

**DISCUSSÃO DO ESTUDO APRESENTADO PELO  
DOUTOR JOSÉ DE CAMPOS AMORIM NAS PROVAS PARA  
PROFESSOR-ADJUNTO DO INSTITUTO DE CONTABILIDADE  
E ADMINISTRAÇÃO DO PORTO NA ÁREA DE DIREITO  
(DIREITO INTERNACIONAL / DIREITO COMUNITÁRIO)\***

*Senhor Presidente,  
Distintos Membros do Júri,  
Senhor Candidato, Doutor José de Campos Amorim,  
Minhas Senhoras e meus Senhores,*

Seja-me permitido, antes de iniciar a minha arguição, recordar a saudosa memória do Professor a quem incumbiu durante anos o lugar para o qual se realiza o presente concurso. Ausência tanto mais sentida quanto ninguém esquecerá a extrema afabilidade sempre demonstrada pelo Senhor Dr. Dias Teixeira para com todos que com ele tiveram o privilégio de privar; nem a elevada contenção com que enfrentou a dolorosa doença que dele se foi cruelmente apoderando. Possam estas provas servir para lhe prestar um merecido tributo.

I. Na repartição de tarefas entre os membros do Júri, coube-me a discussão do estudo proposto pelo Doutor José de Campos Amorim. O qual se intitula «A Protecção Europeia dos Direitos do Homem». No entanto, mesmo quem só compulse as 98 páginas pelas quais se estende o trabalho – incluindo a «Bibliografia» e um índice, designado sumário pelo autor – logo se apercebe restringir-se o tema tratado à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (que doravante designo apenas por Convenção Europeia

---

\* O que se publica é o texto preparado para a discussão. Não houve, porém, tempo para, no acto público que teve lugar no dia 10 de Dezembro de 2003, o ler integralmente.

dos Direitos do Homem – CEDH – ou, tão-só, por Convenção), mais propriamente, ao conteúdo da sua regulamentação material ou dos direitos nela (e nos respectivos Protocolos) consagrados.

Com efeito, as considerações preliminares, contidas na Introdução e no Capítulo I, «A afirmação dos Direitos do Homem», não pretendem constituir – faço-o desde já notar – uma verdadeira análise de outras vertentes ou instrumentos de protecção dos Direitos do Homem no espaço europeu.

Compreende-se, aliás, a restrição operada: só em si, o tema realmente abordado assume uma amplitude e complexidade inabarcável num estudo desta dimensão ou natureza. Não se vê é por que razão o título não traduz de modo mais fiel o conteúdo intencionado (mesmo sabendo-se o lugar proeminente que ocupa a Convenção em causa no sistema geral de protecção dos Direitos do Homem).

Antes de prosseguir, devo prevenir que a matéria tratada está muito longe de constituir objecto da minha especialidade ou do meu labor de investigação. Pelo que a sua discussão representa para mim um não pequeno desafio.

Demais, não quero omitir que considero injustificada a exigência, válida para todos os candidatos, de apresentar um estudo nas provas públicas para Professor Adjunto. Dela deveria ser dispensado quem estivesse habilitado – e é o caso – com doutoramento na área para a qual seja aberto o concurso, como, de resto, se encontra regulado acerca das provas para Professor Coordenador.

Manda, porém, sem qualquer ressalva, o art. 25.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 185/81 – Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Politécnico – que seja discutido um «[...] estudo, proposto pelo candidato, que constitua uma actualização de conhecimentos técnicos ou uma análise crítica original sobre tema compreendido na área de ensino para que foi aberto o concurso». E, no âmbito do Instituto Politécnico do Porto, por Resolução do Conselho Geral (Res. CG – 1/97), está regulamentado que esse estudo tem de demonstrar um tratamento das matérias semelhante ao de uma tese de mestrado, comprovando um nível aprofundado de conhecimentos na área científica e capacidade para a prática de investigação (cfr. al. a) do art. 2.º). A profundidade de tratamento da matéria há-de, em termos

gerais, permitir ao Júri avaliar a capacidade do candidato para o desempenho das tarefas que correspondem ao conteúdo funcional da categoria de Professor-Adjunto (cfr. al. b) do art. 2.º). Impõe-se, igualmente, que o estudo esteja organizado segundo as «Normas para apresentação de Monografia» do IPP e que tenha entre 120 e 150 páginas (cfr. al. c) do art. 2.º).

Descontados estes dois últimos aspectos – que me atrevo a considerar meramente indicativos e nos quais, portanto, não vou insistir –, no meu entender, sem querer todavia antecipar um juízo definitivo, o estudo em discussão perfaz tais requisitos. Contudo, isso não o isenta de pesados reparos. Estou seguro que o Doutor José Campos de Amorim, a quem desde já desejo o maior êxito nas suas provas, bem entenderá o espírito dentro do qual lhe faço as críticas subsequentes.

**II.** Começo por alguns aspectos que se podem dizer de forma. Não porque tenha qualquer prazer em destacar afeamentos formais ou ache que tais falhas devam, em termos gerais, merecer especial atenção. Move-me antes, no caso concreto, a circunstância de aquelas serem em tal número e tão gravosas que correm o risco de erodir a valia substancial do trabalho.

Na realidade, o texto está (sobre)carregado – a par de «desleixos estilísticos», e não me refiro aos numerosos galicismos utilizados – de lapsos ortográficos e sintácticos capazes de distraírem ou enervarem o leitor mais indulgente. Os quais, várias vezes, resultam mesmo em prejuízo do entendimento das ideias que o autor quis expor.

Comecei por anotá-los, acabei por desistir à quinta página. Só a título exemplificativo, nas primeiras páginas, escreve-se: «[o]s positivistas recusem-se em fundamentar»; «inherentes»; «permetiu»; «[o] objectivo da Europa é afirmar a existência de um conceito pluralista baseado em princípios directores e respeituosos da liberdade de cada Estado»; «christianismo»; «[o] facto do sistema europeu ter procedido [...] mostra uma real eficacidade»; «[o]s direitos do Homem vêm consagrados em diversos instrumentos»; «concurrência»; «salutária»; «caracterisa-se»; «[a] adagem».

E tal panorama não se altera ao longo de todo o trabalho. O mínimo que se pode pensar é que houve negligência na revisão do texto.

Fruto de tal «despreocupação» será igualmente a não uniformização do modo de referência às «divisões» dos artigos da CEDH (e dos seus Protocolos). Sem qualquer norma, ora se fala nos vários números dos artigos (de resto, estes nunca são identificados com números ordinais, o que é costume entre nós); seja, em parágrafos; ou, ainda, em alíneas. Tome-se como caso extremo a página 32, onde se encontram todos estes «promíscuos» modos de referência. Eu aceito que possa existir aqui alguma indecisão, pelos diferentes «usos» existentes, mas haveria que adoptar uma regra, porventura a da tradução oficial da Convenção (e dos respectivos Protocolos).

A propósito da tradução oficial, não deixa de ser motivo de perplexidade a circunstância de o candidato não lhe fazer menção (conquanto as citações em português do texto da Convenção pareçam segui-la). Se mais não fosse, para a criticar: reconhecidamente, ela apresenta algumas imperfeições.

Surprende também que nunca se tenha cotejado os dois textos autênticos, redigidos em inglês e francês, como se sabe. Os problemas ou subsídios interpretativos que daí decorrem, de acordo aliás com as regras contidas no art. 33.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CV), permaneceram absolutamente silenciados.

Outra disparidade ou ausência de critério, comparável à atrás anotada mas porventura de menor importância, diz respeito às citações de autores contidas no texto, que surgem quer traduzidas quer na língua original.

Por outro lado, não se encontra uma lista das abreviaturas utilizadas ou sequer o esclarecimento do significado das menos frequentes neste contexto (assim, «IVG», na página 16, a qual quererá dizer «interrupção voluntária da gravidez»).

III. Num outro plano, ocorre observar que se depara, aqui e ali no texto, com afirmações estranhas (enigmáticas). Encontram-se também certas frases «apodícticas» e outras quase expressão de *nonsense*. Dá-se conta de «saltos lógicos» ou «soluções de continuidade» no encadeamento das ideias, se é que em alguns trechos existe um verdadeiro fio condutor. Tudo isto só em parte pode ser atribuído a deficiências de estilo.

Tomemos uns quantos exemplos expressivos:

Escreve-se na página 8, «[o] carácter objectivo da CEDH justifica-se pelo facto dos (*sic*) Estados concederem-se reciprocamente direitos e obrigações para a perseguição dos seus interesses».

Ora, só extrapolando do texto, adivinharemos ser a ideia subjacente a de que, para além de um feixe de vinculações sinalagnáticas, a Convenção cria obrigações objectivas, que beneficiam, nos termos expressos no Preâmbulo, de uma «garantia colectiva». Ideia de que se extraem, reconhecidamente, vários e importantes corolários: o princípio da não reciprocidade, a aplicabilidade directa (ou o carácter *self-executing*) da Convenção. E poderemos, de seguida, constatar que tal garantia se exerce, simultaneamente, através do «direito de acção» dos Estados-membros e do «direito de acção» do próprio indivíduo, o último dos quais, na prática, se tornou a pedra angular de todo o mecanismo da Convenção. Isto digo-o eu, sabem-no o Doutor José de Campos Amorim e aqueles que destas questões se ocupam, porém não se pode afirmar que, objectivamente, conste do texto.

Noutra passagem, a página 25, escreve-se «[o] direito à liberdade e à segurança destina-se essencialmente à pessoa». Que significa isto?

Ou, que quer dizer «direito à geometria variável» (pág. 31, a propósito do direito à liberdade de circulação)? Eu conheço, sim, a expressão «Europa de geometria variável», designando a ideia dum modo de integração diferenciada.

Pretenderia mesmo o autor atribuir os dez Mandamentos (que putativamente subjazem aos direitos fundamentais) à Igreja Católica, conforme dá a entender na pág. 3? O Decálogo constitui, antes, a essência da Aliança contraída por Javé com Israel sobre o Sinai. Segundo o Êxodo (Ex. 34,27-28), foi Moisés quem os escreveu por ordem de Javé; mas no Deuteronomio (Deut. 5,22) lemos que foram escritos pelo próprio Deus em duas tábuas de pedra. Diferentemente, é costume dar o nome de Mandamentos da Igreja Católica a cinco leis eclesiásticas de carácter universal, a saber: obrigação de ouvir missa nos dias de festa, de confissão e comunhão anuais, de guardar jejum e abstinência e de contribuir para a sustentação do culto e obras piedosas.

Querer-se-ia, de facto, referir cronologicamente os chamados

«direitos económicos e sociais» à queda do muro de Berlim (assim se lê um pouco adiante), ocorrida em 9 e 10 de Novembro de 1989? Porventura, alvitro, haveria que escolher o período subsequente à construção do «muro», não?

Gostaria ainda que o candidato me esclarecesse, porque as alusões ao longo do texto revelam-se inconcludentes, como divide as várias gerações (e preferível seria falar em dimensões) de Direitos do Homem. Normalmente, associam-se aos direitos de primeira geração os direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesa e americana, digamos assim; os direitos de segunda geração serão os direitos democráticos de participação política; na terceira geração encontraremos os direitos sociais e dos trabalhadores; por último, ainda se poderá falar de uma quarta geração (não raro, referida como a terceira), a dos direitos dos povos, por exemplo, o direito à autodeterminação, o direito ao património comum da humanidade, o direito à paz e desenvolvimento, que envolveriam uma dimensão de solidariedade (de resto, já presente nos direitos sociais, económicos e culturais).

Outras vezes, incorre o autor inclusive em confusão de conceitos e de linguagem jurídicos, resultado, em parte, de serem utilizados textos noutras línguas de que se traduzem palavras e não conceitos inseridos no seu contexto. Desse modo, em vários lugares, «arresto» aparece em vez de prisão. E, no lugar de mandado judicial, surge «mandato judiciário» (pág. 38). Em português, simplesmente, não existe a expressão «direitos dos justiciáveis», neologismo utilizado amiúde pelo candidato, numa tradução literal do francês. Fala-se, na página 89, do «[...] recurso individual, que permite ao indivíduo recorrer directamente ao Tribunal Europeu [...]». Ora, em termos próprios, caberia aludir à «queixa individual» ou à «petição individual», como está previsto no art. 34.º da CEDH (na tradução oficial portuguesa das expressões «*requête*», na versão francesa da Convenção, ou «*application*», na sua versão inglesa; note-se que na tradução oficial do Protocolo n.º 8 se traduzia, também incorrectamente, aqueles termos por «requerimento»). De resto, é sabido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante designado somente por Tribunal ou TEDH) não é um tribunal de revista.

Chamo ainda a atenção para duas falta veniais: no texto, o termo

«sentença» (*scilicet*, do TEDH) seria quase sempre substituído vantajosamente por «acórdão»; assim como «locatário» (*scl.*, de um imóvel) por «arrendatário».

**IV.** Por seu lado, a bibliografia utilizada merece também algumas observações.

Em termos gerais, mostra-se – é certo – relativamente ampla e abrangente. Se não contei mal, no rol final estão recenseados, conquanto nem todos sejam citados ao longo do texto, 83 títulos, com manifesto domínio dos em língua inglesa e francesa. Ressalta, no entanto, que só dois títulos são posteriores a 2000.

É lamentar-se-á, entre muitos esquecimentos, sobretudo o da *Encyclopedia of Public International Law*, organizada por RUDOLF BERNHARDT, obra geral de referência imprescindível (apesar de algo desatualizada na matéria em causa). O mesmo vale quanto ao Comentário (em alemão) à Convenção da autoria de JOCHEN A. FROWEIN e WOLFGANG PEUKERT, ausente da lista de bibliografia, não obstante ser citado uma vez no texto, aparentemente em segunda mão, numa edição bastante antiga (e note-se que a mais recente remonta a 1996). Totalmente ignorados são os Cursos da Academia de Direito Internacional, de 1997, dedicados ao «[...] papel da União Europeia em matéria de protecção dos Direitos do Homem» (*Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of European Law, 1997*). Ainda no domínio das relações entre União Europeia e a Convenção, também surpreende que tenha passado despercebido o conjunto de estudos reunidos na obra *The EU and Human Rights*, editada por PHILIP ALSTON, com MARA R. BUSTELO e JAMES HEENAN.

Por outro lado, mesmo reconhecendo que o elemento histórico desempenha na interpretação dos Tratados um papel relativamente secundário ou subsidiário – complementar, no dizer do art. 32.º da CV –, não se atina com explicação satisfatória para a ausência de qualquer referência aos trabalhos preparatórios da Convenção, entretanto reunidos e publicados, no âmbito do Conselho da Europa, numa extensa obra em oito volumes.

A bibliografia portuguesa peca por manifesto defeito. Nenhuma obra de índole geral sobre o Direito Internacional, das muitas e

valiosas entre nós publicadas, é citada. Sobre a protecção internacional dos Direitos do Homem cinge-se o autor a dois trabalhos. No que concerne a estudos que abordem aspectos específicos da CEDH, incluem-se apenas três. De todo em todo, não se compreende que se tenha olvidado o instrutivo comentário à Convenção, em língua portuguesa, da autoria de PINHEIRO FARIA, antigo Juiz no TEDH.

V. Anotado tudo isto, que é importante e já releva da substância do trabalho, devo dizer que em boa hora o Doutor José de Campos Amorim escolheu como tema do seu estudo a CEDH. Se por outras razões não fosse, porque se trata de uma matéria extremamente significativa e actual, e, também por isso, aliciante – ao longo da preparação desta discussão fui mesmo, devo confessá-lo, ganhando por ela predilecção.

Fez em 3 de Setembro exactamente cinquenta anos sobre a entrada em vigor da CEDH. Superado um longo período de aparente letargia, o sono da «bela adormecida» – segundo a sugestiva expressão de FRÖWEIN –, a Convenção ganhou um fundamental peso. Progressivamente, desde 1990, a ela aderiram os Estados da «cortina de ferro» (ou aqueles que os substituíram). De então para cá, o número de Estados-membros duplicou de 22 para 44 (por último, em 12/07/2002, com a ratificação da Bósnia-Herzegovina; em 26/04/2002, tinha-o feito a Arménia; e, em 15/04/2002, o Azerbaijão). A protecção concedida estende-se hoje a mais de 800 milhões de pessoas, desde o Atlântico, passando pelo Cáucaso até ao Pacífico. Acresce, como ninguém desconhece, que a Convenção tem servido de inspiração e paradigma de outros instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem.

Na actualidade, mormente por acção da jurisprudência do Tribunal (e por força dos sucessivos Protocolos), na prática nenhum aspecto das ordens jurídicas dos Estados-membros escapa ao seu domínio de aplicação. Ou, tão-pouco, se subtrai à sua «esfera de irradiação»: quase todos os direitos internos «incorporaram», de uma forma ou outra, as exigências e parâmetros da Convenção (e já não convoco para aqui as consequências derivadas de se entender constituir a Convenção *ius cogens* regional). Na graciosa formulação de

HANS HÜBNER, a Convenção tornou-se na «consciência» das ordens jurídicas europeias. Ou, como o expressa PHILIP ALSTON, constitui, mais que uma «rede de segurança jurídica», «uma parte integrante da própria auto-definição da civilização europeia».

Por último, mas não menos relevante, através do direito comunitário, o seu significado ainda se acentuou. O Tribunal de Justiça das Comunidades (TJC) cedo começou a encarar a CEDH como fonte de inspiração dos «princípios gerais de direito», base da construção comunitária dos direitos fundamentais. E, desde o Tratado de Maastricht existe, como se sabe, uma remissão expressa para a CEDH no actual art. 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia. Na jurisprudência comunitária, constata-se, a diversos níveis, uma atenção crescente pela Convenção e jurisprudência do TEDH. Finalmente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reafirmou, e como que incorporou, o «*acquis conventionnel*».

De algum modo, a CEDH emancipou-se inclusive do (mero) contexto do direito internacional. E aparece agora caracterizada como «parte da ordem pública europeia», «direito constitucional europeu dos direitos do homem» ou, na síntese do próprio Tribunal, «instrumento constitucional de ordem pública europeia».

Há cinco anos (a alteração entrou em vigor em 1 de Novembro de 1998), o sistema convencional (sobretudo a sua arquitectura judiciária) originariamente previsto foi revisto – um pouco vítima do próprio sucesso – com a instituição de um novo Tribunal permanente, a correspondente supressão da Comissão e a restrição das competências do Comité de Ministros. E fazem-se ouvir vozes preconizando uma nova reforma; o processo de reflexão remonta pelo menos à Conferência Ministerial de Roma, em 3 e 4 de Novembro de 2000, para assinalar o quinquagésimo aniversário da abertura à assinatura da Convenção. A discussão releva, neste âmbito, sobretudo da necessidade de desonerar o Tribunal da desmesurada carga de trabalho. Assim, em Novembro de 2002, dando cumprimento ao previsto na Declaração do Comité de Ministros sobre «o Tribunal dos Direitos do Homem para a Europa» (de 7 de Novembro de 2002), os Delegados dos Ministros mandataram o Comité Directivo para os Direitos do Homem (CDDH) para elaborar nesse domínio um conjunto de propostas concretas e coerentes, quer

medidas susceptíveis de serem realizadas de imediato, quer eventuais emendas à Convenção. Posteriormente, em 15 de Maio de 2003, na Declaração «Garantir a eficácia a longo prazo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», o Comité de Ministros encarregou os Delegados dos Ministros, na sequência das propostas contidas no relatório final da CEDH, de redigir as emendas pertinentes à Convenção.

Por outra banda, vai ganhando acuidade a consciência de que – para me servir de palavras de outrem – a simples «gestão do património» é insuficiente e constituiria uma «fonte de empobrecimento, em detrimento da salvaguarda dos direitos do homem». Para além de corrigir certas anomalias no enunciado dos direitos da Convenção (por exemplo, quanto ao seu art. 16.º), urge porventura ponderar o alargamento do seu elenco, com particular incidência nos direitos das minorias e nos direitos sociais (a par da perceptível evolução da jurisprudência do Tribunal registada nestas matérias), como, de resto, foi já recomendado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (Recomendação 1415, de 23 de Junho de 1999).

Sobre o acerto da escolha do candidato não resta, pois, sombra de dúvida.

**VI.** Todavia, insisto, representa uma tarefa desmedida, requerendo um espírito de síntese ímpar, abarcar num trabalho desta índole toda a regulamentação material da CEDH. Estou bem ciente que é inteira prerrogativa do candidato a escolha do tema, mas acredito que – direi assim – alguns «malefícios» do trabalho em apreço radicam precisamente nessa opção inicial. No afã de tudo incluir, o Doutor José de Campos Amorim acaba por tratar de muito pouco com o devido cuidado e profundidade: apenas revolveu a superfície.

O que constitui também do ponto de vista da apreciação um escolho. Pois, por um lado, há que fazer justiça ao evidente denodado esforço, mas, por outro, fica-se inexoravelmente retido em aspectos parcelares malprontos.

De facto, a investigação em causa percorre praticamente todos os direitos e liberdades consagrados na CEDH e nos seus Protocolos.

Quanto a estes últimos, porém, desatende-se quer ao Protocolo n.º 12 (respeitante ao princípio da igualdade), de 4 de Dezembro de

2000, quer ao Protocolo n.º 13 (proibição geral da pena de morte), de 3 de Maio de 2002. É verdade que o primeiro ainda não entrou em vigor e o segundo não vigorava quando o candidato ultimou o seu trabalho. Seja como for, impunha-se, pelo menos, uma menção a ambos.

VII. Vejamos, mais de perto, o percurso expositivo seguido no estudo.

Depois, de uma brevíssima introdução, onde se acentua a importância e a especificidade da CEDH, dedicou o autor o primeiro capítulo (10 páginas) a algumas considerações gerais sobre os direitos do Homem, na sua raiz, concepção e protecção (sobretudo a nível europeu).

Na minha opinião, nos moldes em que está, teria sido preferível prescindir desta parte, um enxerto fragmentário e generalista, sem verdadeiro valor informativo, e pouco convincente. Isto se dirá sobretudo das passagens (dois parágrafos e um único parágrafo, respectivamente) em que o candidato tentou fundamentar no pensamento jusnaturalista os direitos do Homem e pretendeu distinguir estes dos princípios gerais do direito.

Por outro lado, as circunstâncias e ambiente histórico e político da emergência da Convenção ficaram esquecidos. E já me contentaria se o autor tivesse aqui assinalado que ela, como aliás outros instrumentos internacionais contemporâneos no domínio dos direitos do Homem, mormente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nasce da consciência, depois das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, de que o desrespeito das mais elementares regras de direito a nível interno gera uma violação simétrica das regras internacionais, ou seja, de que existe uma directa interdependência entre a paz ou segurança internacional e o respeito dos direitos do homem, conforme se estabelece no próprio Preâmbulo da Convenção.

Mas mesmo o tratamento introdutório das matérias mais técnicas ou jurídicas ficou aquém do que se esperaria. Não vou fazer um levantamento exaustivo dos pontos omissos ou deficientemente tratados. O candidato deve ter deles perfeita consciência. Porém, não deixarei de sublinhar a ausência recorrente ao longo do texto (onde só por três vezes, episodicamente, se refere o caso português) de qualquer refe-

rência ao nosso sistema jurídico-constitucional. Temas gerais tão relevantes como o grau hierárquico da Convenção na hierarquia das fontes de Direito português (face ao art. 8.º da CRP) ou o confronto entre os direitos da Convenção e os constantes da nossa Constituição nunca são sequer afluídos. Nem se cuidou de esclarecer os exactos termos da vinculação de Portugal, não se aludindo às reservas apostas ou aos Protocolos ainda não ratificados pelo Estado português.

Já noutra plano, para além do que perfunctoriamente escreveu na «Introdução», gostaria de saber a opinião do candidato sobre o seguinte:

Primeiro, como concebe as relações entre a CEDH, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (integrada na Constituição para a Europa segundo o projecto de Tratado aprovado pela Convenção Europeia em 13 de Junho e 10 de Julho de 2003 e apresentado ao Conselho Europeu, em Salónica, em 20 de Julho) e as Constituições nacionais, nos termos dos arts. 52.º e 53.º da Carta (arts. II-52 e II-53.º do «projecto de Constituição para a Europa»)?

Concretamente, como se «conciliam» os três «princípios de preferência» ou «regras de salvaguarda» (do tratamento mais favorável) que aqui podem ser chamados a intervir: a favor do direito da União, nos termos da parte final do n.º 3 do art. 52.º da Carta; a favor da CEDH e dos direitos fundamentais internos dos Estados-membros, segundo o art. 53.º da Carta; e, além disso, a salvaguarda da própria CEDH, contida no seu art. 53.º? O problema assume, claro, relevo no caso de colisão de direitos fundamentais, isto é, em «relações de direitos fundamentais multipolares», como se diz. *Quid iuris*, nessa situação?

Segundo, e na sequência da pergunta anterior, tendo advertido que «o sistema de protecção dos direitos do Homem corre o risco de sofrer as consequências da dualidade dos sistemas de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais na Europa, entre o TEDH e TJCE» – nomeadamente perante a existência de dois *standards* diversos, mesmo no caso de coincidência material, decorrentes da interpretação por duas instâncias distintas (TEDH e TJC) –, como aprecia as soluções aventadas para alcançar um sistema coerente de protecção dos direitos fundamentais – que, à luz dos direitos da Convenção, autorize a sindicância dos próprios actos dos órgãos comunitários e o

pleno controlo dos actos dos Estados na aplicação do direito comunitário, a saber:

– a de instituir um processo de decisão a título prejudicial, no âmbito do qual o TJCE submeteria ao TEDH as questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção com que deparasse (analogamente ao que sucede no chamado «processo de reenvio prejudicial», consagrado no art. 234.º do Tratado da Comunidade);

– a adesão da União Europeia (ou da Comunidade) à CEDH?

Como é conhecido, a solução de atribuir uma semelhante competência ao TEDH foi insistentemente sugerida no plano das suas relações com os tribunais dos Estados-membros. Por outro lado, notar-se-á que o TEDH já dispõe de uma competência consultiva no domínio da interpretação da Convenção, nos termos do art. 47.º da CEDH. Porém, um *Vorlageverfahren*, como os alemães lhe chamam, seria por si só insuficiente. Nomeadamente, subsistiria o problema da vinculação às garantias da Convenção nas hipóteses em que o TJC não fosse competente e o da falta de uma base sólida que legitimasse tal «processo de reenvio».

Dificuldades susceptíveis, todavia, de serem evitadas pela adesão da União Europeia à CEDH. E, com efeito, o «projecto de Constituição para a Europa», além de dissipar a controvérsia quanto à qualidade normativa atribuível à Carta dos Direitos Fundamentais no âmbito da UE, pretende resolver o problema institucional das relações entre o TJC e o TEDH, preconizando, no art. 7.º, n.º 2, justamente essa solução.

Mas, a adesão da UE (reconhecida a personalidade jurídica desta) à CEDH esbarra com certos condicionalismos que têm ainda de ser superados, quer por uma parte, quer por outra.

Pelo lado comunitário, o TJC, no seu Parecer 2/94 de 1996, assentou (embora em termos não inteiramente persuasivos) em que a Comunidade carecia de competência para o efeito. À questão da competência, assim então colocada, acresce o problema, deixado em aberto (mas que terá, por certo, pesado nas ponderações do TJ), da eventual incompatibilidade da submissão à jurisdição do TEDH com o «monopólio jurisdicional» do Tribunal de Justiça, decorrente dos arts. 230.º e 234.º do Tratado da Comunidade (transpostos, de resto, com adaptações de pormenor para o projecto de Constituição).

Donde a necessidade de uma modificação do Tratado nesse aspecto (que, no entanto, não foi levada a cabo no Tratado de Amesterdão). Em 2000, no contexto da Conferência Inter-Governamental, a Finlândia tinha proposto adir ao art. 303.º uma autorização para (pelo menos) a CE aderir à CEDH. Nesse sentido, para a UE, vai a redacção do art. III-303.º do projecto de Constituição para a Europa.

Pelo lado da CEDH, a par de outras questões (como a do mecanismo de representação da Comunidade ou da União no Comité de Ministros ou a do estatuto dos Juizes do Tribunal), importa sobretudo dissociar a possibilidade de adesão da qualidade de membro do Conselho da Europa (cfr. art. 59.º, n.º 1, da CEDH), organização consabidamente reservada a Estados. E, claro, adaptar a redacção de alguns preccitos da Convenção que contêm referências (expressas) aos «Estados-membros».

De um modo geral, porém, a adesão da EU à CEDH afigura-se um caminho perfeitamente praticável e adequado (para além de revestir insofismável valor simbólico), o qual o projecto de Constituição para a Europa decisivamente começou a trilhar.

Uma lacuna avulta ainda nesta parte do trabalho em apreço: pelo seu peso na economia do sistema de protecção consagrado na Convenção, não deveria ter-se renunciado, como sucedeu, conquanto o tema seja abordado incidentalmente a propósito de coneretos direitos, a chamar a atenção para o «princípio da subsidiariedade», traduzido no reconhecimento da autonomia e da «margem de apreciação» – na figura criada pelo Tribunal – de cada Estado-membro. E já não falo, note-se, no princípio da exaustão dos meios internos, atendendo a que está aí em jogo, fundamentalmente, um aspecto ou pressuposto processual, domínio sobre o qual não recai a investigação do candidato.

**VIII.** Depois da Introdução, segue-se o corpo principal do trabalho, o Capítulo II «Os direitos civis e políticos» e o Capítulo III «Os direitos económicos e sociais». O Capítulo II está dividido na Secção I «Os direitos gerais» e na Secção II «Os direitos especiais». O Capítulo III, por sua vez, tem também duas Secções, a Secção I «Os direitos sociais» e a Secção II «Os direitos económicos».

Previamente, depara-se com uma nebulosa remissão introdutória

para as várias gerações de direitos do homem (a que já fiz referência). Susceptível até de induzir em erro: quem leia desprevenido o terceiro parágrafo da página 11 pensará que a CEDH protege os «direitos de solidariedade», que vão para além dos direitos civis, dos direitos políticos e dos direitos económicos e sociais. Quando a verdade é que a Convenção compendia, no essencial, os direitos civis e políticos, caindo os chamados direitos sociais e culturais no âmbito da Carta Social Europeia. Até o direito de propriedade, cuja inclusão na Convenção foi de início controversa, acabando por ser relegado para o Protocolo adicional, não é aí concebido como (ou só como) um mero direito económico, mas antes como um direito pessoal ou de personalidade. Terei, aliás, adiante oportunidade de tocar de novo neste tema.

Além das distinções anteriormente anotadas, subjacentes ao plano expositivo do candidato, este socorre-se de mais três, imbricadas umas nas outras. Distingue, entre direitos individuais e colectivos, por um lado; dentro dos primeiros, entre direitos incondicionais e condicionais; e, por último, entre direitos civis e políticos e direitos económicos e sociais. À frente, os direitos civis e políticos estão, por sua vez, divididos em gerais e especiais. E são ainda utilizadas subdivisões para agrupar certos direitos, como é o caso do respeito pelo direito à intimidade, compreendendo a protecção da vida privada e familiar e a protecção do domicílio e da correspondência; ou da protecção da actividade social e política, incluindo a liberdade de reunião e de associação e o direito a eleições livres; ou os «direitos dos justiciáveis» abrangendo o direito à justiça, o princípio da legalidade e não retroactividade, o direito ao juiz, o direito a um processo equitativo e as «garantias do direito à justiça».

Tudo é, porém, explicado de modo inconspícuo, recorrendo a critérios de distinção que nunca são cabalmente traçados, não concorrendo, portanto, para o bom entendimento das coisas. Com o candidato, reconhecer-se-á todavia a dificuldade em estabelecer uma classificação rigorosa dos direitos do Homem.

Da página 11 à página 89, analisam-se, um a um, os direitos, liberdades e garantias (que, por comodidade, designarei simplesmente, por direitos) pertencentes ao vasto elenco da CEDH (e dos seus Protocolos).

**IX.** Cabe, pois, examinar com algum detalhe a exposição do candidato sobre os direitos contidos na CEDH. Na impossibilidade de considerar todo o itinerário do trabalho, passo em revista apenas três dos direitos aí delineados.

Começo pelo direito à vida. O primeiro na ordem seguida pelo estudo, e aquele que surge a encimar o catálogo de direitos da CEDH.

Logo este aspecto do «sistema externo» da Convenção — decorrente do «carácter fundamental da protecção do direito à vida», «presuposto de todos os outros direitos», cuja garantia tem portanto um significado central, como várias vezes o próprio TEDH proclamou — não aparece convenientemente frisado.

No entanto, o autor sublinha o valor cardeal do direito à vida, a primazia que se lhe há-de reconhecer e o facto de «condicionar o exercício e gozo dos outros direitos». Ou, conforme o Tribunal afirmou no aresto *Pretty*, um direito «sem o qual o gozo dos outros direitos e liberdades garantidos pela Convenção seria ilusório».

Aqui, ter-se-ia justificado recordar que todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade, sob a soberania do Estado estão protegidas pelo art. 2.º (como, aliás, sucede para a maioria dos direitos da Convenção). E ter expressamente destacado tratar-se de um direito «à prova» de estado de necessidade ou de emergência, isto é, um direito que não comporta qualquer derrogação justificada pelo «estado de necessidade», nos termos do art. 15.º, n.º 2 (exceptue-se o caso de actos de guerra lícitos).

Em termos gerais, as carências de sistematização e elaboração já assinaladas, manifestam-se na parte da exposição agora apreciada. Muito se poderia melhorar, lançando mão do instrumentário dogmático ou metódico próprio da análise dos direitos fundamentais constitucionais, e disponível na melhor doutrina portuguesa; por exemplo utilizando as categorias de âmbito de protecção, restrições, limites iminentes, *inter alia*s.

Tomemos alguns pontos mais específicos.

Diferentemente do problema da protecção da vida antes da concepção, onde o candidato se detém, as considerações sobre a chamada «liberdade negativa», ou seja, neste contexto, o «direito de pôr termo à própria vida», revelam-se bastante incompletas, estando a questão

apenas enunciada em termos genéricos. Em rigor, nem sequer se alude a que a Convenção não incluí no seu âmbito de protecção essa (eventual) «dimensão» do direito à vida. Tal entendimento, apoiado na própria letra do art. 2.º, ao expressamente impor a protecção pela lei da vida humana, foi coonestado pelo TEDH ao sublinhar, no acórdão *Pretty*, não ser lícito inferir do art. 2.º um direito à «ajuda para morrer» (ajuda ao suicídio e eutanásia a pedido do próprio). O Tribunal afirmou mesmo, em termos mais gerais, que o art. 2.º «não tem nenhuma relação com as questões respeitantes à qualidade de vida ou com aquilo que uma pessoa decide fazer da sua vida».

Recorde-se que, no caso, que alcançou enorme repercussão na opinião pública, uma cidadã britânica invocou, ao arrepio da legislação britânica, o direito de fazer pôr fim à sua vida pelo marido. Com 43 anos, sofria de uma doença neuro-degenerativa irreversível e estava inexoravelmente condenada a morrer, provavelmente por problemas respiratórios; inteiramente paralisada do pescoço para baixo, era incapaz inclusive de se suicidar. Na sua extensa apreciação, o Tribunal ponderou *in casu* uma violação dos arts. 2.º, 3.º, 8.º, 9.º e 14.º da Convenção. Para concluir, porém, pela improcedência da queixa à luz de qualquer dos preceitos.

Neste domínio, o Doutor José de Campos Amorim ignorou ainda outra faceta do problema: saber se é admissível, em vista do dever estatal de protecção da vida, que um Estado-membro «descriminalize» a ajuda ao suicídio ou a eutanásia. Questão que, note-se, permaneceu em aberto no já mencionado caso *Pretty*. No caso *Widmer*, todavia, o Tribunal de Estrasburgo não sindicou a inexistência de uma disposição legal criminalizando a eutanásia passiva.

E, quando ensaiou traçar o conspecto das legislações dos Estados-membros sobre este tema – de resto, muito diferenciadas para que seja possível extrair um *standard* comum –, o candidato abordou apenas a legislação francesa e a holandesa (de 28/11/2000). Aqui, como quase sempre, pôs de lado, o quadro legal português.

Para além disso, ficou silenciada a questão da aplicação do art. 2.º, às situações onde não sobrevenha a morte ou a sua ocorrência não seja certa. O Tribunal, no caso *Ilhan* (e também no caso *Berktaş*), explicitou que só em casos excepcionais ou marginais, pelo grau e

espécie de violência e pela intenção inequívoca de uma agressão susceptível de pôr em risco a vida, se poderia aplicar o art. 2.º, não ocorrendo a morte da vítima. E, de facto, não parece adequado esbater a linha de distinção face ao art. 3.º. Em termos mais latos, o «desaparecimento» de pessoas imputável às autoridades de um determinado Estado (objecto de várias queixas contra a Turquia) poderá subsumir-se, segundo o Tribunal, no art. 2.º, n.º 1, atendendo às circunstâncias, nomeadamente ao modo como ocorreu o desaparecimento e à duração da ausência (caso *Orham*).

E haveria ainda que considerar as especiais hipóteses de violação do direito à vida resultante da extradição para países onde o extraditado corra relevante risco de vida (ou de maus tratos, para efeito do art. 3.º). Igualmente aqui, o Tribunal (por exemplo no caso *S.C.C.*) tem ponderado que tal medida, logo pelo risco a que a pessoa em causa é exposta, pode integrar uma violação do art. 2.º (ou do art. 3.º).

Atendamos agora àquilo que aparece qualificado no estudo como «limites do direito à vida». Trata-se das situações previstas no n.º 2 do art. 2.º, de justificação da violação do direito à vida, quando a morte resultar do recurso à força para determinados fins. Desde logo, eu teria gostado de ver melhor frisado o carácter taxativo das excepções consagradas. Como julgaria oportuno que o candidato se tivesse detido mais de espaço na exigência de estrita proporcionalidade a que as três hipóteses do n.º 2 do art. 2.º estão sujeitas: a morte há-de ter resultado do recurso à força «tornado absolutamente necessário». Sendo que aqui – acrescento – o Tribunal entendeu, mais do que uma vez, não querendo fazer recair sobre o Estado e os seus agentes um «ónus irrealista que se arriscaria a exercer-se à custa da própria vida e da vida de outros», ser decisivo para tal juízo uma perspectiva *ex ante* do agente (mormente no caso *McCann*: uma actuação «fundada sobre uma convicção honesta considerada, com boas razões, válida na altura dos acontecimentos, mas que depois se revelou errónea»).

Mas, neste domínio, relevam ainda outras falhas mais sérias. Designadamente, se bem que a questão haja perdido actualidade face ao Protocolo n.º 6 – hoje ratificado por quase todos os Estados-membros, que sem excepção já o assinaram –, não se encarou o problema de só ser admissível a previsão legal da pena de morte para crimes de

especial gravidade, malgrado a CEDH não consagrar o princípio da proporcionalidade para as penas, ao contrário da Carta dos Direitos Fundamentais, no seu art. 49.º.

Para além disso, desatendeu-se, conforme já foi referido, ao Protocolo n.º 13 (assinado por 36 Estados em 03/05/2002), que veio proibir a pena de morte em qualquer circunstância.

E caberia ter reparado, o que tão-pouco sucede, que nem os arts. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 6, nem o art. 1.º do Protocolo n.º 13, são susceptíveis de serem derogados nos termos do art. 15.º da Convenção. Demais, também a aposição de reservas, segundo o art. 57.º da Convenção, está aqui vedada (art. 4.º do Protocolo n.º 6 e art. 3.º do Protocolo n.º 13).

Uma outra relevante questão não foi sequer afluada. Na medida em que o art. 2.º, n.º 2, al. a), na excepção que consagra para defesa de uma pessoa face a uma violência ilegal ou ilícita, tem «eficácia horizontal» (de um verdadeira *Drittwirkung* não se deve, porém, aqui falar, pela elementar razão de que a um particular não é facultado demandar, dentro do sistema da Convenção, outro particular), que limites existem à configuração na legislação interna dos Estados da legítima defesa e do direito ou estado de necessidade, afastando, por exemplo, uma solução legal que não puna a morte de uma pessoa para defesa de interesses patrimoniais?

Quanto à al. b) do n.º 2 do art. 2.º (morte para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de um pessoa detida legalmente), parece-me que ao seu abrigo não é viável justificar um homicídio intencional, porque o objectivo de deter ou de impedir a evasão de uma pessoa desde logo não será alcançado e porque se violará, assim, o princípio da proporcionalidade (conquanto a Comissão, pelo menos numa das suas decisões – de 11/12/1983 –, aparentemente partilhe um entendimento diferente). Esta, se percebo bem, é também a opinião expressa na página 17, terceiro parágrafo do estudo. Porém, nada adianta o candidato sobre as espinhosas questões de relacionamento, neste contexto, entre o art. 2.º, n.º 2, e o dever de protecção do direito à vida do art. 2.º, n.º 1.

Nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 2.º, a utilização de armas com efeitos mortais mostra-se igualmente lícita «para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou insurreiçã». Será imprescindível

dível, em ambos os casos, que se trate de um estado de excepção assumindo já a proporção de um perigo para a «vida da nação» nos termos do art. 15.º.

Coisa semelhante escreve o Doutor José de Campos Amorim, mas sem empreender qualquer tentativa para definir mais de perto as noções de «revolta» e de «insurreição». Para o que dispunha de abundantes elementos da jurisprudência da Comissão e do Tribunal, sobretudo respeitantes à actuação das forças britânicas na Irlanda do Norte (em parte referidos, aliás, nas notas 79 e 84). Aí sobressai o caso *Stewart*, decisão acerca da morte de uma criança por uma bala de borracha, onde a Comissão considerou constituir uma insurreição, no contexto do crescente tumulto na Irlanda do Norte, uma multidão de 150 pessoas que arremessavam vários projecteis a uma patrulha policial. Talvez de um modo mais lato, o Tribunal entendeu, no caso *Gülec*, que poderia estar em causa a al. c) na hipótese de uma demonstração violenta (no caso, condenaria, no entanto, a sua dispersão à força de rajada de metralhadora). Por outro lado, a fuga de cidadãos da ex-República Democrática Alemã para ocidente, por apenas visar o abandono do País, não foi encarada como uma revolta ou insurreição, na chamada «*Mauerschützen*»-sentença (caso *Streletz, Kessler e Krenz*).

Entremos um pouco mais na análise dos deveres decorrentes do art. 2.º da Convenção. Costuma afirmar-se que o dever de protecção do direito à vida, através da lei, imposto aos Estados nos termos do art.º 2, n.º 1, primeira parte, se desdobra em várias facetas. O Estado está obrigado a proteger o direito à vida não só de violações que dele próprio partam como face às demais pessoas (singulares). No cumprimento de tal dever, dispõe todavia de uma mais ou menos latitudinária margem de conformação, cujos limites decorrem do princípio da efectividade e da proporcionalidade. E isto aplica-se em primeiro lugar ao legislador, mas também compreende o efectivo cumprimento ou execução da lei.

Seja-me permitido, neste contexto, referir alguns aspectos ignorados, em geral, pelo candidato.

Necessárias afiguram-se, por exemplo, medidas de formação, preparação e organização dos agentes policiais ou militares e das suas

intervenções com recurso à força. Assim, um erro de apreciação de um agente ou funcionário sobre o risco envolvido numa determinada situação pode responsabilizar o Estado, se tal falha for atribuível a uma deficiente formação, planeamento ou preparação, ou controle dos serviços ou entidades. Esta «protecção procedimental» dos direitos fundamentais, conforme lhe chama o Tribunal, ganhou particular proeminência a propósito da luta contra o terrorismo (tenha-se em conta sobretudo o caso *McKerr*). Com efeito, sobre o Estado impende o dever não só de instruir os seus funcionários ou agentes, mas também de preparar cuidadosamente as actuações que comportem relevante risco, ponderando o direito à vida de todas as pessoas envolvidas (terroristas, funcionários ou soldados, população em geral).

«Culpa de organização» ou «culpa de serviço» essa, conspicuamente destacada no caso *McCann*. Neste, o Tribunal, num acórdão que lhe permitiu pela primeira vez pronunciar-se, a título principal, sobre o direito à vida, apreciou a seguinte situação: As autoridades britânicas esperavam, com base em elementos fornecidos pelos serviços de informação, um atentado do IRA contra um corpo militar em Gibraltar, em determinado local e altura. Em vez de deterem os suspeitos na fronteira, as autoridades continuaram a observá-los para reunirem provas com vista a um futuro processo. A intervenção dos soldados britânicos, na qual foram mortos três pretensos terroristas, sucedeu no local do esperado atentado, onde um automóvel, supostamente com uma bomba, estava estacionado. Porém, como depois se apurou, algumas das suposições dos serviços de informação, fundadas em investigações pouco cuidadas, eram erróneas. A organização da operação deveria e poderia ter sido realizada de maneira diferente, de modo a tentar proteger a vida dos suspeitos.

Na exposição do candidato, de balde se procurará, porém, menção à problemática aludida. Apenas se refere o caso *Andronicou e Constantinou* (acção dos agentes das forças especiais para libertar uma jovem sequestrada pelo seu noivo que ameaçava matá-la e suicidar-se em seguida, e que acabou com a morte de ambos crivados de balas), e não exactamente neste âmbito.

Como ficou esquecido tudo o que diz respeito ao dever de investigação, resultante do art. 2.º, n.º 1, que recai sobre o Estado em todas

as situações de morte suspeita. Conforme se sabe, a construção jurisprudencial de tal dever de investigação nasceu da difícil posição do Tribunal perante inúmeros casos ocorridos sobretudo no sudeste da Turquia, que não eram convenientemente aclarados pelas autoridades (e só dificilmente investigados pela Comissão). Nos seus termos, nas situações onde tenha havido uma morte suspeita, o Estado fica obrigado a levar a cabo uma investigação oficiosa (caso *Jordan*), adequada e expedita (caso *Yasa*), imparcial e suficientemente independente (caso *Gülee*). Os factos apurados devem ser levados ao conhecimento do público e, em particular dos parentes da vítima (caso *Taylor*, morte de crianças por uma enfermeira num hospital público). Demais, o dever de proceder a uma investigação efectiva impõe que esta não tenha carácter exclusivamente privado, o que obstaría, por exemplo, a que se ordenasse a comparência de testemunhas (caso *Edwards*). No seu âmbito, tem ainda de incluir-se a possibilidade de chegar a uma conclusão quanto à justificação da morte ocorrida e o objectivo de identificar os responsáveis e, eventualmente, castigá-los (caso *Kaya*). Do art. 2.º, em conjugação com o art. 1.º, decorre mesmo um direito à acção penal face aos autores da morte (pretensão que o art. 6.º não garante). Em especial, o óbito de pessoas detidas tem de ser investigado oficiosamente (caso *Akdeniz*), recaindo uma presunção de «culpa» sobre o Estado, que há-de mostrar que não foi responsável pela morte do detido, apresentando uma «explicação plausível para a morte de quem se encontrava anteriormente em boas condições de saúde» (caso *Salman*).

Se todos estes aspectos não são cuidados, observar-se-á todavia que o candidato aborda o problema semelhante (mas nem sempre encarado segundo critérios paralelos, pelo menos de acordo com a jurisprudência do Tribunal) que se coloca no domínio do art. 3.º.

Além do que antecede, mas ponto igualmente descurado, cabe frisar que do art. 2.º deriva uma obrigação para o Estado de impor (legal ou regulamentarmente) que as instituições hospitalares disciplinem e executem as providências necessárias para a protecção da vida dos doentes. Deve ainda ser assegurada a investigação cabal dos óbitos ocorridos em circunstâncias suspeitas aí verificados, e aclarada a eventual responsabilidade do médico (caso *Salman*).

Por outro lado, o art. 2.º implica que Estado adopte as medidas preventivas necessárias para proteger pessoas, cuja vida esteja ameaçada por actuações criminosas de terceiros. Tal obrigação supõe, porém, «circunstâncias bem definidas»; nomeadamente, o risco deve ser certo, imediato e conhecido das autoridades. E as medidas a empreender serão apenas aquelas com que se pudessem razoavelmente contar, dentro do círculo das competências detidas pelo órgão ou funcionário estatal.

Tais requisitos foram enunciados, com clareza, no caso *Osman*. Na situação, um professor, com uma «ligação estranha» com um dos seus alunos, tinha importunado várias vezes a família deste; esta queixou-se às autoridades que no entanto não agiram decisivamente. O docente acabou por ferir com gravidade o aluno e assassinar o seu pai. O Tribunal, porém, não considerou suficientemente provada a existência de um real perigo para a vida do esposo e do filho da requerente. No que se apoiou ainda no facto de um pretérito exame psiquiátrico não haver constatado uma doença mental ou uma especial perigosidade do autor da morte, que, por isso, tinha sido reintegrado na escola onde leccionava. Mesmo os actos de vandalismo, imputados pela família ao professor, não foram qualificados como uma ameaça para a vida. Diferentemente, no caso *Akkoç*, onde a Turquia foi condenada pela inacção das autoridades perante várias ameaças de morte recebidas por um professor curdo, ameaças que vieram a culminar no assassinato deste.

Muito duvidoso é se sobre o Estado recai um semelhante dever de protecção da vida quando o perigo derive de circunstâncias externas ou do próprio meio ambiente. Pode aqui pensar-se em numerosos domínios: cuidados médicos, segurança rodoviária, prevenção de graus elevados de poluição, etc. Não tendo a Convenção querido consagrar os chamados direitos sociais – conforme se extrai dos trabalhos preparatórios, especialmente no que se refere ao surgimento do art. 2.º –, parece, como também reconhece o Tribunal, que um dever de actuação, deduzido do art. 2.º, só existirá quando o perigo de vida já se haja «adensado» e concretizado. De resto, os Estados disporão nesta matéria de uma margem de apreciação tão lata, que dificilmente se poderá afirmar estarem obrigados uma concreta actuação.

Seja como for, seguindo a doutrina do caso *Oneryildiz* (que à frente descrevo) existe um dever de regulamentação preventiva e de informação da população de situações «ambientais» que acarretem perigo para a saúde ou vida. O Tribunal indicou mesmo que o raciocínio seguido no caso *Guerra*, a propósito do art. 8.º, vale *a fortiori* para o art. 2.º.

Quanto aos detidos, por força da sua especial situação de vulnerabilidade, verifica-se uma responsabilidade agravada do Estado (caso *Anguelova*: tergiversações quanto à prestação de cuidados médicos a um detido). Desse modo, estaremos perante uma violação do dever de protecção derivado do art. 2.º, se um preso é assassinado por outro, quando a perigosidade deste para os seus colegas de cela não deveria ter sido ignorada pelas autoridades prisionais (caso *Edwards*: um detido esquizofrénico matou o seu colega de cela).

Um tratamento específico recebem aquelas hipóteses onde o perigo (de vida) provém do próprio, que, por exemplo, resolve empreender uma greve de fome ou manifesta intenções suicidas ou de auto-mutilação. Aí terá de se proceder a uma cuidada ponderação da autonomia da pessoa, face ao dever de protecção. Em todo o caso, perante o risco de suicídio de um preso (e a situação de detenção é sempre susceptível de causar distúrbios psíquicos), o Estado está obrigado a vigiá-lo convenientemente e a garantir-lhe a necessária assistência médica (caso *Keenan* e caso *Tanribilir*).

X. Proponho-me agora abordar a exposição do candidato (páginas 61 e 62) sobre o direito a um recurso efectivo consagrado no art. 13.º da Convenção. Escolhi tal garantia (com efeito, em sentido próprio, trata-se de uma garantia) pela grande e crescente importância que vem assumindo na jurisprudência do Tribunal, na sua dupla função de arrimo dos demais direitos e de estímulo a uma efectiva protecção a nível nacional.

Aliás, uma norma semelhante encontra-se no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 2.º, n.º 2), conquanto aí conformada apenas como uma obrigação do Estado e não enquanto direito individual. Ambos os preceitos, de resto, inspiram-se no art. 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A nível comunitário, a

Carta dos Direitos Fundamentais contém no seu art. 47.º uma garantia análoga, que se estende até a todos os direitos e liberdades garantidos pelo direito da União.

Segundo o art. 13.º, é assegurado a qualquer pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos convencionalmente tenham sido violados, um recurso efectivo perante uma instância nacional. Trata-se de uma garantia processual fundamental, a par das consagradas no art. 5.º, n.º 4, e no art. 6.º, n.º 1. Porém, de modo diferente destas últimas, não se reporta especificamente a um processo judicial (ou de natureza análoga).

Assim, logo se reconhecerá que, no texto do estudo, existe uma distorção da perspectiva correcta, ao apresentar-se o direito de recorrer apenas no âmbito daquilo que o candidato designa por «direito ao juiz». Na verdade, o art. 13.º impõe que ao particular seja concedido um recurso de uma eventual violação dos seus direitos fundamentais, mas não garante uma protecção judicial. Entendimento sufragado pelo TEDH, na «interpretação autónoma» - isto é, neste contexto, atribuindo aos conceitos utilizados na Convenção um significado próprio (relativamente) independente do significado que esse conceito assumia nas ordens jurídicas dos Estados-membros - a que procede da noção de «*remedy*» ou de «*recours*», como se confirma quer no caso *Klass*, o único que o candidato cita, quer no caso *Vilvarajah e outros*, quer no caso *Golder*.

A «instância nacional» pode consistir num tribunal ou juiz, especialmente num tribunal constitucional, mas a exigência do art. 13.º também se perfaz existindo uma entidade administrativa ou do próprio Governo ou uma comissão parlamentar (mas não um Provedor, cfr. caso *T.P. e K.M.*) a quem o recurso possa ser apresentado. O pressuposto mínimo é que se esteja perante uma instância independente e imparcial (caso *Silver e outros*). E, por consequência, não se trate da mesma entidade ou pessoa a quem é imputada a violação do direito (caso *Calogero Diana*).

Por outro lado, o candidato não encara a questão da natureza acessória do direito a um recurso eficaz, cuja violação apenas pode ser invocada em conjugação com o desrespeito de uma outra garantia ou direito material da Convenção.

Certo que, segundo jurisprudência uniforme do TEDH, pelo menos desde o caso *Klass*, a constatação ou prova da efectiva violação de um direito protegido na Convenção não constitui requisito da aplicação do art. 13.º. Numa interpretação extensiva, o direito ao recurso deve já ser assegurado perante uma (razoável) possibilidade ou plausibilidade de que tal tenha ocorrido: pretende-se assegurar, justamente, que uma instância nacional possa ser confrontada com a questão da eventual violação. Doutro modo, a garantia de um recurso eficaz seria relevantemente restringida.

Em todo o caso, a simples alegação da violação de um direito não basta. Pressupõe-se uma «*arguable claim*», como o próprio Tribunal indicou, minimamente consubstanciada, não improcedente de modo óbvio e não abusiva (o que, no limite, pode até ser o caso mesmo que a queixa seja «manifestamente mal fundada», nos termos do art. 35.º). O Tribunal tem-se, porém, recusado (cfr. o caso *Boyle e Ryce* e o caso *Plattform «Ärzte für das Leben»*) a definir em abstracto tal exigência, antes a aprecia em função das concretas circunstâncias, segundo critérios de razoabilidade.

Nestes termos, como se explica no caso *Costello-Roberts*, haverá que examinar se o direito ao recurso foi assegurado, mesmo que não se chegue a provar ter sido posto em causa outro direito ou garantia da Convenção. Por outro lado, em regra – mas numa orientação mais e mais claudicante, a ponto de haver quem tenha dito que tal norma deixou de ser «o parente pobre» dentro da Convenção –, o Tribunal dispensa-se de analisar uma pretensa violação do art. 13.º, quando constata que outro direito ou garantia foi violado.

Haveria, aliás, que mencionar, com MATSCHER, que numa perspectiva processual a necessidade de exaustão dos recursos internos, segundo o art. 35.º, representa o reverso da garantia material do art. 13.º, cuja invocação supõe exauridos os «recursos internos». E ambos os preceitos têm como pano de fundo uma noção semelhante de «recursos internos»: estes, de acordo com o art. 35.º, apenas estarão exauridos, se, previamente, se lançou mão de todos os meios que representam um recurso eficaz nos termos do art. 13.º. Daqui, o candidato poderia ter concluído que os dois preceitos são interdependentes: se não se esgotaram os meios internos, então não se poderá verificar uma violação do art. 13.º; inver-

samente, inexistindo um recurso efectivo, estará de antemão preenchido o pressuposto ou condição de admissibilidade exigido pelo art. 35.º.

Além disso, teria merecido a pena mencionar que, em Portugal, logo por via da incorporação constitucional da CEDH, será sempre possível recorrer judicialmente, no domínio da competência do Tribunal Constitucional, de uma violação dos direitos fundamentais consagrados. Mas aqui caímos na pecha mais geral, que já denunciarei, de se desprezar o quadro jurídico português.

Estranhamente, toda a problemática anterior ficou por explicitar. Com excepção daquilo que se possa retirar da constatação geral, feita pelo candidato em termos menos precisos, de que, enquanto através do direito a um recurso eficaz se pretende assegurar a protecção dos demais direitos da Convenção no âmbito nacional, ele representa um pressuposto e, simultaneamente, uma manifestação do princípio da subsidiariedade do sistema da Convenção.

Insisto na questão da natureza acessória (que, é quase desnecessário adverti-lo, não significa minimizar a importância da garantia) porque se trata de um ponto nodal na interpretação do art. 13.º. Nomeadamente, o âmbito ou extensão da garantia que desse preceito decorre depende do concreto direito cuja (pretensa) violação esteja em jogo (como afirmou o próprio Tribunal no caso *Kudla*). Assim, a exigência de efectividade, a que mais à frente voltarei, assumirá a sua amplitude máxima tratando-se de um direito intangível.

Por exemplo, o Tribunal, no caso *Aksoy*, numa situação de supostos maus-tratos de presos, considerou que o art. 13.º, em conjugação com o art. 3.º, garante, para além da obrigação objectiva do Estado de proceder a uma investigação cuidadosa e efectiva (como, aliás, já decorre do art. 3.º), o acesso efectivo do queixoso ao processo de investigação e, eventualmente, o pagamento de uma indemnização.

Já perante direitos «condicionáveis», a exigência de efectividade pode ser limitada. Assim, estando em causa a liberdade de religião consagrada no art. 9.º, o TEDH julgou admissível, no caso *Hassan e Tchaouch*, que o direito interno do Estado búlgaro restringisse a legitimidade para contestar uma decisão relativa ao registo dos dirigentes de uma comunidade religiosa apenas aos representantes daquela, excluindo os demais membros.

Abro agora um parêntesis para referir que, quanto às escutas telefónicas, o Tribunal admitiu no caso *Klass* uma restrição do art. 13.º, imposta pela própria natureza das coisas. Com efeito, se sobrevém aí uma violação de um direito decorrente da medida de escuta, o afectado só pode queixar-se quando desta tem conhecimento. Quando, porém, a escuta se mostra admissível nos termos do art. 8.º, também não poderá ser ilegítima na perspectiva da violação do art. 13.º.

Anotado isto, diga-se, por outra banda, que, se das disposições materiais da CEDH derivam obrigações de *facere* para o Estado, então o art. 13.º também garante um recurso efectivo face à violação de tais deveres positivos, designadamente para apurar se os meios ou medidas adoptadas são razoáveis e adequadas (ver caso *Plattform «Ärzte für das Leben»*)

Um aspecto ulterior, identicamente não desenvolvido, prende-se com o facto de nem o art. 13.º, nem em geral a Convenção, prescreverem os moldes segundo os quais, em termos concretos, deve estar conformado nas ordens internas o direito ao recurso; apenas se exigindo que este seja efectivo (o que, claro, não deve ser confundido com a certeza de um resultado favorável). Refere o candidato, amparando-se no caso *Klass*, que para apreciar a efectividade do recurso, ter-se-á de tomar como ponto de referência a situação em apreço. Mas não empreende qualquer tentativa para esmiuçar minimamente os critérios relevantes e factores ou elementos a ponderar. Não menciona, por exemplo, serem decisivas as competências que, no caso, a instância nacional detenha e as garantias processuais previstas (de acordo ainda com o acórdão *Klass*). Tão-pouco salienta a necessidade de a instância nacional poder decidir de modo vinculativo, não se limitando a emitir pareceres ou recomendações. De um modo mais geral, o Tribunal já decidiu (caso *Smith e Grady*) dever o controle exercido pela instância nacional ser de uma intensidade equivalente à do controle europeu.

É sabido que a Convenção também não contempla os termos ou trâmites a observar no processo perante a instância nacional. Entende-se, no entanto, que não basta um processo informal, e que a pessoa afectada há-de ter direito a ser ouvida no contexto do processo. De um modo genérico, disposições impondo certos prazos, determinada forma, ou restringindo a legitimidade a certas entidades ou re-

presentantes das partes, não afectarão o essencial do direito ao recurso (cfr. o já referido caso *Hassan e Tchaouch*). Ao invés, quando o recurso esteja dependente de outros pressupostos, nomeadamente de uma eventual, mas irreparável, violação jurídica (cfr. o caso *Camenzind*), poderá não estar assegurado de forma conveniente. Acresce que a efectividade do recurso também se mede pela bitola da efectividade da execução das decisões da instância de recurso (caso *Iatridis*).

Cabem ainda alguns comentários adicionais.

O primeiro, para frisar que o direito que o particular há-de poder fazer valer, segundo o art. 13.º, não tem de coincidir em toda a linha com os direitos da Convenção, basta que corresponda ao conteúdo essencial destes. Com efeito, entende-se (e é também a opinião do Tribunal no caso *Smith e Grady*) que do art. 13.º não se pode inferir uma obrigação, para os Estados-membros «dualistas», de incorporar ou de transporem directamente as garantias da CEDH para o seu direito interno (embora quase todos o tenham feito).

O segundo prende-se com a questão de saber se do art. 13.º deriva para os Estados uma obrigação de preverem na ordem jurídica interna a possibilidade de directa impugnação ou controlo de leis que eventualmente violem a Convenção. Que pensa o candidato sobre este ponto?

Por último, gostaria de observar duas ou três coisas no que concerne ao tema das relações do preceito em análise com outras normas da Convenção, mormente quanto ao eventual concurso com outras garantias contenciosas, em particular as que asseguram o acesso a um tribunal.

O candidato afirma que o domínio de aplicação do art. 13.º fica, face a tais normas, significativamente restringido. E, de facto, sempre que esteja em causa a possibilidade de recurso ou acesso a um tribunal, as garantias (mais amplas e ligadas a pressupostos mais específicos) consagradas no art. 5.º, n.º 4 e no art. 6.º, n.º 1, sobrepor-se-ão, numa «relação de absorção», por constituírem *leges specialis* em relação ao art. 13.º (o que, contudo, o Doutor José de Campos Amorim só assinala para o art. 6.º).

Conviria todavia ter acrescentado que a recente jurisprudência do TEDH, depois da verdadeira inversão de marcha que representou o caso *Kudla* (cfr. ainda o caso *Horvat*), admite que possa ocorrer uma

violação do art. 13.º quando o direito a um recurso eficaz para uma instância interna esteja em causa pela duração irrazoável de um processo judicial. Actualmente, ao arrepio da orientação anterior, o Tribunal, depois de verificada a eventual violação do art. 6.º, n.º 1, procede ainda à análise da queixa segundo o art. 13.º. Abandonou-se, pois, a ideia de uma estrita relação de especialidade entre os dois preceitos. Destarte, o TEDH acaba por impor que os direitos nacionais assegurem que, por exemplo, preventivamente os processos atrasados possam ser acelerados, ou prevejam uma adequada indemnização pelos danos originados por uma irrazoável demora.

Aqui se enquadram, aliás, os arts. 108.º e 109.º do Código do Processo Penal português, e a consagração expressa da responsabilidade do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, como se prevê no recente Projecto de Lei (Projecto de Lei 148/IX) sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Face à orientação mais recente, não se afigura até de excluir que no futuro o Tribunal venha a estender tal orientação (de examinar a eventual violação do art. 13.º) ao domínio de todas as garantias ou direitos previstos no art. 6.º.

*A latere*, e para terminar esta matéria, notarei que, na medida em que o art. 6.º, n.º 1, garante a independência do tribunal a que for submetida a causa, decisões dos tribunais e processos judiciais só poderão ser revistos por outros tribunais. Contudo, os Estados não estão obrigados pela Convenção, não tendo ratificado o Protocolo n.º 7 (como sucede com Portugal, que contudo já o assinou), a preverem um duplo grau de jurisdição. Por estas razões sistemáticas, o TEDH afastou do âmbito de aplicação do art. 13.º a violação de direitos da Convenção por via de processos ou decisões judiciais (caso *Jacobsson e Häkansson e Sturesson*).

## **XI. Convolo, por fim, para o chamado «direito à habitação».**

Este é abordado no estudo do candidato na página 89, em cinco linhas. Da exposição sobressai, antes de mais, a circunstância de a alusão a tal (putativo) direito aparecer totalmente desenquadrada: nem se chega a explicitar a sua relação com o direito de propriedade,

nem se invoca um único preceito ou decisão jurisprudencial que o amparem.

Seja como for, trago o ponto à colação sobretudo como pretexto para aludir a um aspecto já acima criticado. Contrariamente ao que poderia pensar quem leia desprevenidamente o estudo do Doutor José de Campos Amorim (quer na parte a que agora directamente me refiro, quer em tudo quanto diz sobre a distinção entre as várias espécies de direitos do Homem), não há que confundir, muito menos na fase actual, aquilo que SUDRE designou sugestivamente pela «permeabilidade» da Convenção aos direitos sociais com o reconhecimento de verdadeiros e efectivos direitos sociais.

É incontestável que a «jurisprudência criativa» do Tribunal acabou por emprestar uma «coloração social» ao texto da Convenção. A via percorrida, nesta matéria, pelo Tribunal repousa sobretudo no art. 1.º do Protocolo Adicional, no direito aí consagrado ao «respeito dos bens», e no sucessivo alargamento de tal noção. Por vezes, em conjugação com o art. 14.º; outras vezes, sem qualquer amparo noutros preceitos.

Prescindindo de percorrer as relativamente abundantes decisões, recordarei que é costume ver no caso *Gaygusuz*, de 1996, a etapa essencial da abertura da CEDH a considerações de ordem social. Aí, para poder sancionar nos termos do art. 14.º uma discriminação, em razão da nacionalidade, no gozo de um direito reconhecido pela Convenção, o Tribunal considerou o direito a um «subsídio de urgência», em caso de desemprego, por conta da pensão de reforma («*eines Pensionsvorschusses in Form der Notstandshilfe*»), um bem (ou «interesse patrimonial substancial», segundo a definição do Tribunal), no sentido do art. 1.º do Protocolo Adicional.

Tal tendência de «socialização» da noção de «bens» aparece ainda, por exemplo, a propósito de discriminações fundadas no sexo. Prenunciada no caso *Van Raalte* e no caso *Petrovic* (relativo ao direito do pai à concessão de uma licença parental, que no entanto não conclui pela existência de uma violação), ganhou pé no caso *Wessels-Bergervoek* e no caso *Willis* (respeitantes ao direito a uma pensão de velhice, reduzida em determinada percentagem, de uma mulher cujo marido tinha trabalhado no estrangeiro e ao direito a uma pensão de viuvez por parte do marido).

Se passarmos agora à aplicação (desenvolção jurisprudencial ou, se se preferir, «pretoriana») do art.º 1.º, considerado isoladamente, logo nos apercebemos que o direito à habitação, a par do direito à protecção dos instrumentos de trabalho, representa precisamente o domínio no qual se traduz a tendência descrita. Destarte, e ultrapassando algumas hesitações anteriores, no já atrás referido caso *Oneriyildiz*, de 18 de Junho de 2002, o Tribunal aplica pela primeira vez a «teoria das obrigações positivas» ao art. 1.º do Protocolo Adicional (a decisão condenou as autoridades turcas por não terem tomado todas as medidas necessárias para impedir a materialização do risco de uma explosão de metano e o conseqüente aluimento de terras que levou à destruição de uma construção clandestina onde o requerente vivia com a sua família).

Na lógica de uma tal decisão, apesar do peso que nela possa ter revestido o concreto contexto social e familiar, está, como logo se advertiu, o reconhecimento implícito de um «efeito horizontal» ao direito de propriedade. Que viria a ser expressamente reconhecido no caso *Sovtransavto Holding* (no princípio em si, que não no resultado) e no caso *Lallement* (este quanto aos utensílios de trabalho, considerados, para além do seu valor venal «bens», para efeito da protecção concedida pelo art. 1.º).

Mas tudo isto – e, aliás, os termos da evolução jurisprudencial ainda não estão suficientemente sedimentados ou sequer delineados – não autoriza a que se fale, com propriedade, do reconhecimento de verdadeiros direitos sociais ou, especificamente, de um «direito social à habitação», previsto, isso sim, nos arts. 19.º e 31.º da Carta Social Europeia.

**XII.** Resta referir a conclusão que, nas págs. 89 e 90, o autor ensaia.

Pelo caminho fica, como já dei conta, mas é justo sublinhar, o estudo dos demais direitos da Convenção. Cujo tratamento, relativamente detalhado, mais ou menos preciso, não diverge significativamente do nível de proficiência de análise que até agora fui verificando.

A conclusão é bastante pobre, cinco curtos parágrafos, nela incluem-se brevíssimas indicações do mecanismo do sistema de protecção da Convenção. Finaliza-se com uma citação, cuja origem não está identificada.

**XIII.** Gostaria de terminar reconhecendo que o estudo apresentado, castigados alguns aspectos formais capazes de ensombrar o seu merecimento intrínseco, e convenientemente actualizado, revela-se porventura susceptível de constituir o gérmen de um trabalho de investigação mais aprofundado numa matéria tão fascinante e complexa como é da CEDH, e que não tem, atrevo-me a dizê-lo, recebido a devida atenção da doutrina portuguesa.

*Raul Guichard*