre adulto e adolescente entre 14 e 18 anos,<sup>55</sup>
- III. do uso da estrela vermelha em público,<sup>56</sup>
- IV. da ofensa à nação turca ou à «turquicidade»,<sup>57</sup>
- V. da omissão de pré-notificação do visado para publicação de notícias sobre a sua vida privada,<sup>58</sup>
- VI. da participação em manifestação ilegal, mas pacífica,<sup>59</sup>
- VII. da publicação de citações verbatim não autorizadas,<sup>60</sup>

---

<sup>50</sup> *Fadime e Turan Karabulut c. Turquia*, n.º 23872/04, de 27 de maio de 2010, § 46, e *W. c. Eslovénia*, n.º 24125/06, de 23 de janeiro de 2014, § 84.

<sup>51</sup> *Okkali c. Turquia*, n.º 52067/99, de 17 de outubro de 2006, §§ 47 a 49, e *Nikolova e Velichkova c. Bulgária*, n.º 7888/03, de 20 de dezembro de 2007, §§ 60 a 63.

<sup>52</sup> *Sabanovic c. Montenegro e Sérvia*, de 31 de maio de 2011, §§ 43 e 44.

<sup>53</sup> *A e B c. Noruega, [GC]*, n.º 24130/11 e 29758/11, de 15 de novembro de 2016.

<sup>54</sup> *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de outubro de 1981, § 60, e *A.D.T. c. Reino Unido*, n.º 35765/97, de 31 de julho de 2000, § 38.

<sup>55</sup> *S.L. .c Áustria*, n.º 45330/99, de 9 de janeiro de 2003, § 44.

<sup>56</sup> *Vajnai c. Hungria*, n.º 33629/06, de 8 de julho de 2008, § 54-56.

<sup>57</sup> *Altug Taner Akçam c. Turquia*, n.º 27520/07, de 25 de outubro de 2011, §§ 93-95.

<sup>58</sup> *Mosley c. Reino Unido*, n.º 48009/08, de 10 de maio de 2011, § 129.

<sup>59</sup> *Akgöl e Göl c. Turquia*, n.º 28495/06 e 28516/06, de 17 de maio de 2011, § 43.

<sup>60</sup> *Wizerkaniuk c. Polónia*, n.º 18990/05, de 5 de julho de 2011, §§ 82-83, 86.

VIII. do uso da língua mãe numa campanha política<sup>61</sup> e

IX. da ofensa à memória de pessoa falecida.<sup>62</sup>

Em sentido oposto, o TEDH considerou que não é excessiva a criminalização:

I. do abuso de poder por recusa de funcionário em facultar o acesso a material de investigação da propriedade da universidade pública,<sup>63</sup>

II. do auxílio à entrada, circulação ou permanência ilegais de estrangeiro no território nacional<sup>64</sup> e

III. do incesto.<sup>65</sup>

O TEDH considerou ainda que existe uma obrigação de criminalização:

I. da violação,<sup>66</sup>

II. da escravidão, servidão ou trabalho forçado,<sup>67</sup>

III. da violação de certos segredos,<sup>68</sup>

IV. da violação dolosa da integridade física e moral das crianças,<sup>69</sup>

V. da pornografia infantil e da realização não consentida de imagens de crianças e adultos,<sup>70</sup>

VI. da ofensa dolosa da integridade física<sup>71</sup> e

VII. do tráfico de seres humanos.<sup>72</sup>

Por fim, o TEDH considerou que não é necessária a criminalização de todas as violações de bens com dignidade penal. «Haverá então dignidade penal, mas não necessidade penal, sendo de rejeitar nesses casos a existência de uma injunção constitucional de

---

<sup>61</sup> *Sükran Aydın e outros c. Turquia*, n.º 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 e 14871/09, de 22 de janeiro de 2013, § 55.

<sup>62</sup> *Murat Vural c. Turquia*, n.º 9540/07, de 21 de outubro de 2014, § 66.

<sup>63</sup> *Gillberg c. Suécia* (GC), n.º 41723/06, de 3 de abril de 2012, §§ 68-71.

<sup>64</sup> *Mallah c. França*, n.º 29681/08, de 10 de novembro de 2011, § 40.

<sup>65</sup> *Stübing c. Alemanha*, n.º 43547/08, de 12 de abril de 2012, §§ 63-65.

<sup>66</sup> *Xe Y c. Países Baixos*, n.º 8978/80, de 26 de março de 1985, § 27, e *M. C. c. Bulgária*, n.º 39272/98, de 4 de dezembro de 2003, §§ 50, 166.

<sup>67</sup> *Siliadin c. França*, n.º 73316/01, de 26 de julho de 2005, § 112, e *C.N. c. Reino Unido*, n.º 4239/08, de 13 de novembro de 2012, § 76 a 80.

<sup>68</sup> *Stoll c. Suíça* (GC), n.º 69698/01, de 10 de dezembro de 2007, § 155.

<sup>69</sup> *K. U. c. Finlândia*, n.º 2872/02, de 2 de dezembro de 2008, § 46.

<sup>70</sup> *Soderman c. Suécia* (GC), n.º 5786/08, de 12 de novembro de 2013.

<sup>71</sup> *Sandra Jankovic c. Croácia*, n.º 38478/05, de 5 de março de 2009, § 36.

<sup>72</sup> *Rantsev c. Chipre e Rússia*, n.º 25965/04, de 7 de janeiro de 2010, §§ 284-285, 288.

criminalização.»<sup>73</sup> Por exemplo, o TEDH considerou que não existe uma obrigação de criminalização das violações negligentes do direito à vida ou à integridade física, desde que elas sejam adequadamente puníveis por via civil, administrativa ou disciplinar<sup>74</sup>.

### 3.2.3. O ativismo no âmbito das leis de amnistia, perdão e prescrição

Acresce que o TEDH controla o exercício do poder legislativo, quer no tocante à concessão de amnistias e perdões, quer na definição dos pressupostos da prescrição do procedimento criminal e da pena, em face das obrigações internacionais dos Estados resultantes dos artigos 2.º e 3.º da CEDH<sup>75</sup>. Este controlo é realizado, se necessário for, com preterição do caso julgado nacional, como decidiu a Grande Câmara no caso *Marguš c. Croácia*<sup>76</sup>.

## 3.3 A interpretação atualista da CEDH

O descrito ativismo judiciário tem usado, e abusado segundo alguns, da interpretação atualista da CEDH. A sua formulação ampla dos direitos e liberdades dos direitos e liberdades habilita os juízes a uma miríade de interpretações possíveis. Contudo, esta técnica hermenêutica não é consensual, motivando críticas violentas de pretensão de criação jurisprudencial de direitos e obrigações não inscritos na CEDH.

O ponto de partido da argumentação desta corrente doutrinária<sup>77</sup> é o de que a interpretação da CEDH se deve cingir ao conteúdo normativo que a mesma encerrava aquando da sua ratificação pelos Estados Partes. Existiria assim uma interpretação originalista do documento, que deveria ser decifrada tendo por chave os seus *travaux préparatoires* e as leis dos Estados Partes aquando da redação da Convenção.

Os críticos acusam o TEDH de que «a tese de que a Convenção é um "instrumento vivo" é a bandeira sob a qual o Tribunal de Estrasburgo assumiu o poder de legislar sobre o que

---

<sup>73</sup> Albuquerque, 2022, discutindo a jurisprudência pertinente sobre este assunto.

<sup>74</sup> *Calvelli e Ciglio c. Itália* (GC), n.º 32967/96, de 17 de janeiro de 2002, § 51, e *Maiorano e Outros c. Itália*, n.º 28634/06, de 15 de dezembro de 2009, § 128.

<sup>75</sup> *Abdülsamet Yaman c. Turquia*, n.º 32446/96, de 2 de novembro de 2004, § 55, e, num caso de manipulação política de um perdão presidencial, *Makuchyan e Minasyan c. Azerbeijão e Hungria*, n.º 17247/13, de 26 de maio de 2020.

<sup>76</sup> *Marguš c. Croácia* [GC], n.º 4455/10, de 27 de maio de 2014.

<sup>77</sup> Hoffmann, 2009, p. 428.

considera ser exigido pela "ordem pública europeia"<sup>78</sup>, com o fito de atualizar conceitos ultrapassados para assumir-se como criador de novos direitos.

Em sentido diametralmente oposto, o TEDH tem afirmado, desde o acórdão *Tyrer c. Reino Unido*<sup>79</sup>, o princípio da «Convenção como instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condições do presente»<sup>80</sup>. Assim, a interpretação dos juízes de Estrasburgo deve ter em conta não somente as alterações fáticas que ofereceram novos sentidos aos termos inscritos na convenção, como considerar a evolução das normas de direito nacional e internacional, sejam elas *hard law* ou *soft law*. Este exercício hermenêutico deve ter por base o «património comum (tradições políticas, ideais, liberdade e primado do direito constantes do preâmbulo da CEDH) a que o juiz de Direitos Humanos tem de recorrer na construção interpretativa dos Direitos Fundamentais.»<sup>81</sup>

Este é, de resto, o entendimento resultante da aplicação do artigo 31.º (3), alínea c), da CVDT, ao dispor que a interpretação dos tratados deve ter em consideração «[t]oda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes.»

Em suma, como refere CHRISTOS ROZAKIS, ex-juiz do TEDH, os juízes de Estrasburgo «não trabalham no esplêndido isolamento de uma torre de marfim construída com material proveniente exclusivamente das invenções interpretativas do TEDH ou dos Estados Partes na Convenção»<sup>82</sup>.

O exemplo paradigmático da criação jurisprudencial de direitos com base na interpretação evolutiva da CEDH é o caso *López Ostra c. Espanha*<sup>83</sup>, em que os juízes de Estrasburgo “consagraram” o (novo) direito convencional ao ambiente saudável, derivado do direito ao respeito pela vida privada e familiar, constante do artigo 8.º da CEDH. Destarte, temos assistido a uma censurável criação de direito pelos Tribunais que extravasa em muito o campo semântico das disposições da CEDH em benefício de uma interpretação atualista.

### 3.4. A legitimidade política dos juízes

Subjacente ao debate sobre o ativismo judicial dos juízes de Estrasburgo está um juízo político quanto à sua legitimidade. Este debate provoca amiúde ondas de revolta de cada vez

---

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Tyrer c. Reino Unido*, n.º 5856/72, de 25 de abril de 1978.

<sup>80</sup> *Ibidem*, §31.

<sup>81</sup> Sousa, 2004, p. 54.

<sup>82</sup> Rozakis, 2005, p. 278.

<sup>83</sup> *López Ostra c. Espanha*, n.º 16798/90, de 9 de dezembro de 1994.

que os Estados Partes são confrontados com decisões politicamente sensíveis, sensíveis, merecendo particular destaque a oposição feita por pais fundadores do sistema europeu de Direitos Humanos. Como eloquentemente expôs o ex-Presidente do Supremo Tribunal do Reino Unido, DAVID NEUBERGER,

*«[t]his means that the idea of courts overruling decisions of the UK parliament, as is substantially the effect of what the Strasbourg court and the Luxembourg court can do, is little short of offensive to our notions of constitutional propriety. All the more so, given that the courts concerned are not even British courts».*<sup>84</sup>

Na verdade, a legitimidade democrática dos juízes do TEDH, eleitos pela APCE, é indireta, uma vez que esta é composta por parlamentares apontados pelas Assembleias nacionais. Aqui estamos perante um patamar distinto de legitimidade: o povo escolhe os seus parlamentares, estes, de entre si, elegem os seus delegados à APCE e aqui são eleitos os juízes do TEDH.

Como aponta Pedro Machete, «[n]um quadro deste tipo adivinham-se inevitáveis as tensões com o princípio democrático estruturante dos Estados constitucionais: no plano interno, porque a transferência de tarefas e de poderes do Estado para entidades terceiras não pode esvaziar a garantia de autodeterminação democrática do povo; no plano externo, porque o exercício do poder público além do Estado nacional também carece de legitimação democrática.»<sup>85</sup>

Acresce que o direito do cidadão à democracia, ou seja, à possibilidade de participação na definição dos destinos da coletividade, - também ele um direito fundamental – resulta flagrantemente violado «caso o órgão cujos titulares são designados mediante eleições livres veja as suas consequências significativamente cerceadas e, conseqüentemente, sofra uma perda substancial da sua capacidade de conformação»<sup>86</sup>.

O deficit de legitimidade democrática dos juízes do TEDH é agravado pela circunstância de os processos nacionais de seleção dos juízes não serem, nalguns Estados, transparentes, dando o flanco à crítica da manipulação governamental da eleição. Por isso se justifica o apelo de BOGDANDY e KRENN: «*What we call for is, first, that representative institutions develop the criteria and procedures for becoming a judge in an open and co-operative fashion; second, that these criteria are applied in a transparent and deliberative manner in concrete selection cases*»<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Neuberger, 2014, p. 16.

<sup>85</sup> Machete, 2012, p. 335.

<sup>86</sup> Machete, 2012, p. 335.

<sup>87</sup> Bogdandy e Krenn, 2015, p. 165, insistindo neste ponto também, Madsen, 2015, p. 276.

A questão da legitimidade democrática dos juízes torna-se ainda mais premente em face do crescente grau de intrusão do TEDH nos ordenamentos jurídicos nacionais. Contudo, não é admissível, em abstrato, negar a força executória dos acórdãos do TEDH, com base no argumento da falta de transparência do processo eletivo dos juízes ou da falta de legitimidade democrática dos mesmos.

A discussão sobre a legitimidade só verdadeiramente se deve colocar quando o TEDH extravasa os seus poderes judiciais e usurpa poderes dos Estados, substituindo-se a decisões legítimas dos legisladores e dos tribunais nacionais. A soberania nacional e democrática surge como pressuposto e premissa do poder público exercido pelo legislador e pelos tribunais nacionais. É esse o sentido da eloquente expressão consignada no artigo 3.º da CRP: «a soberania, una e indivisível, reside no povo». Já não a soberania como «*la puissance absolute et perpétuelle d'une République*»<sup>88</sup>, qual «bloco de mármore, [que] não pode ser fragmentado»<sup>89</sup>, mas antes como um «poder originário»<sup>90</sup> de se «organizar e reger»<sup>91</sup> no quadro de um pluralismo constitucional, como propõe RUI MEDEIROS.

Neste quadro de um constitucionalismo multinível, a soberania pode ser cerceada por vínculos internacionais, mormente aqueles que impõem a subordinação a Direitos Humanos universal ou regionalmente consagrados. Até JEAN BODIN, pai do conceito moderno de soberania, sentenciou que «(...) *la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines ne s'étend aucunement aux lois de Dieu et de Nature.*» Tendo abandonado o paroquialismo constitucional em favor de um constitucionalismo multinível, a ordem jurídica do Conselho da Europa, na qual se inclui a CEDH, não concebe a soberania nacional e democrática como um resquício retrógrado e até “quixosteco” de um mundo em vias de extinção na linha de KELSEN<sup>92</sup>, mas antes como fonte de legitimidade do projeto europeu de «realizar uma união mais estreita entre os seus Membros”, como quiseram os pais fundadores em Roma em 1950<sup>93</sup>.

### 3.5. Consenso vs. unanimidade

---

<sup>88</sup> Bodin, 1576, p. 74.

<sup>89</sup> Amaral, 2012, p. 161.

<sup>90</sup> Medeiros, 2015, p. 158.

<sup>91</sup> Miranda, 2010, p. 179.

<sup>92</sup> Kelsen, 1989, p. 469.

<sup>93</sup> Vide preâmbulo da CEDH.

A legitimidade política do TEDH discute-se não somente a propósito da natureza do mandato dos juízes, mas igualmente quanto à capacidade que os Estados Contratantes têm de vincular os demais. A questão impõe-se: a ordem jurídica do CE, de que é protagonista o TEDH, apresenta hoje uma maturidade democrática suficiente que permita afirmar que é compatível com um modelo maioritário, ou, pelo contrário, deve assegurar que as decisões interpretativas em matérias especialmente delicadas são tomadas por unanimidade?

Uma primeira abordagem permite-nos afirmar que a ordem jurídica do CE apenas exige uma maioria deliberativa para vincular todos os Estados contratantes, podendo impor a sua vontade sobre os restantes, sob pena de reter o TEDH numa permanente busca de consensos inatingíveis, manietando-o na sua atuação perante casos fraturantes. Esta dinâmica própria de uma ordem jurídica autónoma permitiria assim impor novas obrigações aos Estados. Como afirma PAULO ALBUQUERQUE:

«Por uma questão de princípio constitucional que enforma o Conselho da Europa, o consenso é dissociado da unanimidade. O consenso como *volonté générale* ainda pode existir, mesmo que nem todas as Partes Contratantes concordem com a mesma leitura da Convenção»<sup>94</sup>.

Em sentido contrário, advoga-se que a imposição de novas obrigações aos Estados Partes é ilegítima, numa dimensão internacional, por ausência de consentimento dos órgãos soberanos nacionais que com elas não concordaram.

É difícil perscrutar uma solução que compagine as justas críticas que são desferidas contra cada uma das posições. Todavia, é evidente que limitar a atividade do TEDH à busca de uma resposta unânime para os prolemas que lhe são colocados seria convertê-lo numa bacoca caixa de ressonância de banalidades. Cumpre assim delimitar em que áreas a comunidade jurídica se basta com um mero consenso, qual a sua utilidade e quando é que se deve exigir unanimidade entre os Estados para que o TEDH decida. Reside neste problema o embrião do tema que mais à frente exploraremos: a margem nacional de apreciação.

#### **4. O conflito com os Tribunais Constitucionais**

---

<sup>94</sup> Albuquerque, 2019b, p. 17.

Alguns Estados contratantes recusaram por mais do que uma vez a execução de acórdãos de Estrasburgo, em virtude da sua força meramente declarativa e reparadora, não tendo efeito cassatório. Na prática, a eficácia destas decisões está subordinada à colaboração dos Estados Partes. Todavia, não deve prevalecer o entendimento de que a incapacidade executória afeta a obrigatoriedade das decisões. Esta resulta claramente do artigo 46.º, n.º 1, da CEDH. Acresce que, uma vez condenado, o Estado deve «reconstituir a situação em que o requerente estaria se não tivesse ocorrido essa violação» e, caso persista na violação, comete nova violação da CEDH, desta feita pela não execução do acórdão condenatório. Trata-se, em última instância, de discutir o papel do TEDH enquanto «último intérprete da Convenção».

O problema agrava-se quando os Estados são chamados a executar decisões do TEDH que contrariam acórdãos dos Tribunais Supremos e Constitucionais sobre a mesma matéria. Aqui, temos assistimos a uma batalha sem tréguas entre o TEDH e diversos Tribunais Supremos e Constitucionais. Ademais, o TEDH tem-se já por diversas vezes arrogado o poder de sindicância dos modelos de fiscalização de constitucionalidade nacionais, quer pela sua formulação em abstrato, quer pela atuação dos Tribunais Constitucionais. Nesta matéria o TEDH estabeleceu em *Zubac c. Croácia*<sup>95</sup> critérios para avaliação das condições de admissibilidade dos recursos para o Tribunal Constitucional.

No que concerne aos conflitos com Tribunais Constitucionais, entre os principais pelejantes que se opõem a Estrasburgo encontramos a *Corte Costituzionale*, o *Bundesverfassungsgericht* e o Tribunal Constitucional federal russo, entre outros Tribunais Superiores.

#### 4.1 A *Corte Costituzionale* e Estrasburgo

Em Itália, a discussão começou por incidir sobre a relevância da CEDH no ordenamento jurídico interno. O TCI considerou que a CEDH tem valor de lei na ordem jurídica italiana, com o mesmo estatuto que a lei que a integrou na ordem jurídica interna<sup>96</sup>. Simultaneamente considerou-a parâmetro de interpretação do catálogo de Direitos Fundamentais da CRI.

Contudo, nos acórdãos gémeos n.º 348 e n.º 349, de 2007, o TCI admitiu que a CEDH tinha força suprallegal, mas não gozava de aplicabilidade direta na ordem jurídica nacional das Partes Contratantes e por isso não prevalecia sobre a legislação nacional contraditória. Neste

---

<sup>95</sup> *Zubac c. Croácia*, n.º 40160/12, §§ 85 a 99, 5 de abril de 2018.

<sup>96</sup> Lei n.º 848, de 4 de agosto de 1955.

caso, o juiz da instância deveria suscitar a questão da compatibilidade da legislação nacional contraditória com a Convenção, diante dos juízes do Palácio da Consulta. Segundos estes, competia-lhes «*verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana*»<sup>97</sup>. Eis a consubstanciação da pirâmide *kelsiana* encabeçada pela constituição e pelo TCI, que controlava a aplicação da CEDH em Itália nos mesmíssimos termos de qualquer outra lei<sup>98</sup>.

Esta posição estática foi paulatinamente abandonada pelo TCI, que em 2009 concebeu um novo modelo de relação entre a CRI e a CEDH, já não hierárquico, mas dialogante e complementar, subordinado à máxima proteção dos Direitos Fundamentais que são comuns à Convenção e à CRI. No famoso acórdão n.º 317/2019, sustentou-se que «[a] consequência deste raciocínio é que a comparação entre a proteção da Convenção e a proteção constitucional dos Direitos Fundamentais tem de ser realizada tentando obter o maior alargamento das garantias, inclusive por meio do desenvolvimento do potencial inerente às normas constitucionais que dizem respeito aos mesmos direitos.»<sup>99</sup> Lógica esta que o TCI admite ser sinalagmática, podendo a CRI consagrar tutela mais intensa dos Direitos Fundamentais. Ainda em 2009<sup>100</sup>, o TCI limitou a autoridade interpretativa do TEDH à «substância (*la sostanza*) da jurisprudência consolidada», ou seja, aos princípios fixados em jurisprudência reiterada.

Quanto às relações poligonais, o TCI remete para a sua própria competência: «[a] extensão e os limites da sua integração não estão apenas retoricamente, mas também efetivamente dependentes da decisão constitucional sobre os interesses envolvidos»<sup>101</sup>. Como intuitivamente alcançamos, esta solução está longe de ser uma panaceia para resolver todos os problemas. Uma vez que é naquele campo cinzento que se desenrola grande parte do contencioso dos Direitos Humanos, a assunção de uma *Kompetenz-Kompetenz* por parte do TCI não evita os conflitos com Estrasburgo, que têm sido frequentes.

Para agravar a periclitante situação, em 2012<sup>102</sup> o TCI recorreu à «*marginale di apprezzamento*» para recusar a aplicação de um acórdão proferido pelo TEDH. O conflito

---

<sup>97</sup> TCI, n.º 349/2007, § 6.2.

<sup>98</sup> TCI, n.º 348/2007, §4.6.

<sup>99</sup> TCI n.º 317/2009, §7.

<sup>100</sup> TCI n.º 311/2009 e n.º 317/2009.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> TCI, n.º 264/2012.

escalou com o caso *Maggio e Outros c. Itália*<sup>103</sup>. Neste acórdão, o TEDH contrariou o acórdão do TCI n.º 172/2008, que tinha por fundamento o equilíbrio do sistema de pensões italiano. O TCI retorquiu, reafirmando a admissibilidade de utilização de legislação retroativa neste domínio, nos acórdãos n.º 264/2012 e n.º 166/2017, apesar do TEDH ter reiterado a sua posição nos acórdãos *Cataldo e outros c. Itália e Stefanetti e outros c. Itália*<sup>104</sup>.

O braço de força teve o seu apogeu em 2015, quando o TCI proferiu um acórdão<sup>105</sup> em que recusou expressamente a jurisprudência do TEDH sobre medidas de confisco em processo penal prescrito, fixada no acórdão *Varvara c. Itália*<sup>106</sup>. Para tanto o TCI limitou a eficácia dos acórdãos do TEDH aos casos em que estes revelarem *diritto consolidato*, definindo como tal a jurisprudência prolatada pela Grande Câmara e a jurisprudência constante das Câmaras, tendo considerado que o supramencionado acórdão *Varvara* não respeitava nenhum desses dois requisitos.

## 4.2 O *Bundesverfassungsgericht* e Estrasburgo

A contenda entre o BVerfG e o TEDH tem sido um dos epicentros do conflito constitucional travado na Europa. Tomaremos como exemplo o paradigmático caso *Gorgulu*<sup>107</sup>, em que se discutiu o direito de um pai biológico a ter contacto com o seu filho, nascido fora do casamento.

O TEDH considerou ter havido violação do artigo 8.º da CEDH, uma vez que havia sido negado ao requerente o acesso e a custódia do seu filho menor. Todavia, o acórdão de Estrasburgo não veio alterar a situação fática do Pai, que continuou a ver o seu direito violado pelas instâncias nacionais, pelo que «intentou uma queixa constitucional no *Bundesverfassungsgericht* contra a insatisfatória execução do acórdão do TEDH.

No seu acórdão, o BVerfG reconheceu que estava «obrigado a ter em conta, em certas condições» a jurisprudência do TEDH, explicitando o que entendia por “ter em conta”:

---

<sup>103</sup> *Maggio e Outros c. Itália*, n.ºs 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, de 31 de maio de 2011.

<sup>104</sup> *Cataldo e outros c. Itália* n.º 54425/08, 58361/08, 58464/08, 60505/08, 60524/08 e 61827/08, de 24 de junho de 2014 e *Stefanetti e outros c. Itália*, n.º 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10, de 15 de abril de 2014.

<sup>105</sup> TCI, n.º 49/2015.

<sup>106</sup> *Varvara c. Itália*, n.º 17475/09, de 29 de outubro de 2013.

<sup>107</sup> *Görgülü c. Alemanha*, n.º 74969/01, de 26 de fevereiro de 2004.

«Take into account” means taking notice of the Convention provision as interpreted by the ECHR and applying it to the case, provided the application does not violate prior-ranking law, in particular constitutional law»<sup>108</sup>.

O BVerfG foi mais longe, ao afirmar que:

«On the level of federal law too, the Convention does not automatically have priority over other federal law, in particular if in this connection it has not already been the object of a decision of the ECHR.»<sup>109</sup>

Logo após esta dissensão, surgiu uma outra em torno das medidas de segurança aplicadas retroativamente a imputáveis perigosos. O TEDH julgou estas medidas incompatíveis com o artigo 7.º da CEDH, no caso *M. c. Alemanha*<sup>110</sup>, ao que o BVerfG reagiu considerando que Estrasburgo tinha interpretado mal o direito nacional. A querela foi resolvida a favor dos juízes de *Karlsruhe*, no acórdão *Ilseher c. Alemanha*<sup>111</sup> em que a Grande Câmara do Tribunal se retrata, para não dizer que se verga à autoridade da interpretação constitucionalizante das medidas de segurança aplicadas retroativamente a imputáveis perigosos, proposta por *Karlsruhe*. Este é mais um exemplo de como a jurisdição constitucional prevaleceu sobre o TEDH.

### 4.3 O Tribunal Constitucional Federal Russo e Estrasburgo

Desde há muito que os juízes do Estrasburgo e os juízes do TCFR mantêm uma relação mais política que jurídica, uma vez que parecem mais interessadas em erguer os seus lábaros do que em estabelecer um diálogo altiloquente<sup>112</sup>. A ostensiva deterioração de qualquer base de entendimento ocorreu, a três tempos, tendo subsequentemente degenerado por completo com a saída da Rússia da CE e da CEDH.

---

<sup>108</sup> BvR 1481/04, §62.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> *M. c. Alemanha*, n.º 19359/04, de 17 de dezembro de 2009.

<sup>111</sup> *Ilseher c. Alemanha* [GC], n.º 10211/12 e 27505/14, de 4 de dezembro de 2018.

<sup>112</sup> Atente-se, quanto à responsabilidade do TEDH no agravamento da contenda, ao escabroso acórdão *Mariya Alekhina e outros c. Rússia*, n.º 38004/12, de 17 de julho de 2018, ou a condenação da Rússia em 1.8 mil milhões de euros no caso *Yukos c. Rússia*, n.º 14902/04, de 31 de julho de 2014.

Num primeiro momento, o TEDH censurou a inexistência de licença parental para os soldados russos<sup>113</sup>, tendo o Estado russo reagido muito negativamente por considerar que o acórdão se imiscuía na organização da defesa nacional, matéria de reserva absoluta da soberania russa. Num segundo momento, o TEDH censurou a proibição constitucional do direito de voto dos presos condenados por crimes graves em penas longas ou perpétuas<sup>114</sup>, o que despoletou uma reação violenta da *Duma*, no sentido da defesa da intangibilidade do direito constitucional russo. Consequentemente, em 14 de julho de 2015, o TCFR veio considerar que os acórdãos do TEDH só serão vinculativos na medida em que não sejam contrários à constituição russa, nos termos em que é interpretada por si mesmo.

Em dezembro desse mesmo ano a Rússia deu um passo sem paralelo em qualquer outro País do CE ao aprovar uma lei<sup>115</sup> a positivar aquele entendimento do tribunal constitucional federal, que prevê o poder deste tribunal de declarar os acórdãos dos tribunais internacionais, incluindo os do TEDH, não executáveis na ordem jurídica interna quando contrários à Constituição. Subsequentemente, esta lei foi invocada pelo TCFR<sup>116</sup> para não executar dois acórdãos do TEDH: *Anchugov e Gladkov v. Rússia* e *Yukos v. Rússia*<sup>117</sup>.

Neste último, a Rússia foi condenada a pagar aos requerentes o valor indemnizatório mais alto de sempre na história do Tribunal, no total de 1,8 mil milhões de euros, como compensação da expropriação das posições societárias dos requerentes. Em janeiro de 2017, o TCFR chegou à conclusão de que o entendimento do TEDH sobre reparação razoável violava o princípio fundamental da Constituição da Rússia de equilíbrio orçamental e, por conseguinte, aquele acórdão europeu não devia ser executado na ordem jurídica russa<sup>118</sup>.

## **5. O diálogo com os Tribunais Constitucionais:**

### **5.1 O Tribunal Constitucional português e Estrasburgo**

Portugal não é um país problemático no quadro da CEDH. Esta afirmação é confirmada quer pelo número razoável de processos de que o Estado português é alvo, quer pelo desenho do nosso sistema constitucional de tutela de Direitos Fundamentais ser favorável ao

---

<sup>113</sup> *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], n.º 30078/06, de 22 de março de 2012.

<sup>114</sup> *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, já citado.

<sup>115</sup> Lei Constitucional Federal N.º.7-FKZ, de 14 de dezembro de 2015, que introduziu alterações à Lei Constitucional Federal.

<sup>116</sup> Acórdão do TCFR N.º 12-P de 19 de abril de 2016.

<sup>117</sup> *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, já citado, e *Yukos c. Rússia* já citado.

<sup>118</sup> Acórdão do TCFR N.º.1-P de 19 de janeiro de 2017.

constitucionalismo multinível. Esta relação estreita é alicerçada na cláusula aberta de Direitos Fundamentais, consagrada no artigo 16.º n.º 1 da CRP, ainda que, sendo o catálogo de Direitos Fundamentais da CRP mais amplo que aquele que a CEDH prevê, é improvável a integração de um direito convencional no ordenamento jurídico português que não esteja já previsto na nossa *magna carta*. Este fator, aliado à necessidade de afirmar a autossuficiência da recém elaborada Constituição, explica que o TC tenha demorado a considerar *ex professo* a jurisprudência do TEDH<sup>119</sup>, passando a admiti-la como «elemento densificador da fundamentação de uma decisão nacional»<sup>120</sup>, como sucede no acórdão do TC n.º 533/1999.

É notável a abertura crescente do TC às fontes internacionais e, em particular, à CEDH e à jurisprudência do TEDH, considerando-as como critério, por vezes decisivo, de interpretação das normas constitucionais internas<sup>121</sup>. A título de exemplo, atenda-se à exposição da jurisprudência de Estrasburgo no acórdão do TC n.º 70/2008 referente a escutas eletrónicas.<sup>122</sup> Todavia, existe ainda um amplo fosso entre atribuir à CEDH a relevância de parâmetro hermenêutico e argumentativo das soluções constitucionais ou considerá-la fonte autónoma de normatividade constitucional.

Ademais, como resultou do acórdão n.º 121/2010, o TC já afirmou que a DUDH só deve ser tida em conta quando conduza a uma maior proteção dos titulares de Direitos Fundamentais<sup>123</sup>. O mesmo se aplica à CEDH estando em causa uma situação de maior tutela dos Direitos Fundamentais por este texto em relação à CRP. Por exemplo, no caso *Da Conceição Mateus e Santos Januário*<sup>124</sup>, concernente à suspensão do pagamento do subsídio de férias e do subsídio de Natal, o TEDH considerou que não existia violação da CEDH ao passo que o TC julgou a norma inconstitucional, no acórdão n.º 353/2012. Como resulta claro deste exemplo, é possível que haja uma sobreposição de acórdãos entre o TEDH e o TC, não necessariamente coincidentes. Noutro exemplo, em *Soares de Melo*<sup>125</sup>, o TEDH decidiu ainda

---

<sup>119</sup> A primeira análise à jurisprudência do TEDH como argumento hermenêutico ocorreu no acórdão n.º 352/98 a propósito da possibilidade de rejeição imediata de recurso penal, em função da sua manifesta improcedência. *in* Alves, 2014, p. 46.

<sup>120</sup> Homem, 2019, p. 181. Já neste sentido, Ramos, 1996, p. 65 a 61 e 106 e 107, e Barreto, 2015, p. 48.

<sup>121</sup> Sobre o impacto dos acórdãos do TEDH na jurisprudência do TC, veja-se Mesquita, 2019, p. 72 a 91, distinguindo os casos de convergência e de divergência, com alinhamento negativo do sentido decisório e não alinhamento do sentido decisório entre os dois tribunais. Também sobre a matéria dos conflitos entre os dois tribunais se pronunciou o ex presidente Sousa Ribeiro, 2019, p. 146 a 178.

<sup>122</sup> Sousa, 2004.

<sup>123</sup> Martins e Roque, 2014, p. 51.

<sup>124</sup> *Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portugal* (déc.), n.º 57725/12 e 62235/12, de 8 de outubro de 2013.

<sup>125</sup> *Soares de Melo c. Portugal*, já citado.

antes do TC ter apreciado o recurso de constitucionalidade, o que condicionou o sentido da decisão interna de modo favorável à recorrente.

No acórdão *Dos Santos Calado*<sup>126</sup>, o TEDH foi ainda mais longe ao sindicarem o modelo português de fiscalização da constitucionalidade, analisando muito criticamente a sua conformidade às obrigações processuais resultantes da CEDH e recomendando uma «*approche extensive*»<sup>127</sup> do TC. Os juízes de Estrasburgo enviaram um recado para os juízes do palácio *Ratton* no sentido de que o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade tem de ter um âmbito suficientemente amplo para evitar que o TEDH se transforme num tribunal de primeira instância de tutela de Direitos Fundamentais em Portugal<sup>128</sup>. O TEDH entendeu que o modelo de fiscalização de constitucionalidade, em abstrato, seria conforme à CEDH, embora os juízes do TC fizessem uma interpretação excessivamente formalista do mesmo.

## 5.2 Os caminhos dialogantes

Uma vez analisado o diálogo entre Estrasburgo e um País “cumpridor”, importa referir que não há nenhum mecanismo que compagine acórdãos contraditórios entre tribunais constitucionais e o Tribunal Europeu, como ocorreu em *Pereira da Silva*<sup>129</sup>. A convivência simultânea no ordenamento jurídico de sentenças que qualificam uma conduta como conforme à Constituição, mas violadora de Direitos Humanos à luz da CEDH, não pode ser admissível. Sobram duas alternativas:

(i) ou o Estado cria um mecanismo de revisão de sentenças dos Tribunais Constitucionais, em benefício do princípio do tratamento mais favorável à tutela dos Direitos Humanos, quando estas venham a ser contrariadas pelo TEDH;

(ii) ou se admite que em determinadas matérias o Estado faz uma interpretação diversa, mas legítima, dos Direitos Humanos a tutelar, que deva prevalecer por força da margem

---

<sup>126</sup> *Dos Santos Calado e outros c. Portugal*, já citado.

<sup>127</sup> *Ibidem*, §79.

<sup>128</sup> A posição crítica do TEDH foi suavizada num acórdão posterior sobre a mesma matéria. Menos de um ano depois da prolação do acórdão no caso *Santos Calado*, o TEDH retrocedeu no caso *Albuquerque Fernandes c. Portugal*. Algo enigmaticamente, os juízes de Estrasburgo reiteraram os princípios do acórdão *Santos Calado*, mas concluíram que o TC não tinha procedido de forma demasiado formalista ao julgar inadmissível o recurso da recorrente por desrespeito das exigências do artigo 79.º-C da LTC, não tendo feito uso das possibilidades previstas pelo artigo 75.º-A da LTC.

<sup>129</sup> *Pereira da Silva c. Portugal*, n.º 7705011, de 22 de março de 2016.

nacional de apreciação. É sobre esta segunda hipótese que nos debruçaremos no capítulo seguinte.

## 6. A margem nacional de apreciação

As interações entre as autoridades nacionais e o TEDH têm sido desenhadas à luz do conceito da “margem nacional de apreciação”. A doutrina da margem nacional de apreciação foi utilizada pela primeira vez pela CoEDH no caso *Grécia c. Reino Unido*<sup>130</sup> e pelo TEDH no caso linguístico belga<sup>131</sup>. O tribunal descreve-o como a «*tool to define relations between the domestic authorities and the court*»<sup>132</sup>, reconhecendo-o como um corolário do princípio da subsidiariedade, ainda que estes conceitos não se confundam<sup>133</sup>. A margem tem um duplo fundamento dogmático: primeiramente, é definido com base no melhor conhecimento das autoridades nacionais da alegada situação geradora de uma violação de Direitos Humanos:

«(...) *the national authorities are in principle in better position than the international judge to decide both on the presence of such emergency and on the nature and scope of derogations to avert it*»<sup>134</sup>.

Em segundo plano, a margem alicerça-se num fundamento democrático<sup>135</sup>. Trata-se de um instrumento por via do qual o TEDH respeita a ponderação dos decisores nacionais em determinadas matérias, respeitando a preponderância que os mecanismos de representatividade popular devem assumir no conhecimento e interpretação dos direitos fundamentais, e assim inibindo-se de proceder a uma reponderação dos valores em conflito no caso concreto – ou seja, «decidindo não decidir»<sup>136</sup>. Destarte, o TEDH traça uma linha entre as matérias que, respeitando o princípio da subsidiariedade e o princípio democrático, devem ser decididas a nível local e aquelas em que ele se deve impor às decisões dos Estados-Partes.

---

<sup>130</sup> *Grécia c. Reino Unido*, n.º 176/56, de 26 de setembro de 1958. Sobre a importância do conceito de margem de apreciação neste caso veja-se Feingold, 1977, p. 91, e Bates, 2010, pp. 195 a 199.

<sup>131</sup> *Caso relativo a certos aspetos das Leis sobre o uso das línguas na educação na Bélgica (Mérito)*, n.º no 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64, de 23 de julho de 1968.

<sup>132</sup> *A. e outros c. Reino Unido [GC]*, n.º 3455/05, de 19 de fevereiro de 2009, § 148.

<sup>133</sup> Botelho, 2010, p. 334.

<sup>134</sup> *Irlanda c. Reino Unido*, n.º 5310/71, de 18 de janeiro de 1978, § 207.

<sup>135</sup> Medeiros, 2015, p. 352.

<sup>136</sup> Botelho, 2010, p. 368.

Este instrumento hermenêutico consolidou-se na jurisprudência do TEDH<sup>137</sup>. Ainda que os Estados Partes a ele recorram amiúde, reclamando a sua aplicação aos casos em discussão, são os juízes de Estrasburgo que decidem pela sua aplicação *in casu*. Assim, é o TEDH que detêm a competência para optar por não reponderar os valores em confronto, remetendo para a margem nacional de apreciação (*Kompetenz-Kompetenz*). Por isso se fala nesta instância de um instrumento de autocontenção do Tribunal<sup>138</sup>.

## 6.1 As conferências para a reforma do TEDH

O carácter fundamental deste conceito jurídico foi recentemente sublinhado pelos Estados Partes ao incluí-lo no preâmbulo da própria CEDH, por via do protocolo adicional n.º 15, não tendo, contudo, havido acordo para o levar ao articulado da CEDH. Este foi o resultado de um demorado processo diplomático, que já teve cinco episódios: as cinco conferências e subsequentes declarações sobre o futuro e reforma do TEDH, promovidas pelo Comitê de Ministros do CE. A primeira teve lugar em Interlaken, seguindo-se Izmir, Brighton, Bruxelas e, por fim, Copenhaga.

Na conferência de Interlaken, em fevereiro de 2010, não se falou expressamente da margem nacional de apreciação, mas antes se sublinhou a natureza subsidiária da CEDH, o que «*implies a shared responsibility between the State parties and the Court*»<sup>139</sup>.

A conferência insistiu na «*responsibility of the States Parties to guarantee the application and implementation of the Convention*» e recomendou ao TEDH que «*avoid reconsidering questions of fact or national law that have been considered and decided by national authorities, in line with its case-law according to which it is not a fourth instance court*»<sup>140</sup>.

Ademais, a Conferência pediu ao TEDH para «*apply uniformly and rigorously the criteria concerning admissibility and jurisdiction and take fully into account its subsidiary role in the interpretation and application of the Convention*».

Na conferência de Izmir, em 2011, os Estados Partes afirmaram a importância do princípio da subsidiariedade como um «*fundamental and transversal principle which both the Court and the States Parties must take into account*»<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Conselho da Europa, 2018, §28, d).

<sup>138</sup> Este instrumento não deve ser confundido com a margem nacional de apreciação na execução dos acórdãos do TEDH, invocada por alguns Tribunais Constitucionais, como o TCI, como se viu acima.

<sup>139</sup> Conselho da Europa, 2010, p. 2.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>141</sup> Conselho da Europa, 2011, p. 1.

No entendimento dos Estados, o TEDH ou se comprometia a «*giving practical effect to the principle of subsidiarity*» ou corria o risco de ficar submerso com queixas, devendo para evitar isso reponderar os critérios de admissibilidade como «*an essential tool in managing the Court's caseload and in giving practical effect to the principle of subsidiarity*»<sup>142</sup>.

A Conferência deixou igualmente claro que não se pode perspetivar o TEDH como uma quarta instância: «*[c]onfirm in its case law that it is not a fourth-instance court, thus avoiding the re-examination of issues of fact and law decided by national courts.*»<sup>143</sup> Os ministros dos Estados Partes mostravam-se especialmente preocupados com as políticas migratórias e o direito de asilo, a propósito das quais defenderam que «*where these procedures are seen to operate fairly and with respect for human rights, to avoid intervening except in the most exceptional circumstances.*»<sup>144</sup> Perscrutava-se já um embrião da margem nacional de apreciação.

Na conferência de Brighton, no ano seguinte, utilizou-se pela primeira vez em textos diplomáticos a expressão margem de apreciação, tendo os Ministros proposto que fosse colocada no preâmbulo<sup>145</sup>. A Conferência começa por relembrar que os Estados têm um dever de assegurar a implementação da Convenção ao nível nacional, para de seguida retirar como consequência prática do princípio da subsidiariedade da tutela do TEDH uma necessária margem de apreciação em conformidade com a ideia de que «*national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*»<sup>146</sup>. A margem de apreciação foi reconhecida em termos limitados à implementação das obrigações derivadas da CEDH, mas não à execução dos acórdãos do TEDH:

«*[t]he jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged*»<sup>147</sup>.

Em 2015, a Declaração que resultou da Conferência de Bruxelas concentrou-se em delinear os passos necessários para reforçar a implementação nacional da CEDH, apontando medidas para reforçar a eficácia dos acórdãos de Estrasburgo. Bruxelas sublinhou «*the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention*» e insistiu na

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>145</sup> Conselho da Europa, 2012, p. 2, § 12(b).

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 3, § 11.

<sup>147</sup> *Ibidem*, § 11.

necessidade de atribuir a «*primary role played by national authorities, namely governments, courts and parliaments, and their margin of appreciation in guaranteeing and protecting human rights at national level, while involving National Human Rights Institutions and civil society where appropriate*». <sup>148</sup> Ademais, a Conferência «*[i]nvites the Court to remain vigilant in upholding the States Parties' margin of appreciation.*» <sup>149</sup>

Por último, na declaração de Copenhaga a Conferência procurou encontrar um equilíbrio entre as jurisdições dos Estados Partes e o TEDH, apelando ao diálogo em face dos conflitos existentes com Tribunais Supremos e Constitucionais. Para este fim, os Ministros lembraram que os Estados Partes «*enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the Court*» <sup>150</sup>.

A Conferência aprofundou o conceito de margem de apreciação, oferecendo pistas sobre a sua aplicação prática. De forma inovadora, pronunciou-se sobre a aplicação da margem em relação a determinados direitos da CEDH: «*in applying certain Convention provisions, such as Articles 8-11, there may be a range of different but legitimate solutions which could each be compatible with the Convention depending on the context*».

O ponto nevrálgico da negociação diplomática da Declaração final da Conferência consistiu no seu parágrafo 28, em que se propõe um critério concreto para a utilização da margem, conjugado com uma recomendação aos juízes de Estrasburgo:

«*This may be relevant when assessing the proportionality of measures restricting the exercise of rights or freedoms under the Convention. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so*» <sup>151</sup>.

## 6.2 A igualdade dos Estados Partes perante a CEDH

O principal desafio prático colocado pela margem de apreciação é a sua aplicação errática, em função de um critério iminentemente casuístico – «*casuistic, uneven and largely*

---

<sup>148</sup> Conselho da Europa, 2015, p. 1.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 2, § 7.

<sup>150</sup> Conselho da Europa, 2018, p. 1, §7.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 4, §28, c).

*unpredictable nature*»<sup>152</sup> – uma vez que os critérios de admissibilidade da mesma não são ainda suficientemente claros. Exemplo paradigmático disso é o recentíssimo acórdão *Beeler c. Suíça*<sup>153</sup>, em que o TEDH limita drasticamente a soberania nacional em matéria de alocação de pensões a viúvos à luz do direito à vida familiar do artigo 8.º da CEDH, ignorando a margem de apreciação invocada pelo Estado suíço.

Alguma doutrina tem mesmo defendido a impossibilidade fática de definir o conteúdo útil da margem de apreciação, uma vez que esta estaria totalmente dependente dos casos concretos.<sup>154</sup> Outros autores consideraram-na «[a] merely pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review».<sup>155</sup> Desta indefinição resulta uma dificuldade substancial em antecipar a posição do TEDH, gerando insegurança jurídica nos requerentes e levantando ondas de suspeição quanto à permeabilidade do tribunal a pressões nacionais.

Esta aplicação imprevisível da margem nacional de apreciação gera também inadmissíveis *double standarts* na aplicação deste instrumento<sup>156</sup>. A disparidade entre os sistemas nacionais de proteção de Direitos Humanos na Europa é ainda uma realidade inegável<sup>157</sup>.

Todavia, é nosso entendimento que esse pressuposto fático não pode justificar que o TEDH seja mais tolerante face a violações da CEDH por parte de Estados fundadores ou que se encontrem há mais tempo vinculados à CEDH, sendo implacável com os Estados em que a Convenção só recentemente foi introduzida, sob pena de violação do princípio da igualdade entre os Estados contratantes e consequentes críticas de manipulação política.

Para tanto, é necessário que a doutrina da margem seja desenhada em torno de critérios objetivos, ao invés de a desenvolver sobre uma base exclusivamente casuística e facilmente manipulável. A margem não pode ser utilizada para justificar resultados pré-determinados nem para evitar sentenças politicamente inconvenientes. A única forma de evitar uma variação desmedida da aplicação da margem nacional de apreciação é construí-la sobre critérios

---

<sup>152</sup> Greer, 2000, p. 5, e Brauch, 2004, p. 133.

<sup>153</sup> *Beeler c. Suíça* [GC], n.º 78630/12, de 11 de outubro de 2022. Sobre a importância deste acórdão v. Dahlberg, 2023.

<sup>154</sup> Bernhardt, 1988, p. 63.

<sup>155</sup> Opinião dissidente coletiva dos juízes Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann e Ziemele *in Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05, de 10 de abril de 2007.

<sup>156</sup> Tulkens, 2006, p. 3, e Rozakis, 2011, p. 527.

<sup>157</sup> Spano, 2018, p. 494.

objetivos. O Tribunal não se pode refugiar na margem para ser forte com os fracos e fraco com os fortes.

### 6.3 A margem e o universalismo dos Direitos Humanos

A crítica teórica que mais certamente tem sido desferida contra a teoria da margem nacional é a de que esta consubstancia uma derrogação do princípio da universalidade dos Direitos Humanos. Destarte, estaríamos perante a consagração institucional do relativismo cultural que permitiria a cada Estado interpretar e aplicar os Direitos Humanos segundo a sua vontade doméstica. Podemos acompanhar esta crítica com as palavras de BURKE: «[n]ós contestamos esta moralidade geográfica.»<sup>158</sup>

É nosso entendimento que a margem nacional não representa uma exceção ao princípio do universalismo dos Direitos Humanos, nem o coloca em causa. Partindo do pressuposto de que os Direitos Humanos são universais e objetivos, inerentes à pessoa humana pela mera condição de o ser, e de que merecem tutela independente do contexto sociocultural, a questão que se impõe é a de saber quem estará mais bem colocado para os interpretar e aplicar quando não haja consenso quanto aos seus conteúdos. Não se trata de admitir dogmaticamente que o mesmo direito tenha dois conteúdos materiais diversos em Estados distintos, mas antes de reconhecer que, não sendo a concretização positiva dos Direitos Humanos um mero exercício de transcrição de um texto evidente e indiscutível, haverá várias soluções para o mesmo problema jurídico. tanto os Estados como o TEDH podem errar nas soluções que apresentam.

Perante esta constatação, o respeito pela diversidade de soluções estatais em determinadas matérias representa um mal menor face ao que seria a imposição pelo TEDH de uma interpretação dogmaticamente incorreta do conteúdo dos Direitos Fundamentais. Este confronto deve ser iluminado por um diálogo esclarecedor e fundamentada com os Tribunais Constitucionais em busca de uma tutela universal e efetiva dos Direitos Humanos.

Ainda que os direitos possam ter conteúdos distintos em diversos Estados, o fundamento teórico da margem de apreciação não pode ser um relativismo cultural e axiológico, mas antes uma abstenção diplomática do TEDH, inteiramente compatível com o universalismo dos Direitos Humanos. Trata-se de um instrumento que reconhece que o palco democrático ainda é

---

<sup>158</sup> Burke, 1790, p. 447.

primordial para a descoberta do conteúdo axiomático dos direitos, para «reconhecer e acomodar algumas especificidades locais, dentro de um modelo universal de direitos do homem»<sup>159</sup>.

## 6.4 Os critérios para a aplicação da margem

A jurisprudência do TEDH na aplicação da margem nacional de apreciação, ainda que errática, tem apontado alguns vetores que devem ser tidos em conta. Como o próprio tribunal admite: «[t]he breadth of this margin varies and depends on a number of factors»<sup>160</sup> e «[t]he scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and the background».<sup>161</sup> Numa formulação mais precisa, o TEDH enumera os seguintes fatores a ter em conta: «nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference, the object pursued by the interference, the nature of the aim pursued by the restrictions»<sup>162</sup>.

Assim, a margem será mais ampla:

- (1) quando a queixa levantar questões morais ou éticas sensíveis, como por exemplo, as referentes à moralidade sexual<sup>163</sup>;
- (2) quando os casos em apreço revistam especial sensibilidade política, em temas como:
  - a. A relação entre o Estado e a religião ou comunidades religiosas<sup>164</sup>,
  - b. Imigração<sup>165</sup>,
  - c. Condições de transição de um regime totalitário para uma sociedade democrática<sup>166</sup>.

---

<sup>159</sup> Botelho, 2010, p. 345.

<sup>160</sup> *S e Marper c. Reino Unido*, n.º 30562/04 e 30566/04, de 4 de dezembro de 2008.

<sup>161</sup> *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], n.º 42184/05, de 16 de março de 2010, §61.

<sup>162</sup> *Connors c. Reino Unido*, n.º 66746/01, de 27 de maio de 2004, §82.

<sup>163</sup> *Handyside c. Reino Unido*, n.º 5493/72, de 7 de dezembro de 1976, §48.

<sup>164</sup> *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. França* [GC], n.º 27417/95, de 27 de junho de 2000, § 84; *Leyla Sahin c. Turquia*, n.º 44774/98, de 10 de novembro de 2005, § 109; e *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) e outros c. Bulgária*, 412/03, de 22 de janeiro de 2009.

<sup>165</sup> *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81, de 28 de maio de 1985, § 67.

<sup>166</sup> *Velikovi e outros c. Bulgária*, n.º 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, e 194/02, de 15 de março de 2007, § 179, 180.

- (3) quando a queixa contender com políticas sociais e económicas<sup>167</sup>, como por exemplo o acesso a prestações públicas de saúde<sup>168</sup>.

Ao invés, a margem será mais reduzida:

- (1) quando o direito em causa for crucial para o efetivo gozo de direitos-chave ou íntimos («*intimate or key rights*»)<sup>169</sup>;
- (2) quando estiver em causa uma característica particularmente importante da existência ou identidade de um indivíduo<sup>170</sup>.

O modo como estes critérios têm sido aplicados é permeável a críticas justas, como vimos. Destarte, é mister empregar esforços na definição de critérios mais objetivos que permitam antecipar o posicionamento do TEDH e, em última instância, definir a amplitude desejável da margem nacional de apreciação. Deste modo não se oferece apenas aos juízes de Estrasburgo um vetor mais claro de decisão, mitigando a crítica da discricionariedade judicial, como também se delimita uma autêntica reserva de soberania para os legisladores e os tribunais nacionais dos Estados contratantes.

#### 6.4.1 O consenso europeu

O primeiro, e porventura, mais relevante fator para o recurso a uma ampla margem de apreciação prende-se com a inexistência de um consenso nos Estados Contratantes, quer quanto à importância relativa do interesse em jogo, quer quanto ao melhor meio de o proteger. Assim, «*le consensus européen est devenu au fil du temps un rouage essentiel dans l'analyse de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire des Etats quand ils mettent en œuvre détermination de l'ampleur ou non de leur marge nationale d'appréciation*»<sup>171</sup>. Este critério compreende-se facilmente na medida em que a CEDH resulta, ela própria, de um consenso

---

<sup>167</sup> *Connors c. Reino Unido*, já citado, §82.

<sup>168</sup> *Budayeva e outros c. Rússia*, n.º 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, de 20 de março de 2008, § 135; e *Öneryıldız c. Turquia*, n.º 48939/99, de 30 de novembro de 2004, §107.

<sup>169</sup> *Dudgeon c. Reino Unido*, já citado, § 52; e *Gillow c. Reino Unido*, n.º 9063/80, de 24 de novembro de 1986, § 55.

<sup>170</sup> *X e Y c. Países Baixos*, já citado, §§ 24 e 27; *Dudgeon*, já citado; *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n.º 28957/95, de 11 de julho de 2002, § 90; e *Pretty c. Reino Unido*, n.º 2346/02, de 29 de abril de 2002, § 71.

<sup>171</sup> Burgorgue-Larsen, 2020, p. 271.

entre os Estados, pelo que seria anacrónico se o Tribunal que zela pela sua proteção atuasse em sentido contrário.

Para verificar se existe um consenso europeu é necessário recuar aos fundamentos da cultura jurídica europeia, à evolução legislativa que a matéria tem merecido nos ordenamentos jurídicos nacionais, ao tratamento que tem recebido da doutrina e à aplicação que a jurisprudência nacional lhe tem dado. Todavia, os critérios a ter em conta para averiguar a existência de um consenso não são, ironicamente, consensuais: «*la jurisprudence porte ao grand jour d'importantes divisions internes qui démontrent que les juges sont divisés quant à utiliser pour évaluer, sans discussion possible, l'existence ou non d'un «consensus européen»*»<sup>172</sup>.

O consenso europeu tem uma relevância dupla. Por um lado, quando haja um consenso generalizado, a margem conferida pelo TEDH aos Estados será naturalmente menor do que quando este não se verifique. Nos casos em que não haja consenso entre os Estados, o TEDH deve recorrer com maior amplitude à margem de apreciação. Em suma, verifica-se uma relação indiretamente proporcional entre o grau de consenso de que a matéria goza no plano europeu e o recurso à margem.

Por outro lado, o consenso europeu é parâmetro de interpretação da CEDH. A verificação deste consenso traduz-se numa forma residualmente democrática de proceder a uma leitura atualista da CEDH, encarando-a como um «instrumento vivo», sem ser necessário proceder a uma morosa e delicada revisão do documento.

Esta posição impõe um travão ao ativismo judicial do TEDH. Contudo, este não é um critério autossuficiente. Não pugnamos pela visão de um TEDH como mera caixa de ressonância de maiorias ocasionais. Ainda que haja um consenso ocasional quanto a determinada solução jurídica, o TEDH poderá remeter para a margem nacional de apreciação. Feita a crítica da prática jurisprudencial errática, passamos a apresentar os critérios que se nos afiguram mais sólidos.

#### 6.4.2 A identidade nacional

As matérias consideradas próprias da identidade nacional de cada Estado Contratante devem ser um dos limites da margem nacional de apreciação. Os Estados devem invocar essa identidade perante o TEDH, que fará uma avaliação da aplicabilidade da mesma, como ocorreu

---

<sup>172</sup> *Ibidem.*

em *Altug Taner Akçam c. Turquia*<sup>173</sup>. O Tribunal deve socorrer-se de critérios objetivos para averiguar se a interpretação dos direitos em apreço reveste esta dignidade.

Para tanto, propomos que o tribunal atenda, cumulativamente, aos seguintes critérios tendenciais: i) à relevância da norma em causa no ordenamento jurídico interno, nomeadamente se é uma norma constitucional, ii) à longevidade da norma, iii) ao número de queixas internas e internacionais que motivou e iv) à coerência da estratégia processual que o Estado Parte assume diante das instâncias internacionais.

Merecem especial tratamento o primeiro e o quarto critérios. No que concerne ao i) critério, o facto de uma norma ter natureza constitucional obriga o TEDH a uma ponderação mais exigente, uma vez que estas normas refletem as traves-mestras dos sistemas jurídicos dos Estados Partes. A fiscalização de uma norma constitucional por uma organização internacional representa uma violência que deve ser evitada ao máximo, ainda que não esteja excluída<sup>174</sup>.

Quanto ao quarto parâmetro, não é admissível que a identidade nacional seja confundida com interesse nacional, sendo a incoerência na argumentação do Estado um indício flagrante de que não estamos perante uma matéria identitária. Por exemplo, é justo desconfiarmos do Estado italiano quando, confrontado com a questão da compatibilidade do regime nacional de prescrição do procedimento criminal com a CEDH e a CDFUE, apresenta argumentações contraditórias, defendendo no Luxemburgo que aquele regime se trata de uma característica fundamental do direito constitucional italiano, mas advogando posição diametralmente oposta em Estrasburgo<sup>175</sup>.

Por fim, é necessário compatibilizar o critério agora avançado com a afirmação atrás proferida de que não aderimos a uma visão relativista ou geográfica dos Direitos Humanos. A identidade nacional é um limite à atuação do TEDH quando da sua aplicação não resulte manifesta violação do núcleo duro de um direito plasmado na CEDH. Se esta violação for manifesta, não deve dar-se qualquer relevância àquele critério.

#### 6.4.3 Os conflitos entre Direitos Fundamentais

Se os critérios supramencionados são já amiúde utilizados pelo TEDH na fundamentação do recurso à margem nacional de apreciação, a verdade é que deixam ainda um

---

<sup>173</sup> *Altug Taner Akçam c. Turquia*, já citado.

<sup>174</sup> A este propósito, ver os casos mencionados no ponto 2.2 da presente tese.

<sup>175</sup> *G.I.E.M. S.r.l. e Outros c. Itália* [GC], n.ºs 1828/06 e outros 2, de 28 de julho de 2018.

largo campo de indefinição na aplicação da margem. Por conseguinte, propomos um critério, fundado na recomendação da Conferência de Copenhaga, que pode complementar os anteriores: quando o Estado tiver procedido a uma ponderação (na terminologia de Estrasburgo, *balancing*) entre direitos concorrentes consagrados na Convenção, o TEDH não deve em princípio sindicá-la essa mesma decisão. Este critério já foi abordado pelo Tribunal, em *Chassagnou e outros c. França*<sup>176</sup>, carecendo ainda de maior teorização.

A postura metodológica do TEDH aproxima-se da teoria de ROBERT ALEXY sobre o princípio da proporcionalidade como um *Optimierungsgebote* em direito constitucional<sup>177</sup>. Note-se que a doutrina é unânime em sublinhar que a posição de ROBERT ALEXY é compatível com a prática do TEDH<sup>178</sup>. Entendemos, como RUI MEDEIROS, que o exercício de ponderação entre direitos fundamentais não se reconduz «a um qualquer imperativo de concordância prática»<sup>179</sup>, que, a par do princípio da otimização dos direitos, «constituem fórmulas vazias ou nulidades líricas».

Os conflitos de direitos podem revestir duas modalidades distintas. Podem ser conflitos entre dois ou mais direitos com sede na CEDH, ou entre direitos com sede na CEDH e outros direitos ou interesses constitucionais (e.g. o equilíbrio financeiro, a proteção do ambiente). O conflito que se estabelece entre Direitos Fundamentais deve ser resolvido nos termos do princípio da proporcionalidade, designadamente pela verificação da tutela do núcleo essencial dos direitos, pela adequação racional da interferência ao fim visado e pela ponderação entre os direitos conflituantes.

Como já vimos, a doutrina *pro homine* não pode ser aplicada satisfatoriamente em relações poligonais de Direitos Fundamentais. Propomos que na tensão entre dois ou mais direitos com sede na convenção, o TEDH apenas deve salvaguardar a tutela do núcleo

---

<sup>176</sup> *Chassagnou e outros c. França*, n.º 25088/94, 28331/95 e 28443/95, de 29 de abril de 1999, § 113: «It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society”. The balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter, and Contracting States must have a broad margin of appreciation in this respect, since the national authorities are in principle better placed than the European Court to assess whether or not there is a “pressing social need” capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention».

<sup>177</sup> Alexy, 2009, pp. 401 e 405, e em direito internacional, Ducoulombier, 2011, pp. 564-67.

<sup>178</sup> Assim, Matthias Klatt e Moritz Meister, 2012, p. 9: «Alexy’s analysis of the proportionality test is as neatly in accordance with the jurisprudence of the ECtHR as possible».

<sup>179</sup> Medeiros, 2015, p. 357.

fundamental dos direitos em confronto<sup>180</sup> e a adequação dos meios empregues<sup>181</sup>, respeitando os juízos locais de ponderação entre direitos. Aqui, as opções são reflexo de um padrão axiológico subjacente aos corpos legislativos e tribunais nacionais, quer quando brotam de opções legislativas, quer quando refletem práticas jurisprudenciais consolidadas. Não podemos tolerar a opção de deixar recair numa instância externa, com menor legitimidade democrática, a competência para tomar opções políticas substituindo-se ao legislador e aos tribunais nacionais. Nos casos de conflitos de direitos convencionais com outros direitos ou interesses constitucionais, o TEDH deve syndicar não só a tutela do núcleo essencial dos direitos, mas pode também controlar a adequação e a ponderação entre aqueles.

Esta é, de resto, uma fundamentação jurídica que o TC<sup>182</sup> apresenta quando confrontado com casos análogos de conflitos de Direitos Fundamentais, ao remeter para as opções políticas do legislador como reflexo da interpretação social que este faz do texto constitucional. Os juízes de Estrasburgo beneficiavam em clareza e legitimidade com a transposição para o contexto europeu dos critérios aplicados pelos juízes do palácio *Ratton*.

Sustentados nesta posição, podemos agora tecer uma crítica mais fina à jurisprudência do TEDH em matéria da aplicação da margem nacional de apreciação, apontando casos em que esta foi mal aplicada ou em que devia ter sido aplicada. Ilustrando o primeiro tipo de casos, o caso *Vo c. França*<sup>183</sup> representa uma errónea remissão para a margem nacional de apreciação sob a capa da inexistência de consenso europeu na matéria. *In casu* não existia um confronto entre dois direitos com sede convencional, quais fossem o direito à vida intrauterina e o direito à proteção da vida privada da mãe, dado que a operação médica acontecera contra a vontade da mãe. Assim, a opção nacional de desproteger penalmente a vida intrauterina só tem sido

---

<sup>180</sup> No seguimento da jurisprudência firmada pelo TC no acórdão n.º 121/2010: «verificar se os fins ou bens jurídicos individuais e comunitários (...), sofrem compressão do seu núcleo essencial de realização».

<sup>181</sup> Como também sugere o TC no acórdão n.º 527/1995: «a criminalização de condutas deve restringir-se aos comportamentos que violem bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, devendo a liberdade de conformação do legislador ser limitada sempre que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva ou o legislador atue de forma voluntarista ou arbitrária, ou ainda as sanções se mostrem desproporcionadas ou desadequadas, isto é, não assegurem “a justa medida dos meios (penas) e dos fins (das penas)”, não se garantindo uma adequada proporção entre as sanções e os factos que elas se destinam a punir».

<sup>182</sup> Também neste sentido aponta o TC no acórdão n.º 288/1998: «Ou seja, a colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, existente no caso dos autos, pode ser resolvida pelo legislador, estando dentro da sua margem de liberdade de conformação a opção por punir - suposto que permanece, neste caso, o modelo das indicações - ou não punir a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas primeiras dez semanas.»

<sup>183</sup> *Vo c. França*, [GC], n.º 53924/00, de 8 de julho de 2004.

admitida pela generalidade dos Tribunais Constitucionais quando aquela é confrontada com outros Direitos Fundamentais, o que não era o caso. O TEDH perdeu uma oportunidade relevante para condenar uma infeliz opção judicial. Neste caso impunha-se uma decisão do TEDH que tutelasse os Direitos Fundamentais sacrificados, ao invés de uma remissão para a margem nacional de apreciação.

Em sentido oposto, o caso *Colaço Mestre e SIC c. Portugal*<sup>184</sup> representa uma situação em que o TEDH deveria ter remetido para a margem nacional de apreciação do Estado português. Em caso estava a condenação de jornalistas pelo crime de difamação, pelo que o TEDH entendeu o Estado português violou o artigo 10.º da CEDH. A divergência com Estrasburgo é já antiga no que concerne ao conflito entre liberdade de expressão e direito à honra ou ao bom nome<sup>185</sup>. Ainda que o acórdão verse sobre a condenação dos requerentes nos tribunais nacionais e não diretamente sobre a legislação penal portuguesa, esta exprime uma inadmissível reponderação do conflito entre dois direitos com sede convencional, substituindo-se à ponderação legítima efetuada pelas instâncias nacionais. A opção por tutelar o direito à honra, consagrado no artigo 10.º, n.º 2 da CEDH, quando confrontado com a liberdade de expressão, resulta de um exercício de *balancing* dos tribunais portugueses mais legítimo do que o do TEDH, dado que as autoridades nacionais estão em melhor posição para apreciar o contexto histórico e social dos ditos direitos. Assim, o Estado português não podia ser acusado de, com esta solução, estar a infringir a CEDH.

Concedemos que não se trata de um critério perfeito uma vez que a identificação do conflito e a verificação da violação do núcleo essencial dos direitos e da adequação da interferência ao fim visado serão sempre feitos pelo TEDH e exigem uma ponderação controvertida e permeável a significantes volatilidades. Todavia, como já vimos, a *Kompetenz-Kompetenz* pertence ao TEDH, pelo que apenas uma evolução jurisprudencial sólida permitirá colmatar uma inicial ambiguidade que a aplicação deste critério possa acarretar.

## **7. A soberania penal dos Estados no constitucionalismo multinível**

Aqui chegados cumpre-nos então refletir quanto à admissível intensidade da intervenção do TEDH, enquanto espartilho da soberania penal dos Estados Partes. Focamo-nos na

---

<sup>184</sup> *Colaço Mestre e SIC c. Portugal*, n.º 11182/03 e 11319/03, 26 de abril de 2007.

<sup>185</sup> Vide, a propósito desta divergência, o elucidativo acórdão do TRL, n.º 2175/11.4TDLSB.L1-9, de 26 de janeiro de 2017.

jurisdição penal, uma vez que este é um domínio que reflete juízos iminentemente axiológicos, pelo que é comumente percebida como um campo por excelência da soberania dos Estados<sup>186</sup>. Está em causa a jurisdição em matéria penal, que consiste em «três poderes essenciais: decidir do carácter criminal de uma conduta, promulgar as conseqüentes normas penais e respetivas regras de aplicabilidade, e verificar as violações das mesmas (...)»<sup>187</sup>. Ademais, um dos fundamentos da jurisdição penal estatal reside no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, que decorre da soberania. A sua transferência para o domínio de entidades estrangeiras, quer na vertente jurisdicional quer legislativa, apresenta-se como o nó górdio da soberania pós-moderna.

A prevalência de uma esfera de soberania na jurisdição penal não é uma regra absoluta. Desde logo esta é limitada pelo respeito pelos Direitos Humanos, que impõe *prohibitiones puniedi* e deveres de incriminação, como já vimos a propósito da jurisprudência do TEDH. A questão que este estudo suscita prende-se, destarte, com a determinação da reserva de soberania de que o legislador e os tribunais nacionais gozam para consagrar uma conduta como crime e puni-la.

O que sobra então para cada uma das esferas de atuação em matéria de soberania penal? Uma vez alicerçada a margem de apreciação em critérios objetivos e já não num juízo casuístico, aquela passa a delimitar negativamente uma esfera de domínio reservado ao Estado, ou seja, uma verdadeira reserva de soberania. Os pressupostos supra elencados contribuiriam do seguinte modo para o estabelecimento das fronteiras da soberania penal: 1) sendo uma matéria consensual, os Estados Partes têm menos margem para decidir em sentido contrário à maioria, pelo que o critério da maioria restringe tendencialmente a soberania penal; 2) sendo uma matéria própria da identidade nacional, o único limite à soberania penal dos Estados é a tutela do núcleo essencial dos direitos convencionais e da relação de adequação entre a interferência e o fim protegido; 3) sendo um caso de conflito entre direitos convencionais e passando o crivo da tutela do núcleo essencial dos direitos e da relação de adequação, o Estado é soberano para ponderar os valores em causa, isto é para proceder ao *balancing* dos direitos convencionais conflituantes; 4) nos casos de falta de tutela do núcleo essencial de um direito convencional e de conflito entre um direito convencional e um outro direito ou interesse

---

<sup>186</sup> Mas, contra, Caeiro, 2010, p. 55, «o facto de ser na figura do Estado que se realiza a forma mais perfeita de jurisdição penal não se explica através da soberania, mas sim da natureza única da sua responsabilidade perante a comunidade sob o seu domínio».

<sup>187</sup> Caeiro, 2010, p. 41.

constitucional, as decisões do legislador e dos tribunais nacionais são sindicáveis pelos juízes de Estrasburgo, já no campo de uma soberania partilhada e de uma tutela multinível dos Direitos Fundamentais ao abrigo do direito de amparo internacional.

Todavia, a delimitação proposta deve ser compaginada com a discussão supramencionada quanto à hierarquia da CEDH no ordenamento jurídico nacional. Sem querer tomar partido na peleja, esta seria evitável caso o legislador constitucional português reconhecesse as limitações impostas pela CEDH à soberania nacional, mormente em matéria penal, no próprio texto constitucional.

É certo que a cláusula de proteção dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, oferece uma potencialidade interpretativa que está ainda por explorar na área dos Direitos Humanos, pelo que defendemos uma atuação *ultra vires* do artigo 8.º, número 4 da CRP, potenciando o seu âmbito de aplicação a todo o direito europeu dos Direitos Humanos, quer o sediado no Luxemburgo, quer o emanado de Estrasburgo. Assim o exige a crescente integração que a ordem jurídica do CE tem demonstrado.

A proposta dogmática apresentada neste tesa de defesa da reserva de soberania penal do Estado tem tanto mais cabimento no direito constitucional português, quanto se tenha em conta o dever de o legislador e os tribunais nacionais respeitarem os princípios fundamentais do Estado de direito democrático consagrados no artigo 8.º, número 4, da CRP como limite à aplicabilidade na ordem interna de normas de direito europeu, quer esse direito provenha da UE, quer, como defendemos nesta tese, provenha do CE.

## **8. Conclusões: por um modelo de vasos comunicantes entre iguais**

- I. O primado dos Estados na tutela dos Direitos Fundamentais não é somente um imperativo imposto pelo princípio da subsidiariedade, mas uma condição *sine qua non* para a sobrevivência, eficácia e sustentabilidade do TEDH enquanto instituição ao serviço da tutela dos Direitos Humanos. Ser o último reduto do sistema implica um respeito claro pela margem nacional de apreciação dos Estados.
- II. A constitucionalização do TEDH é uma realidade em marcha, testemunhada no controlo da compatibilidade de normas constitucionais de diversos Estados Partes com a CEDH

e os protocolos adicionais, suscitando inicialmente a concordância dos Estados visados (Malta e Irlanda), mas gerando mais recentemente uma reação contundente dos Estados visados (Bósnia-Herzegovina, Rússia e Hungria).

- III. O ativismo judiciário do TEDH limitou drasticamente a soberania dos Estados na definição e execução da sua política criminal, abrangendo não apenas decisões judiciais, mas também a legislação penal, incluindo a legislação sobre amnistias e perdões, campo tradicional de discricionariedade dos Estados soberanos.
- IV. A técnica hermenêutica de concretização deste ativismo é a interpretação atualista da CEDH que os juízes de Estrasburgo utilizam para a converter num «instrumento vivo», por meio do qual constroem os parâmetros axiológicos de uma «ordem pública europeia».
- V. No cerne do debate em torno do ativismo judiciário e da interpretação atualista está a legitimidade dos juízes de Estrasburgo para se substituírem às autoridades nacionais, mormente os parlamentos democraticamente eleitos. Em íntima relação com esta querela sobre a legitimidade política do TEDH está o debate em torno da legitimidade da construção de uma ordem jurídica supranacional europeia que abandona o princípio da unanimidade em favor do conceito de consenso europeu.
- VI. Este ativismo judiciário do TEDH gerou conflitos graves com os mais importantes Tribunais Supremos e Constitucionais europeus em matéria penal, levando os Estados a recusar executar os acórdãos do TEDH politicamente inconvenientes (*pick and choose policy*). Exemplo disto são as reações adversas da *Corte Costituzionale*, do *Bundesverfassungsgericht* e do TFCR.
- VII. A solução deste conflito passa pela construção de uma margem nacional de apreciação, delimitada positiva e negativamente, à luz dos trabalhos das declarações finais das cinco conferências diplomáticas para a reforma do TEDH, ao invés de se fundar num critério meramente casuístico. Os pressupostos fundamentais da construção de uma margem nacional de apreciação são, por um lado, a igualdade dos Estados Partes perante a CEDH, não se podendo privilegiar alguns Estados em relação a outros com base em critérios de natureza política ou outra, e, por outro lado, a compatibilidade da margem

com o universalismo dos Direitos Humanos, sendo inaceitável uma geometria variável dos Direitos Humanos.

- VIII. A delimitação negativa da margem resulta de ela incidir apenas sobre o modo de implementação das obrigações positivas e negativas resultantes da CEDH, mas não sobre a execução dos acórdãos do TEDH, sob pena de se colocar em causa a força vinculativa dos acórdãos do TEDH (artigo 46.º da CEDH).
- IX. A delimitação positiva da margem resulta de ela dever ser conformada materialmente com base no consenso europeu e na identidade nacional dos Estados Partes. No caso de Portugal, essa identidade nacional estaria alicerçada nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático do artigo 8.º, número 4 da CRP. Estes princípios devem ser definidos à luz de uma interpretação cosmopolita, atualista, amiga do direito internacional da CRP e não de uma interpretação isolacionista, historicista, ideologicamente condicionada da CRP.
- X. Na tensão entre dois ou mais direitos com sede na Convenção, o TEDH apenas deve salvaguardar a tutela do núcleo fundamental dos direitos em confronto e a adequação dos meios empregues, respeitando os juízos locais de ponderação entre direitos.
- XI. Os pressupostos supra elencados contribuem do seguinte modo para o estabelecimento das fronteiras da soberania penal: 1) sendo uma matéria consensual, os Estados Partes têm menos margem para decidir em sentido contrário à maioria, pelo que o critério da maioria restringe tendencialmente a soberania penal; 2) sendo uma matéria própria da identidade nacional, o único limite à soberania penal dos Estados é a tutela do núcleo essencial dos direitos convencionais e da relação de adequação entre a interferência e o fim protegido; 3) sendo um caso de conflito entre direitos convencionais e passando o crivo da tutela do núcleo essencial dos direitos e da relação de adequação, o Estado é soberano para ponderar os valores em causa, isto é para proceder ao *balancing* dos direitos convencionais conflitantes; 4) nos casos de falta de tutela do núcleo essencial de um direito convencional e de conflito entre um direito convencional e um outro direito ou interesse constitucional, as decisões do legislador e dos tribunais nacionais são sindicáveis pelos juízes de Estrasburgo, já no campo de uma soberania partilhada e

de uma tutela multinível dos Direitos Fundamentais ao abrigo do direito de amparo internacional.

- XII. Um modelo de vasos comunicantes entre os Tribunais Supremos e Constitucionais e o Tribunal de Estrasburgo nos termos expostos, prestaria melhor serviço à tutela dos Direitos Fundamentais na Europa do que um modelo unidirecional e vertical de subjugação daqueles a este. Assim se cumpriria o desiderato de uma verdadeira «subsidiariedade cooperativa»<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> Peters, 2012, pp. 771 e 772.

## **Bibliografia citada**

### **ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE**

2019a: *Em defesa dos Direitos Fundamentais*, UCE.

2019b: *Em defesa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, in *O Presente e o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, Direção-Geral da Política de Justiça, pp. 6 e 34.

2020: *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, (Org.), UCE.

2022: *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, UCE, 5.<sup>a</sup> edição.

### **ALBUQUERQUE, PAULO PINTO E WOJTYCZEK**

2019: *Judicial Power in a Globalized World*, Liber Amicorum Vincent De Gaetano, Springer.

### **ALEXY, ROBERT**

2009: *A Theory of Constitutional Rights*, OUP.

### **AMARAL, DIOGO FREITAS DE**

2012: *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina.

### **BARRETO, IRENEU CABRAL**

2008: *As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as Instâncias nacionais*, in [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos\\_irineubarreto.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos_irineubarreto.pdf).

2015: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina.

2022: *A liberdade de expressão. O difícil diálogo entre o juiz nacional e Estrasburgo*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Manuel da Costa Andrade - Volume I*, pp. 365 a 394.

### **BATES, ED**

2010: *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, OUP.

**BENTO XVI**

2011: *Discurso do Papa Bento XVI, Palácio Reichstag de Berlim, 22 de Setembro de 2011*, in [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html)

**BERNHARDT, RUDOLF**

1988: *Thoughts on Interpretation of Human Rights Treaties*, in Matscher and Petzold (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in Honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag.

**BJÖRGVINSSON, DAVID THÓR**

2016: *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, pp. 26 a 45.

**BOBBIO, NORBERTO**

1992: *A era dos Direitos Humanos*, Editora Campus.

**BOBEK, MICHAEL**

2015: *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, OUP.

**BODIN, JEAN,**

1993 : *Les Six Livres de la République*, Du Puis, Paris, 1576. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, in [http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin\\_jean/six\\_livres\\_republique/bodin\\_six\\_livres\\_republique.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf)

**BOGDANDY, ARMIN VON, e CHRISTOPH KRENN**

2015: *On the Democratic Legitimacy of Europe's Judges A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures*, in *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, OUP, pp. 162-180.

**BRAUCH, JEFFREY A.**

2004: *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, n.º 1, pp. 113 a 150.

**BOSSUYT, MARC**

2015: *Judicial Activism in Strasbourg*, in Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective*, pp. 31 a 56.

**BOTELHO, CATARINA SANTOS**

2010: *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais - Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina.

2011: *Quo Vadis “doutrina da margem nacional de apreciação”?* – *O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional*, in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, I, UCE, pp. 341 e 376.

2013: *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 proteção dos Direitos Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume III, Almedina, pp. 395 a 424.

**BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE**

2020 : *Les 3 Cours Régionales des droits de l’Homme in Context*, Editions A. Pedone.

**BURKE, EDMUND**

1790: *Impeachment of Warren Hastings, 16 de fevereiro de 1788*, in *Reflexões sobre a Revolução em França*, Tradução e Introdução de Ivone Moreira, Fundação Calouste Gulbenkian, edição de 2015.

**CAEIRO, PEDRO**

2010: *Fundamento, conteúdo e limites da Jurisdição penal do Estado – o caso português*, Coimbra Editora.

**CANOTILHO, JOAQUIM GOMES, E VITAL MOREIRA**

2007: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.º edição, Coimbra Editora.

**COHEN, JEAN L.**

2012: *Globalization and Sovereignty – Rethinking legality, legitimacy and Constitutionalism*, CUP.

**COMISSÃO DE VENEZA**

2002: *Opinião sobre a implementação de acórdãos do TEDH, adotado na 53.ª sessão plenária*.

**CONSELHO DA EUROPA**

2009: *Memorando para os Estados com vista à preparação da Conferência de Interlaken, emitido em 3 de julho de 2009*.

2010: *High Level Conference of the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration*, de 19 de fevereiro de 2010, in

[https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf).

2011: *High Level Conference of the Future of the European Court of Human Rights, Izmir Declaration*, de 27 de abril de 2011, in

[https://www.echr.coe.int/documents/2011\\_izmir\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2011_izmir_finaldeclaration_eng.pdf)

2012: *High Level Conference of the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration*, 20 de abril de 2012, in

[https://www.echr.coe.int/documents/2012\\_brighton\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf)

2015: *High-level Conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility, Brussels Declarationm* 27 de março de 2015, in

[https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf)

2018: *Copenhagen Declaration*, 13 de abril de 2018, in

[https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf)

**CRORIE, BENEDITA MAC**

2020: *Margem de apreciação dos Estados*, in AAVV Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Volume III, UCE, pp. 2721 a 2740.

**DAHLBERG, MAIJA**

2023: *More Human Rights at the Cost of the State Sovereignty? Clarifying the Scope of Applicability of Article 8 ECHR to Social Welfare Benefits in Beeler v. Switzerland*, in Strasbourg Observers, de 21 de fevereiro de 2023 in

<https://strasbourgobservers.com/2023/02/21/more-human-rights-at-the-cost-of-the-state-sovereignty-clarifying-the-scope-of-applicability-of-article-8-echr-to-social-welfare-benefits-in-beeler-v-switzerland/>

**DUCOULOMBIER, PEGGY**

2011: *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Éditions Pédone.

**FAVOREU, LOUIS**

2004: *Corti costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, pp. 3 a 24.

**FEINGOLD, CORA S.**

1977: *Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights*, in *Notre Dame Law Review*, Volume 53, Issue 1, article 6, pp. 90 a 106.

**FLAUSS, JEAN-FRANÇOIS**

1995: *La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à la formation d'un droit constitutionnel européen*, in *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, pp. 373 e 383.

**FURA, ELISABET, e RAIT MARUSTE**

2015: *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 Derecho Humanos: Una vision desde dentro – En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch.

**GREER, STEVEN e LUZIUS WILDHABER,**

2012: *Revisiting the Debate about 'constitutionalizing' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, Volume 12, n.º 4, Dezembro, OUP, pp. 655 a 687.

**GRIMM, DIETER**

2000: *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing.

**HABERMAS, JÜRGEN**

2009: *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfaßten Weltgesellschaft* in *Philosophische Texte* Band 4. Politische Theorie, Suhrkamp.

**HENDERSON, HUMBERTO**

2004: *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importância del principio pro homine*, in *Revista IIDH*, v. 39, San José, IIDH, pp. 71 a 99.

**HOFFMANN, LORD**

2009: *The Universality of Human Rights*, in *Law Quarterly Review*, p. 428 e ss.

**HOMEM, FILIPA ARAGÃO**

2019: *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Sistema de Proteção de Direitos Fundamentais Nacional. Estudo sobre a aplicação do princípio subsidiariedade no caso português*, Almedina.

**KELSEN, HANS**

1989: *Il problema della sovranità* (tradução *Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts – Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920), Giuffrè.

**KLATT, MATTHIAS e MORITZ MEISTER**

2012: *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP.

**MACCRUDDEN, CHRISTOPHER**

2000: *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Right*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 20, pp. 499-532.

**MACHETE, PEDRO**

2012: *Constitucionalismo liberal e globalização – a legitimação democrática do poder público na «constelação pós-nacional»*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Coimbra Editora, pp. 333 a 351.

**MADSEN, MIKAEL RASK**

2015: *The Legitimization Strategies of International Judges The Case of the European Court of Human Rights*, in *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, OUP, pp. 259-278.

**MARTINS, ANA GUERRA, e MIGUEL PRATA ROQUE**

2014: *Relatório apresentado na 16.ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais, A posição do Tribunal Constitucional Português*, in [https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri201410/ctri20141018\\_r elatorio\\_pt.pdf](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri201410/ctri20141018_r elatorio_pt.pdf).

**MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA**

2010: *Tratados internacionais de Direitos Humanos e direito interno*, Editora Saraiva.

**MEDEIROS, RUI**

2001: *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, Comunicação no Colóquio sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, realizado na Universidade Católica Portuguesa em 4 de maio de 2001.

2002: *O Estado de Direitos Fundamentais portugueses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, II, Coimbra editora, pp. 23 a 43.

2015: *A Constituição Portuguesa num contexto global*, UCE.

2020: *Futuro da fiscalização concreta em Portugal: uma proposta de evolução na continuidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*, UCE, 2020, pp. 359 a 390.

**MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE**

2016: *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.

2019: *Relações entre a Convenção e a Constituição*, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (ed. Paulo Pinto de Albuquerque), Volume I, UCE, pp. 65 a 94.

## **MIRANDA, JORGE**

2008: *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora.

2009: *Curso de Direito Internacional Público I*, 4.<sup>a</sup> edição, Principia.

2010a: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III, 6.<sup>o</sup> edição, Coimbra Editora.

2010b: *Democracia e Constituição para lá do Estado*, in *RFDL*, volume 51, n.ºs 1/2, pp. 33 a 46.

2017: *Anotação ao artigo 8.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição, UCE.

## **MIRANDA, JORGE, E RUI MEDEIROS**

2017: *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição, UCE.

## **MONTEQUIEU**

1875: *L'esprit Des Lois*, Oeuvres Complètes Édition Édouard Laboulaye Garnier Frères, in <https://philo-labo.fr/fichiers/Montesquieu%20-%202004%20L'esprit%20des%20lois.pdf>

## **NEUBERGER, DAVID**

2014: *The British and Europe*, Cambridge Freshfields Annual Law Lecture 2014, 12 de fevereiro de 2014, in <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140212.pdf>.

## **PETERS, BIRGIT**

2012: *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.

## **QUADROS, FAUSTO DE**

1998: *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, (reimpressão em 2017).

## **RAMOS, RUI MOURA**

1996: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico português*, in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito. Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais*, Coimbra Editora, pp. 5 e 116.

2007: *O Tribunal Constitucional Português e as normas de outros ordenamentos jurídicos in AAVV, Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, pp. 781 a 826.*

**RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA**

2019: *Encontros e desencontros entre a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a jurisprudência nacional, in RLJ, 148.º, n.º 4041, pp. 146 a 178.*

**ROCHA, ARMANDO**

2010: *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu: O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, UCE.*

**ROZAKIS, CHRISTOS**

2005: *The European Judge as a Comparativist, in Tulane Law Review, Vol. 80, Issue 1, p. 257 a 278.*

2011: *Through the Looking Glass: An «Insider»'s view of the Margin of Appreciation, in La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, pp. 527 a 537.*

**RYSSDAL, ROLV**

1993: *Vers une Cour Constitutionnelle européenne, in Collected Courses of the Academy of European Law, Volume II – The Protection of Human Rights in Europe. Springer, Heidelberg, pp. 3 a 20.*

**SLAUGHTER, ANNE-MARIE**

1994: *A Typology of Transjudicial Communication, University of Richmond Law Review, Volume 29, pp. 99-137.*

**SOUSA, JOÃO RAMOS DE**

2004: *Escutas telefónicas em Estrasburgo: O ativismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, in SubJudice: justiça e Sociedade, n.º 28, Abril/ Setembro, DocJuris – Centro de Documentação e informação Jurídica, C.R.L, pp. 47 a 55.*

**SPANO, ROBERT**

2014: *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 14, pp. 487–502.

2018: *The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *Human Rights Law Review*, 18, pp. 473–494.

**TULKENS, FRANÇOISE**

2006 : *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature*, in *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, n°1, pp. 3 a 23.

**WILDHABER, LUZIUS**

2002: *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 23, N.P. Engel, pp. 161 a 165.

## Jurisprudência citada

### Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

1. *A e B c. Noruega*, [GC], n.º 24130/11 e 29758/11, de 15 de novembro de 2016.
2. *A. e outros c. Reino Unido* [GC], n.º 3455/05, de 19 de fevereiro de 2009.
3. *A.D.T. c. Reino Unido*, n.º 35765/97, de 31 de julho de 2000.
4. *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, n.º 9214/80; 9473/81; 9474/81, de 28 de maio de 1985.
5. *Abdülsamet Yaman c. Turquia*, n.º 32446/96, de 2 de novembro de 2004.
6. *Akgöl e Göl c. Turquia*, n.º 28495/06 e 28516/06, de 17 de maio de 2011.
7. *Albuquerque Fernandes c. Portugal*, n.º 50160/13, 12 de janeiro de 2021.
8. *Altug Taner Akçam c. Turquia*, n.º 27520/07, de 25 de outubro de 2011.
9. *Anchugov e Gladkov c. Rússia (1.ª Secção)*, n.º 11157/04 e 15162/05, de 4 de julho de 2013.
10. *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], n.º 48876/08, de 22 de abril de 2013.
11. *Baka c. Hungria*, n.º 20261/12, de 23 de junho de 2016.
12. *Beeler c. Suíça* [GC], n.º 78630/12, de 11 de outubro de 2022.
13. *Budayeva e outros c. Rússia*, n.º 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, de 20 de março de 2008.
14. *C.N. c. Reino Unido*, n.º 4239/08, de 13 de novembro de 2012.
15. *Calvelli e Ciglio c. Itália* (GC), n.º 32967/96, de 17 de janeiro de 2002.
16. *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], n.º 42184/05, de 16 de março de 2010.
17. *Caso relativo a certos aspetos das Leis sobre o uso das línguas na educação na Bélgica (Mérito)*, n.º no 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64, de 23 de julho de 1968.
18. *Cataldo e outros c. Itália* n.º 54425/08, 58361/08, 58464/08, 60505/08, 60524/08 e 61827/08, de 24 de junho de 2014.
19. *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. França* [GC], n.º 27417/95, de 27 de junho de 2000.
20. *Chassagnou e outros c. França*, n.º 25088/94, 28331/95 e 28443/95, de 29 de abril de 1999.
21. *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n.º 28957/95, de 11 de julho de 2002.
22. *Colaço Mestre e SIC c. Portugal*, n.º 11182/03 e 11319/03, de 26 de abril de 2007.

23. *Connors c. Reino Unido*, n.º 66746/01, de 27 de maio de 2004.
24. *Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portugal* (déc.), n.º 57725/12 e 62235/12, de 8 de outubro de 2013.
25. *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal* (dec.), n.º 13341/14, 1 de setembro de 2015.
26. *Demicoli c. Malta*, n.º 13057/87, de 27 de agosto de 1991.
27. *Dikme c. Turquia*, n.º 20869/92, de 11 de julho de 2000.
28. *Dos Santos Calado e outros c. Portugal*, n.º 55997/14 e 68143/16 e 78841/16, de 31 de março de 2020.
29. *Dudgeon c. Reino Unido*, n.º 7525/76, de 22 de outubro de 1981.
30. *Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05, de 10 de abril de 2007.
31. *Fadime e Turan Karabulut c. Turquia*, n.º 23872/04, de 27 de maio de 2010.
32. *G.I.E.M. S.r.l. e Outros c. Itália [GC]*, n.ºs 1828/06 e outros 2, de 28 de julho de 2018.
33. *Gillberg c. Suécia (GC)*, n.º 41723/06, de 3 de abril de 2012.
34. *Gillow c. Reino Unido*, n.º 9063/80, de 24 de novembro de 1986.
35. *Görgülü c. Alemanha*, n.º 74969/01, de 26 de fevereiro de 2004.
36. *Gramaxo Rozeira c. Portugal*, n.º 21976/09, 21 de janeiro de 2014.
37. *H c. Noruega*, n.º 17004/90, de 19 de maio de 1992.
38. *Handyside c. Reino Unido*, n.º 5493/72, de 7 de dezembro de 1976.
39. *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) e outros c. Bulgária*, 412/03, de 22 de janeiro de 2009.
40. *Hutchinson c. Reino Unido (GC)*, n.º 57592/08, de 17 de janeiro de 2017.
41. *Ilseher c. Alemanha [GC]*, n.º 10211/12 e 27505/14, de 4 de dezembro de 2018.
42. *Irlanda c. Reino Unido*, n.º 5310/71, de 18 de janeiro de 1978.
43. *K. U. c. Finlândia*, n.º 2872/02, de 2 de dezembro de 2008.
44. *Konstantin Markin c. Rússia [GC]*, n.º 30078/06, de 22 de março de 2012.
45. *Leyla Sahin c. Turquia*, n.º 44774/98, de 10 de novembro de 2005
46. *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, n.º 4687/11, 17 de maio de 2016.
47. *López Ostra c. Espanha*, n.º 16798/90, de 9 de dezembro de 1994.
48. *M. c. Alemanha*, n.º 19359/04, de 17 de dezembro de 2009.
49. *M. C. c. Bulgária*, n.º 39272/98, de 4 de dezembro de 2003.
50. *Maggio e Outros c. Itália*, n.ºs 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, de 31 de maio de 2011.
51. *Marguš c. Croácia [GC]*, n.º 4455/10, de 27 de maio de 2014.
52. *Maiorano e Outros c. Itália*, n.º 28634/06, de 15 de dezembro de 2009.

53. *Makuchyan e Minasyan c. Azerbeijão e Hungria*, n.º 17247/13, de 26 de maio de 2020.
54. *Mallah c. França*, n.º 29681/08, de 10 de novembro de 2011.
55. *Marckx c. Bélgica*, n.º 6833/74, de 13 de junho de 1979.
56. *Mariya Alekhina e outros c. Rússia*, n.º 38004/12, de 17 de julho de 2018.
57. *Mosley c. Reino Unido*, n.º 48009/08, de 10 de maio de 2011.
58. *Murat Vural c. Turquia*, n.º 9540/07, de 21 de outubro de 2014.
59. *Nikolova e Velichkova c. Bulgária*, n.º 7888/03, de 20 de dezembro de 2007.
60. *Okkali c. Turquia*, n.º 52067/99, de 17 de outubro de 2006.
61. *Öneryıldız c. Turquia*, n.º 48939/99, de 30 de novembro de 2004.
62. *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, n.º 14234/88 e 14235/88, de 29 de outubro de 1992.
63. *Pereira da Silva c. Portugal*, n.º 7705011, (4.ª Secção), de 22 de março de 2016.
64. *Pretty c. Reino Unido*, n.º 2346/02, de 29 de abril de 2002.
65. *Rantsev c. Chipre e Rússia*, n.º 25965/04, de 7 de janeiro de 2010.
66. *S e Marper c. Reino Unido*, n.º 30562/04 e 30566/04, de 4 de dezembro de 2008.
67. *S.L. c. Áustria*, n.º 45330/99, de 9 de janeiro de 2003.
68. *Sabanovic c. Montenegro e Sérvia*, de 31 de maio de 2011.
69. *Sandra Jankovic c. Croácia*, n.º 38478/05, de 5 de março de 2009.
70. *Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina [GC]*, n.º 27996/06 e 34836/06, de 22 de dezembro de 2009.
71. *Siliadin c. França*, n.º 73316/01, de 26 de julho de 2005.
72. *Soares de Melo c. Portugal*, n.º 72850/14, de 16 de fevereiro de 2016.
73. *Soderman c. Suécia (GC)*, n.º 5786/08, de 12 de novembro de 2013.
74. *Stefanetti e outros c. Itália*, n.º 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10, de 15 de abril de 2014.
75. *Stoll c. Suíça (GC)*, n.º 69698/01, de 10 de dezembro de 2007.
76. *Stübing c. Alemanha*, n.º 43547/08, de 12 de abril de 2012.
77. *Sükran Aydin e outros c. Turquia*, n.º 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 e 14871/09, de 22 de janeiro de 2013.
78. *Traina c. Portugal (dec.)*, n.º 59431/11, 21 de março de 2017.
79. *Tyrer c. Reino Unido*, n.º 5856/72, de 25 de abril de 1978.
80. *Vajnai c. Hungria*, n.º 33629/06, de 8 de julho de 2008.
81. *Varvara c. Itália*, n.º 17475/09, de 29 de outubro de 2013.

82. *Velikovi e outros c. Bulgária*, n.º 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, e194/02, de 15 de março de 2007.
83. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça* (n.º 2) [GC], n.º 32772/02, de 30 de junho de 2009.
84. *Vermeire c. Bélgica*, n.º 12849/87, de 29 de novembro de 1991.
85. *Vo c. França* [GC], n.º 53924/00, de 8 de julho de 2004.
86. *W. c. Eslovénia*, n.º 24125/06, de 23 de janeiro de 2014.
87. *Wizerkaniuk c. Polónia*, n.º 18990/05, de 5 de julho de 2011.
88. *X e Y c. Países Baixos*, n.º 8978/80, de 26 de março de 1985.
89. *Yukos c. Rússia (1.ª Secção)*, n.º 14902/04, de 31 de julho de 2014.
90. *Zubac c. Croácia*, n.º 40160/12, §§ 85 a 99, 5 de abril de 2018.

### **Comissão Europeia de Direitos Humanos**

*Grécia c. Reino Unido*, n.º 176/56, de 26 de setembro de 1958.

### **Tribunal Constitucional Português**

n.º 353/2012

n.º 121/2010

n.º 70/2008

n.º 352/1998

n.º 288/1998

n.º 533/1999

n.º 527/1995

n.º 14/1984

### **Tribunal Constitucional Italiano**

n.º 49/2015

n.º 166/2017

n.º 264/2012

n.º 121/2010

n.º 317/2009

n.º 311/2009

n.º 349/2007

n.º 348/2007

n.º 178/2008

### **Tribunal Constitucional Federal Alemão**

BVerfGE, 2.ª Secção, de 14 de outubro de 2004, n.º 1481/04, 2 BvR 1481/04

BVerfGE 128, 326

BVerfGE 120, 180

### **Tribunal Constitucional Federal Russo**

N.º.1-P de 19 de janeiro de 2017.

N.º.12-P de 19 de abril de 2016.

14 de julho de 2015

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

9.ª Secção Criminal, 26.01.2017, processo n.º 2175/11.4TDLSB.L1-9, Relator: Desembargador Vítor Morgado