

# **A INFLUÊNCIA DA CEDH NO DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL**

## **A PERSPECTIVA NACIONAL OU O OUTRO LADO DO ESPELHO\***

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) constitui um documento histórico e historicamente datado, mas que tem mantido uma penetrante actualidade, através da leitura dinâmica, sucessivamente enriquecida pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e também – porque não dizer – como resultado do diálogo com as jurisdições nacionais.

A protecção dos direitos fundamentais, especialmente a efectiva protecção judicial dos direitos constitucionais do indivíduo, passando da proclamação dos grandes textos à jurisdicionalização efectiva, foi a marca do séc. XX; inicialmente nos Estados Unidos por efeito da jurisprudência da *Supreme Court* e, na segunda metade do século na Europa, muito na base da aplicação da CEDH sem cristalizações temporais e do seu desenvolvimento pretoriano pelo TEDH, numa dimensão que os autores do documento não poderiam ter certamente pensado ou a vontade política possível à época não teria permitido.

De todos os instrumentos internacionais de protecção, a CEDH - sucessivamente acrescida de vários Protocolos consagrando novos direitos - estabeleceu o sistema de protecção porventura o mais emblemático e certamente o mais eficaz, centrado actualmente no TEDH.

A Convenção estabeleceu mecanismos de controlo efectivos e jurisdicionalizou o sistema de protecção como sistema de direito internacional, concedendo aos indivíduos o direito de queixa contra os Estados; pela primeira

---

\* Intervenção no Colóquio por ocasião da Comemoração do 30º Aniversário da vigência da CEDH em Portugal – Supremo Tribunal de Justiça, 10 de Novembro de 2008.

vez foi reconhecida aos particulares personalidade judiciária de direito internacional, permitindo-lhes o acesso a um processo no qual podem fazer valer contra o Estado as suas queixas ou pretensões de declaração de violação dos direitos consagrados, podendo obter, numa instância judicial internacional, a condenação dos Estados.

Foi um passo imenso e aceite com desconfiança por um bom número de Estados. Bastará reparar na sequência das declarações de aceitação do direito de recurso individual, previstas na Convenção anteriormente ao Protocolo nº 11, e anotar os tempos em que a declaração de aceitação foi efectuada pelos Estados que a formularam.

A protecção judicial dos direitos fundamentais, não teórica ou ilusória, mas concreta e efectiva, foi, na Europa e em primeira linha, essencialmente o resultado do labor do TEDH na interpretação e aplicação da CEDH.

Mas o desenvolvimento atingiu a dimensão actual por via de factores institucionais e procedimentais. A Reforma do sistema de controlo instituída pelo Protocolo 11, em vigor desde 1 de Novembro de 1998 (há precisamente dez anos), com criação de um novo Tribunal de funcionamento permanente, e a generalização sistémica do direito de recurso individual, permitiram o envolvimento judicial numa “massa crítica” de casos e consequentes decisões, que constitui um fundo jurisprudencial único e ainda, certamente, em permanente evolução.

A base territorial e pessoal da jurisdição – 47 Estados e 800 milhões de habitantes – tem determinado um inevitável e espectacular aumento da quantidade e da substância das matérias, possibilitando um fundo de diversidade propício à criação jurisprudencial.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No ano de 2007, foram distribuídos 41700 processos, e terminados 28792 (1735 por acórdão e 27057 por decisão de inadmissibilidade ou de retirada das tabelas), para além de 13413 terminados administrativamente ou por desistência antes da distribuição. Cfr. “Aperçu” 2007.

2. Nas modernas sociedades democráticas foram cometidos ao juiz poderes acrescidos, suscitando mesmo no discurso político, por vezes, a advertência sobre as dificuldades de compatibilizar o controlo judicial com o governo democrático.

Na matriz europeia, os elementos constitutivos dos poderes acrescidos do juiz podem identificar-se, contudo, no tempo e no espaço, pela constitucionalização de direitos e pela caracterização do juiz contemporâneo como juiz constitucional - no sentido substancial de juiz da Constituição e não especificamente funcional de juiz dos tribunais constitucionais. O juiz está vinculado a normas e princípios fundamentais superiores às próprias leis dos parlamentos.

Os poderes do juiz aumentaram – e é aí que se fundamenta a “fórmula crítica” de «governo de juízes», usada hoje, em corrosão semântica, para efeitos de deslegitimação e disruptivos. Os poderes aumentaram em razão directa da força normativa *self-executing* e directamente impositiva das Constituições, na medida em que a aplicação pelos juízes das normas e princípios constitucionais fundamentais se pode fazer em detrimento da lei e, por mais, da lei dos parlamentos.

O aumento (ou desenvolvimento) dos poderes do juiz contemporâneo afectou o sossego dos modelos e sistemas «legicêntricos», e manifesta-se, complementarmente, como retorno do direito, nas referências mais amplas que a lei e no incremento da responsabilidade do intérprete.

Neste contexto, como fenómeno a um tempo complementar e determinante, a adopção de textos de direito internacional de protecção de direitos fundamentais, com os seus próprios intérpretes judiciais, produziu um novo modelo que se poderia designar de «cosmopolitismo judicial», como processo de estabelecimento de instâncias judiciais internacionais ou supranacionais.

A criação de instâncias internacionais ou supranacionais e a formação dos seus próprios modos de abordagem – linguagem; argumentação – influencia necessariamente as instâncias nacionais, mas também recebe contributos dos

juízes nacionais na aplicação dos textos fundamentais de nível supranacional, em interacção que se desenvolve em «contextos deliberativos comunicantes»<sup>2</sup>.

A emergência do juiz supranacional teve, na prática, um efeito relevante de congregação para a sedimentação dos compromissos sobre valores e princípios fundamentais, pela interacção com os juízes nacionais na aplicação dos mesmos princípios e regras fundamentais. As Constituições democráticas modernas apelam – expressa ou implicitamente – aos instrumentos nacionais de protecção, e os juízes, num espaço cultural próximo, acabam por convergir em interpretações e desenvolvimentos com fundo comum.

Por virtude da abertura das sociedades contemporâneas, da disponibilidade de informação, dos intercâmbios e da circulação da pessoas e bens, as normas aproximaram-se ou vivem, na base, sobre fundos culturais e civilizacionais próximos; os conflitos plurilocalizam-se; a emergência de factores de externalidade transporta a necessidade de diálogo judicial.

As relações entre juízes intensificaram-se. Pelo sentimento ou consciência crescente de um património civilizacional democrático ou pelos silêncios do direito positivo, pela construção europeia ou na procura de garantias e de segurança para o comércio internacional, os juízes interagem em círculos de comunicação, muitos deles informais

Por isso, hoje fala-se já de uma «sociedade de tribunais», emergente num espaço não hierárquico e policêntrico, de horizontes diversos, mas com funções e tarefas comuns, em que ocorre um intercâmbio de informações e ideias, como estímulos intelectuais e argumentativos, em complementaridade ou mesmo em colaboração directa<sup>3</sup>.

Mas também em modelos de competição ou neutralização<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr., DAVID ORDÓÑEZ-SOLIS, *Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación*, in, “European Journal of Legal Studies”, Vol. I, nº 2, p. 3.

<sup>3</sup> Cfr. JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON, “Les juges dans la mondialisation”, ed. La République des idées-Seuil, p. 23 ss.

<sup>4</sup> Revelam-se, por vezes, fortes tensões e manifestações de oposição expressa ao fenómeno de «cosmopolitismo judicial». A *Supreme Court* dos Estados Unidos, por exemplo, «en tant que juridiction constitutionnelle modèle, imprégnée de la supériorité de l’oeuvre prétorienne»,

Existe, na verdade, (ainda?) uma descontinuidade radical entre o espaço judiciário clássico – estadual-nacional – e os novos espaços de comunicação.

O diálogo entre jurisdições, através da influência ou confluência, por meio de «citações cruzadas» de jurisprudência, constitui um processo objecto de ásperas controvérsias, pelo que revelaria de declínio do «nacionalismo metodológico».

Mas, com distâncias, reservas, controvérsias e questões de legitimidade intrometidas, sejam interpessoais, institucionais ou através de estratégias argumentativas pela citação de jurisprudência, as relações entre jurisdições fazem hoje parte de um «modo dialógico de dizer o direito, de o desenvolver ou fabricar»<sup>5</sup>.

Porém, em espaços comuns de valores culturalmente partilhados, ou em modelos de integração económica e política, os tribunais internos de um Estado – a entidade estadual como base da jurisdição – não poderão mais permanecer indiferentes aos seus homólogos. Mas o intercâmbio, a partilha ou a procura de referentes metodológicos de abordagem de casos semelhantes acontecem sem vínculos nem dependências ou estatutos de coordenação.

O espaço de comunicação judicial que tem criado possibilidades de acção não é organizado em função de um sistema. A comunicação entre juízes e a abertura para fora do espaço judicial clássico do tribunal como «instância

---

«elaborée dans le domaine de la protection des droits individuels» (a expressão é de JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis d’Amérique dans le contentieux européen des droits de l’homme*, in, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, ano 16º, nº 62, Abril de 2005, p. 313,ss.), apenas em 26 de Junho de 2003, no caso *Lawrence and Ganes c. Texas*, se referiu expressamente na argumentação a um acórdão do TEDH – o acórdão *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de Outubro de 1981 (sobre a legitimidade de sanções penais para relações sexuais entre adultos, livremente consentidas). No entanto, esta atitude da *Supreme Court* foi vivamente contestada no seu próprio seio (a opinião dissidente do juiz Scalia), e no Congresso manifestou-se mesmo a intenção política de proibir que um tribunal dos Estados Unidos usasse para fundamentar uma decisão a Constituição, lei, regulamento ou decisão judicial estrangeira ou de organismo internacional (Proposta em 2004 e 2005 do *Constitution Restoratin Act*). DAVID ORDÓÑEZ-SOLÍS, *loc. cit.*, p. 24 considera esta posição «o exemplo mais acabado de provincianismo judicial».

<sup>5</sup> Cfr., BENOÎT FRYDMAN, *Le dialogue des juges et la perspective idéale d’une justice universelle*, in « *Les Cahiers de l’Institut d’études sur la Justice* », nº 9, « *Le dialogue des juges* », ed. Bruylant, p. 147 ss.

paradigmática» (RICOUER), e a procura ou a aceitação de decisões exteriores como fonte ou referência de apoio interpretativo ou de modelo de argumentação, não constitui orientação deliberada de política jurisprudencial ou opção metodológica, mas atitude que terá factores explicativos contingentes, sobretudo próximos da familiaridade intelectual.

Os adquiridos culturais, as afinidades intelectuais, a proximidade de compreensão ou a facilidade de comunicação e de informação, são factores que contribuem para compreender a abertura e a extensão da abertura a decisões externas como factor de comparação, de argumentação ou de apoio à decisão.

É, de certo modo, a circularidade das jurisprudências que se vai tornando multidimensional<sup>6</sup>.

Mas a cooperação e o diálogo judicial não é apenas uma questão de estudo e citação de decisões de outros tribunais; um diálogo genuíno exige, além disso, reciprocidade e troca de opiniões, ideias e experiências.

Mais do que os estímulos intelectuais, as conveniências de metodologia ou a necessidade de superar vazios ou descontinuidades normativas suscitadas pelos desafios e pelo desenho de novas controvérsias desencadeadas pelo avanço das tecnologias, foi a expansão do domínio dos direitos fundamentais e a vontade de lhes transmitir efectividade em decisões concretas que tem contribuído para a maior procura e aceitação do diálogo judicial.

Os direitos fundamentais transportam em si uma partilha de sentido universal de valores comuns, como se traduzissem uma linguagem comum de vocação universal. Para ser efectiva, não podem subsistir recusas de partilha do sentido dos valores.

---

<sup>6</sup> A “Rede de Supremos Tribunais dos Estados da União Europeia”, constituída como pessoa colectiva de direito francês (instituída em Paris), tem em estado avançado de desenvolvimento a construção de um Portal de Jurisprudência, acessível para pesquisa directamente na língua do utilizador, que, na fase actual, permite o acesso à jurisprudência da maioria dos Supremos Tribunais, com possibilidade de tradução automática das decisões se o pedido for efectuado por juízes dos Supremos Tribunais ou com específica autorização. O STJ integrou o grupo de 5 supremos tribunais na primeira fase de construção do Portal.

A judicialização constitui o modo mais eficaz de afirmação e efectivação, contribuindo, mais do que outros modos, para a necessária sedimentação desta linguagem comum.

Os direitos fundamentais não são já apenas referências últimas, mas judicializados e dotados de efectividade, e também como instrumentos ao dispor do arsenal interpretativo e argumentativos dos juízes, participam do mundo de todos os dias e impregnam os vários sectores do direito – família, trabalho, civil penal e do processo penal, administrativo.

**3.** O TEDH teve influência decisiva na criação, construção e sedimentação de um acervo de valores que constituem hoje património comum de uma “sociedade europeia de tribunais” – e de uma comunidade de cidadãos, mulheres e homens livres em sociedades abertas e democráticas.

A protecção dos direitos fundamentais na Europa, e a impregnação dos vários sectores do direito pelos direitos fundamentais foi obra dos juízes. E, em particular, dos juízes do TEDH, paulatina, mas firmemente e, de modo intenso e decisivo, ultrapassado o “caminho crítico” de meados dos anos 90 do século passado, quando a ampliação do direito de recurso individual permitiu dispor de uma base de casos suficientemente diversificada pela origem e pelas matérias.

O diálogo e a cooperação entre juízes foram, pois, certamente iniciados, mas sobretudo muito influenciados pelo TEDH através do desenvolvimento criativo, da interpretação evolutiva e da aplicação irradiante da CEDH aos vários campos do direito.

Diálogo, antes de mais, com os tribunais nacionais, especialmente com os Supremos Tribunais, mas também como factor de influência na cooperação entre os juízes nacionais a respeito do sentido de valores interdependentes e indivisíveis na procura de uma convergência de resultados.

As relações de mútua influência entre o TEDH e os tribunais nacionais tecem-se dentro de um modelo que não reveste natureza processual, seja hierárquica ou normativa.

O sistema convencional de controlo está instituído num quadro de autonomia, sem continuidade processual directa entre as ordens judiciais nacionais e o TEDH; não existe recurso de decisões judiciais internas, nem partilha de decisões no processo com a instância europeia.

O pedido pelos interessados para a intervenção do TEDH – a queixa – depende mesmo, como pressuposto processual, da exaustão dos meios internos disponíveis e, por isso, da existência de uma decisão interna definitiva – ou seja, de uma decisão transitada em julgado quando emanada de um tribunal interno – artigo 35º, par. 1º da CEDH.

Não é fácil enquadrar em categorias as relações entre o TEDH e os juízes nacionais. Numa perspectiva bilateral, existe, ainda assim, a norma do artigo 46º, par. 1º, da CEDH que dispõe que os Estados membros, isto é, todos os órgãos do Estado, incluindo os seus tribunais, «obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem parte». Por este lado da vinculação directa, aplica-se o princípio da relatividade do caso julgado, que não tem autoridade de caso julgado absoluto ou *erga omnes*, na medida em que não obriga os outros Estados a tomar alguma medida ou a considerar o seu próprio direito interno como inaplicável.

No que respeita, porém, aos tribunais dos Estados que não sejam parte no litígio ou aos tribunais nacionais fora de um caso em que foi proferida a decisão, a relação não está directamente estabelecida. A relação que exista poderá, eventualmente, ser enquadrada numa categoria de diálogo judicial «semi-vertical», no sentido em que os tribunais de qualquer dos Estados membros estão também directamente comprometidos no respeito pelos direitos fundamentais tal como são garantidos pela CEDH, ou seja, com o desenvolvimento e como são interpretados e aplicados pelo TEDH<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> ALLAN ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in “European Journal of Legal Studies”, Vol. I, nº 2, p. 5, ss., categoriza cinco tipos diferentes de relações entre tribunais, passando da hierarquia vertical até relações de natureza mais horizontal.



No entanto, não obstante os termos limitados da vinculação directa, as decisões do TEDH quando interpretam as disposições da CEDH devem ter uma «autoridade específica» que se impõe a todos os Estados por força da chamada autoridade de «chose interprétée»: o TEDH tem por função «clarificar, garantir e desenvolver» as normas da CEDH, contribuindo para assegurar o respeito pelos Estados dos compromissos que assumem pela vinculação convencional<sup>8</sup>.

A interpretação pelo TEDH de normas convencionais deve ser considerada como integrando a própria CEDH<sup>9</sup>.

O princípio de vinculação – aqui, porventura, mais que as contingências – poderá encontrar-se nas fórmulas dos artigos 1º e 19º que comandam toda a CEDH.

Os juízes nacionais estão, assim, vinculados à CEDH e em diálogo e cooperação com o TEDH. Vinculados porque, sobretudo em sistema monista, como é o português (artigo 8º da Constituição), a CEDH, ratificada e publicada, constitui direito interno que deve, como tal, ser interpretada e aplicada, primando, nos termos constitucionais, sobre a lei interna. E vinculados também porque, ao interpretarem e aplicarem a CEDH como primeiros juízes convencionais (ou juízes convencionais de primeira linha), devem considerar as referências metodológicas e interpretativas e a jurisprudência do TEDH, enquanto instância própria de regulação convencional.

A interacção de duplo caminho não pode – será quase da natureza das coisas – deixar de ser assimétrica.

---

<sup>8</sup> Cfr., IRENEU CABRAL BARRETO, *Les effets de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique et judiciaire portugais*, in, « Liber Amicorum Luzius Wildhaber », N. P. Engel, 2007, p. 65 ss.

<sup>9</sup> O caminho percorrido pelos tribunais italianos revela, por exemplo, as dificuldades (e a evolução) no diálogo com o TEDH e na aceitação da sua jurisprudência. Ainda no decurso dos anos 90, a consideração da CEDH como fonte «atípica» consentiu mesmo aos juízes italianos (especialmente à “Corte di Cassazione” e ao Tribunal Constitucional) aproveitar a «generalidade e indeterminação» das normas da CEDH para declarar a substancial inaplicabilidade aos casos a decidir. Só mais recentemente se encontram exemplos de aceitação da função de «orientamento e indirizzo» das decisões do TEDH, que os juízes devem ter em conta para prevenir um resultado hermenêutico diverso. Cfr., ANDREA GUZZAROTTI, “La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, in *Quaderni Costituzionale, Rivista italiana di Diritto Costituzionale*, Ano XXVI, nº 3, Setembro 2006, p. 491, ss, desig, 498-499.

Os tribunais nacionais e, de entre estes, em último grau de intervenção mas no primeiro de responsabilidade, os Supremos Tribunais, são os órgãos de ajustamento do direito nacional à CEDH, tal como interpretada pelo TEDH; as decisões do TEDH têm, pois, e deve ser-lhes reconhecida, uma autoridade interpretativa.

A «chose interprétée», porém, não pode ser separada nem isoladamente compreendida fora dos métodos, dos critérios e dos princípios de interpretação ou da cultura de abordagem e argumentação do órgão que interpreta.

Os métodos de interpretação do TEDH, muito marcados pela especificidade de cada caso, avaliando cada situação no seu conjunto e não segmento a segmento, com argumentação e raciocínio marcadamente indutivos em fundo cultural chegado aos princípios da *common law*, podem, em alguma medida, suscitar dúvidas e por em causa os mecanismos de interpretação da lei nos tribunais do sistema continental, e impor ajustamentos na construção coerente de uma nova ordem normativa.

Na procura de harmonização das jurisprudências – interna e da instância europeia – os reequilíbrios devem resultar do diálogo judicial e da aproximação entre métodos de interpretação que evoluam em convergência. A razão teleológica na protecção, «não teórica ou ilusória, mas prática e efectiva» dos direitos garantidos na CEDH, prima como método, sobrepondo-se na razão prática, à construção normativa.

É nesta convergência ou divergência que a aproximação ou afastamento das instâncias nacionais e europeia mais se pode fazer sentir. Na integração teleológica e dinâmica das categorias e noções convencionais (“necessidade numa sociedade democrática”; “proporcionalidade” de restrições na relação com as finalidades; teoria das aparências; efectividade das garantias; processo equitativo) existe, por natureza, uma parte de álea e de indeterminação na interpretação das disposições convencionais, que comporta o risco inerente de desarmonia entre o primado da interpretação e a norma interna, não como contrariedade patente, mas como resultado concreto divergente.

O diálogo entre jurisdições e a consideração do TEDH pelas experiências e contextos judiciais nacionais podem contribuir também para prevenir o risco, sempre contraproducente, de desvios para o que criticamente se designa como «droit de l'hommisme»<sup>10</sup>.

**4.** O diálogo e a interacção judicial não estão, como se salientou, isentos de tensões e resistências.

A recomposição das fontes de direito, pelo valor supra-legal da CEDH, ou moldadas não apenas pelo texto fixado de um instrumento de direito internacional, mas acrescidas pela interpretação, desenvolvimento e aplicação por uma instância judicial supranacional especialmente dedicada, é susceptível de determinar alguma modificação nos princípios de funcionamento e nas referências tradicionais das jurisdições supremas dos Estados.

A natureza própria da jurisdição suprema nacional sofre ajustamentos, com alguma perda de soberania judicial. A possibilidade de a decisão nacional ser, após trânsito em julgado, objecto de declaração pela instância internacional por violação de um direito protegido, põe em causa, se não formalmente, de certo modo na substância, a autoridade judicial das decisões internas de última instância.

A perda de soberania das jurisdições superiores do Estado pela submissão a um controlo posterior pode gerar tensões e resistências, especialmente nos casos em que o TEDH faz uma leitura muito cerrada da margem de apreciação nacional, pouco ou nada deixando às instâncias nacionais nas definições concretizadas de algumas categorias convencionais.

As noções convencionais que suportam a legitimidade de condições ou restrições ao exercício de alguns direitos (os direitos consagrados nos artigos 8º a 11º da CEDH - respeito da vida privada e familiar; liberdade de pensamento, de

---

<sup>10</sup> A advertência foi deixada pelo primeiro presidente da « Cour de cassation », GUY CANIVET, em *Cours suprêmes nationales et Convention européenne des Droits de l'Homme : nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ?*, in « Dialogue entre juges », TEDH, Seminário de 21 de Janeiro de 2005, p. 26.

consciência e de religião; liberdade de expressão e liberdade de reunião e de associação), especialmente, pela frequência e intensidade da apreciação, os direitos garantidos nos artigos 8º e 10º, e sobretudo pelo peso e pela extensão das justificações consideradas “pertinentes e convincentes” para a legitimidade de alguma restrição ou condição, podem constituir fonte de divergência pelo lado das instâncias nacionais.

Por vezes – e diálogo é também a possibilidade de questionar e olhar o outro lado do espelho – os estreitos limites deixados à margem de apreciação nacional (isto é, dos tribunais internos) podem causar dificuldades de apreensão ou mesmo um sentimento de alguma perplexidade.

E em tais circunstâncias, certamente que a identificação intelectual fica mais onerosa, com o inevitável esboço de resistências ou mesmo com o enfraquecimento da mútua confiança.

Poder-se-iam identificar algumas situações-tipo em que tal risco pode emergir, sendo de esperar, numa relação «semi-vertical» entre instâncias, um esforço de aproximação de abordagens quando não estejam em causa divergências interpretativas nem o afastamento metodológico de critérios, mas tão-só um juízo concreto – e também razoável – sobre categorias como a “necessidade” e a “proporcionalidade”.

Há exemplos de situações desta natureza, mais patentes na concretização dos critérios de finalidade e medida dos parágrafos 2 dos artigos 8º e 10º da CEDH (que enunciam as condições de legitimidade de qualquer ingerência), em que um ou outro limite extremo do TEDH no julgamento da margem de apreciação nacional, por vezes com fortes opiniões dissidentes, não serão facilmente acompanhados ou compreendidos pelas instâncias nacionais. E se assim for, o diálogo construtivo imporá ao TEDH certamente algum esforço para encontrar consensos comunicantes na concretização casuística de alguns critérios.

O caso KARHUVAARA E ILTALEHTI c. Finlândia será um exemplo de paradigma<sup>11</sup>: não se poderá esperar que as instâncias nacionais, interpretando o sentido dos consensos que permitem os equilíbrios das vivências em cada sociedade, cheguem alguma vez tão longe na desconsideração de aspectos da vida privada e familiar de pessoas com responsabilidades políticas – para não referir já os direitos de terceiros pessoas envolvidas, sem qualquer função ou notoriedade pública e de interesse público.

O envolvimento do TEDH nos factos, reinterpretação ou reelaborando o sentido dos factos tal como aceites e assentes na última instância nacional, quando a decisão do caso não impõe – como geralmente não impõe – averiguação factual autónoma, constitui outro factor que pode ser fonte de algum desconforto e produzir ruído na confiança<sup>12</sup>. A reinterpretação autónoma dos factos afasta por

---

<sup>11</sup> Acórdão de 16 de Novembro de 2004. Resumidamente, um jornal finlandês publicou várias referências a um julgamento em processo penal em que estavam em causa comportamentos desordeiros e ofensas a um agente policial, praticados em estado de embriaguês, imputados a um advogado; o título da notícia, no entanto, salientava essencialmente o facto de a mulher do arguido ser deputada e presidente de uma comissão parlamentar. Foram publicados alguns textos sobre a sequência do caso, noticiando a decisão de condenação em seis meses de prisão, suspensa, sendo sempre sublinhada, em título dos artigos, a qualidade de parlamentar da mulher do arguido. Na sequência de queixa da mulher do arguido no processo, a empresa proprietária do jornal e dois jornalistas foram condenados em multa e no pagamento de uma indemnização, tendo o tribunal finlandês fundamentado a decisão na circunstância de os títulos, as primeiras páginas e os próprios artigos terem sido publicados com o propósito de chamar a atenção dos leitores principalmente para a relação conjugal do arguido com uma parlamentar, e não com a finalidade de descrever o facto em si.

<sup>12</sup> V. g., caso LOPES GOMES DA SILVA c. Portugal, acórdão de 28 de Setembro de 2000. (na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, Fasc. 1º, Janeiro-Março de 2001, p. 131 seg.). O director do jornal *Público* foi acusado de difamação, e condenado, por ter publicado na edição de 10 de Junho de 1993 um artigo em que criticava uma personalidade política, candidato à Câmara Municipal de Lisboa, classificando-o «ideologicamente» com qualificativos de rara violência semântica («Nem nas arcas mais arqueológicas e bafientas do salazarismo seria possível desencantar um candidato ideologicamente mais grotesco e boçal, uma mistura tão inacreditável de reacçãoarismo alarve, sacristanismo fascista e anti-semitismo ordinário»; [...] uma «abercerragem salazarenta»), que o tribunal nacional entendeu que poderiam ser interpretados como sendo referidos também à personalidade da pessoa visada, tendo o autor do artigo aceite a possibilidade de uma tal interpretação. O TEDH reinterpreto os factos, considerando que as qualificações se referiam apenas à personalidade enquanto actor político, e decidiu, consequentemente, pela violação do artigo 10º da CEDH, já que a condenação não era proporcionada, porque no debate político, «a invectiva» «extravasa por vezes para o plano pessoal», e que estas são «as contingências do jogo político e do debate livre de ideias, garantes de uma sociedade democrática».

inteiro a margem de apreciação nacional, transformando, *de facto*, o TEDH em “quarta instância”, contrariamente ao modelo convencional de controlo.

Também a reinterpretação pelo TEDH do direito interno é susceptível de acrescentar ruído na interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais, quando tenha por consequência a concessão autónoma de direitos e a correspondente declaração de violação<sup>13</sup>.

A aplicação extensiva da “teoria das aparências” pelo TEDH suscita também, por regra, nos tribunais nacionais de matriz e sistema continental uma reacção mais ou menos difusa de incompreensão. A leitura críptica das aparências como pressuposto da imparcialidade objectiva não entrou ainda – e muito dificilmente será totalmente assimilável – na cultura judicial continental, por nada acrescentar à justiça material e, sem qualquer vantagem, perturbar os modelos processuais ancorados em tradições muito sedimentadas. Há vários exemplos, mas pelas reacções unânimes e fortes da doutrina e do sentimento judicial francês, é muito claro que ainda não assimilaram a decisão do TEDH no caso KRESS c. França<sup>14</sup>.

Existem outras situações em que o diálogo judicial está numa fase de construção, esperando-se um encontro frutuoso na jurisprudência que terá de fazer o seu caminho de divergências e convergências. Permito-me salientar, a este respeito, o percurso pela fundamentação na não discriminação (artigo 14º em conjunto com o artigo 8º da CEDH), hesitante e, por isso, ainda na busca de um “consenso europeu”, quando se discute a (possível) consideração da orientação sexual em face de direitos de terceiros no âmbito das relações familiares. As posições e a abordagem não coincidentes do TEDH nos casos SALGUEIRO DA

---

<sup>13</sup> V. g., a situação referida por GUY CANIVET, *loc. cit.*, p. 30.

<sup>14</sup> Acórdão de 7 de Junho de 2001. O TEDH considerou violadora do princípio da igualdade de armas (artigo 6º, par. 1º da CEDH – processo equitativo) a intervenção do “Commissaire du gouvernement” no “Conseil d’État”, por assistir às deliberações, e pela não comunicação às partes das suas observações no processo.

SILVA MOUTA c. Portugal<sup>15</sup>, FRETTE c. França<sup>16</sup> e E. B. c. França<sup>17</sup>, exigirão certamente reflexão e novos modelos prudenciais futuros.

Num plano de menor relevância substancial, mas de acentuado interesse prático, algumas decisões na primeira fase de apreciação das condições de admissibilidade das queixas no TEDH deixam um rasto de perplexidade. Refiro a “nova” (nova, porque inesperada e surpreendente) prática funcionalista para considerar a natureza definitiva da decisão interna e verificar o prazo da queixa, que, agora, parece contar, não do trânsito (a «decisão interna definitiva»), mas de um outro momento *a quo* escolhido pelo TEDH (a data da decisão), independentemente do uso legítimo pelos interessados dos meios processuais disponíveis (v. g., a arguição de nulidades ou pedido de esclarecimento).

**5. O diálogo e a interacção entre a instância europeia e as instâncias nacionais têm que supor da parte destas uma posição de grande abertura e a assumpção de uma cultura de cosmopolitismo judicial.**

---

<sup>15</sup> Acórdão de 21 de Dezembro de 1999, in “Recueil CEDH”, 1999-IX. O tribunal interno (tribunal da Relação), em recurso de decisão de regulação do poder paternal, referiu-se à orientação sexual de um dos progenitores como um dos elementos a considerar na decisão sobre as condições dos progenitores para a melhor realização do interesse da menor na regulação do poder paternal. O TEDH decidiu que a referência à orientação sexual constituía uma discriminação, e declarou que existiu violação do artigo 14º da CEDH.

<sup>16</sup> Acórdão de 26 de Fevereiro de 2002, in “Recueil” 202-I. Em procedimento administrativo, as autoridades rejeitaram um pedido de autorização prévia para efeitos de adopção com fundamento na «escolha de vida» - celibatária homossexual, que pelas condições de vida não apresentaria as garantias suficientes para acolher uma criança. O TEDH decidiu que não existia violação dos artigos 8º em conjunto com o 14º da CEDH. Para tanto, aceitou a margem de apreciação das instâncias nacionais, que poderiam razoavelmente considerar que o direito de adoptar uma criança tinha como limite o superior interesse das crianças susceptíveis de adopção, sendo a justificação apresentada objectiva e razoável.

<sup>17</sup> Acórdão de 22 de Janeiro de 2008. As autoridades francesas recusaram um pedido de autorização para adopção, invocando a ausência de referência parental no lar da pessoa interessada em adoptar, bem como o comportamento da sua companheira, assumida, de longa data, que não se sentia comprometida e interessada no projecto de adopção. Para o TEDH a invocação de um tal motivo (a ausência de referência parental) era estranha a qualquer consideração sobre a orientação sexual da interessada, mas poderia servir de pretexto para afastar o pedido em razão da orientação sexual. A referência à homossexualidade da candidata à adopção era, senão explícita, pelo menos implícita, e a influência na decisão estava não apenas reconhecida, mas revestia um carácter decisivo. O TEDH considerou existir violação do artigo 14º combinado com o artigo 8º da CEDH, porque a diferenciação ditada por considerações sobre a orientação sexual não é tolerada pela CEDH.

A soberania judicial fica, é certo, mais ou menos enfraquecida consoante são mais ou menos intensas as vinculações internacionais. Mas não compete aos juízes a definição dos compromissos e dos termos da intensidade e das consequências das vinculações nacionais no plano internacional.

A abertura das jurisdições nacionais deve partilhar-se no diálogo necessário, que seja formal ou informal.

E, segundo o parecer de juízes nacionais reunidos em instância de reflexão e consulta, a jurisprudência do TEDH deve constituir para todos os juízes uma referência no processo de elaboração de um corpo de direito europeu<sup>18</sup>.

Deve reconhecer-se, no entanto, que numa matriz «semi-vertical» e de vinculação indirecta, as relações entre juízes de diferentes jurisdições nem sempre apresentam compatibilidade, ou podem mesmo revelar pontos de difícil encontro quando confrontadas com o princípio da independência que é constitutivo de estatuto do juiz e da função de julgamento.

Os juízes julgam apenas segundo a Constituição e a lei, e não têm vinculações de qualquer natureza, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores – a definição e conteúdo da independência no artigo 4º, nº 1 do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

A afirmação da independência não é, porém, incompatível com a consideração devida e com a aceitação das vinculações da jurisprudência do TEDH.

A consideração pela jurisprudência do TEDH não poderá ser certamente uma aceitação por imposição. E só a imposição poderia colocar problemas de independência.

O conhecimento, o estudo, a atenção, a consideração e o percurso pelas construções jurisprudenciais europeias fazem necessariamente parte de um processo de informação plural, de abertura e de procura do respeito pelos

---

<sup>18</sup> Cfr. “Avis nº 9”, 2006, do *Conseil consultatif des juges européens*, sobre a função dos juízes nacionais na aplicação efectiva do direito internacional e europeu.



compromissos internacionais do Estado, que reforça a independência de julgamento e de decisão.

Não desconhecer ou, no rigor, conhecer e assimilar a jurisprudência do TEDH, reforça a independência na parte em que permita ao juiz dispor de um campo mais amplo de referências, possibilitando-lhe uma abordagem mais completa pela visão pluridimensional que os direitos fundamentais trouxeram aos vários sectores do direito.

A maior completude das referências acrescenta dimensão às perspectivas sobre os problemas, permite diversos planos complementares de análise, traz escala maior que os círculos fechados do interior dos sistemas nacionais e, por isso, enriquece os pressupostos de apreciação e decisão, reforçando consequentemente a independência.

Tomar em consideração a jurisprudência do TEDH, que na interpretação e aplicação da CEDH penetrou todos os sectores do direito, constitui um imperativo intelectual para afirmar e actuar a independência – que será tanto mais saliente quanto melhor for o contexto referencial ao dispor do juiz – e não uma limitação anti-soberanista da independência.

A devida consideração da jurisprudência do TEDH não pode ser, no entanto, aceitação acrítica, assumida como dado apodíctico. A consideração implica análise, ponderação, complementaridade, aceitação ou, no limite, divergência, contribuindo para enriquecer o património jurídico comum em diálogo construtivo quando não exista ainda um “consenso europeu” sobre as matérias.

Os juízes nacionais devem, assim, ponderar as soluções jurisprudenciais do TEDH sempre que a decisão de um caso deva ou possa passar também por uma análise na perspectiva específica que os direitos fundamentais adicionem.

Numa metodologia possível para uma grelha de análise, há matérias que apresentam maior permeabilidade às leituras jurisprudenciais do TEDH. E, por isso, a aconselhamos que a jurisprudência da instância europeia seja tida como referência.

Desde logo, os casos em que se discuta ou decida sobre o direito fundamental à liberdade – especificamente as condições substanciais e processuais de privação da liberdade garantidas no artigo 5º da CEDH. A elaboração do TEDH é muito extensa e rigorosa na apreciação dos pressupostos convencionais de privação da liberdade, constituindo um campo privilegiado para testar, ou também enquadrar, as decisões internas. Por exemplo, a apreciação do TEDH sobre as condições, pressupostos e duração da prisão preventiva constitui um campo interessante e vasto para encontro de referências de decisão.

A noção de processo e os direitos processuais garantidos no artigo 6º da CEDH, constituem categorias de uso de todos os dias. A jurisprudência europeia sobre a matéria é muito extensa na integração do conceito de processo equitativo enunciado no par. 1º do artigo 6º através da definição de vários elementos, disponibilizando um quadro de referências essenciais para testar a equidade do processo – processo no sentido de sequência e conjunto procedimental de actos, mas também de garantia de tribunal.

A noção de processo equitativo, com os seus elementos integrantes – independência e imparcialidade do tribunal, publicidade, igualdade de armas, contraditório, prazo razoável de decisão – deve estar sempre presente como modelo ou arquétipo, quando os juízes, a solicitação ou oficiosamente, tenham que avaliar a regularidade de um processo ou a efectiva garantia de alguns dos direitos específicos.

A dimensão plurifacetada das garantias e os direitos processuais específicos, vista pela aplicação concreta em variadas decisões do TEDH, completa as soluções formatadas dos códigos de processo e constitui relevantíssimo auxílio de decisão. Pense-se nos casos, hoje muito salientes pela liberdade de circulação, das exigências de comunicação processual ao arguido em língua compreensível, na garantia de defesa efectiva e no especial cuidado que se impõe ao juiz quando se revelar «carência manifesta de defesa», ou na exigência de compatibilidade de prazos processuais estritos (no sistema, como o nosso, de prazos marcados na lei e não fixados pelo juiz no seu poder de direcção do

processo) com o direito a dispor do tempo e facilidades necessárias para a preparação da defesa.

Em processo penal, nem sempre o rigor (ou a expressão verbal) das fórmulas se acomoda, num ou outro específico caso, com a efectividade prática das garantias processuais. A jurisprudência do TEDH constitui uma fonte e um auxílio que convém ter sempre presente.

Neste domínio, o TEDH, «num esforço porfiado e intransigente, vem ajudando a afirmar, decantados na sua eminência, e nas suas dimensões irredutíveis, os direitos fundamentais, particularmente os mais expostos às intempéries do processo penal, assegurando a sua vigência contrafáctica “em tempos de cólera”»<sup>19</sup>.

As questões relativas a relações familiares aconselham também um olhar sobre a jurisprudência do TEDH elaborada na interpretação e aplicação do artigo 8º da CEDH (protecção da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência).

A definição do conteúdo das relações nos casos de guarda de menores, de aplicação de medidas relativas a menores que envolvam limitação das relações familiares, a noção convencionalmente relevante de relações familiares, ou a consideração das relações familiares como factor com influência, mesmo *extra lege* interna, em casos de expulsão de estrangeiros, são matérias muito trabalhadas pela jurisprudência europeia, com abordagens próprias, em fundo hermenêutico que os tribunais nacionais devem conhecer e devidamente considerar na formação dos seus critérios de decisão.

Mas a expansão interpretativa do artigo 8º pelo TEDH chega a outros espaços e entrou mesmo pelos domínios das medidas de processo penal. A essência do direito à vida privada reside no reconhecimento de um direito à intimidade e, de certo modo, a um direito à tranquilidade judiciária. Por isso, em

---

<sup>19</sup> As palavras são de COSTA ANDRADE, in “*Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*”, in «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 137º, Janeiro-Fevereiro de 2008, nº 3848, p. 139.

certas circunstâncias, o recurso a novos métodos de investigação, nomeadamente no que respeita a medidas mais invasivas da vida privada, pode confrontar a recolha de provas em processo penal com exigências de proporcionalidade perante a «defesa da ordem» e a «prevenção de infracções penais» pela intervenção do par. 2º do artigo 8º da CEDH<sup>20</sup>.

Pense-se, por exemplo, no recurso a agentes infiltrados, na interceptação de comunicações, nas vigilâncias ambientais de som e imagem, nas buscas em domicílio ou na recolha de dados ou na realização de perícias sobre o corpo humano.

A jurisprudência relativa à liberdade de expressão, especialmente no que diz respeito à liberdade de imprensa, construída na interpretação e aplicação do artigo 10º da CEDH, oferece um fundo de critérios de relevantíssima utilidade para os tribunais nacionais. As decisões internas sobre o exercício da liberdade de expressão e consequências do exercício no plano da ilicitude penal ou civil, não podem, hoje, deixar de passar também pelas construções jurisprudenciais do TEDH, que integram já um “consenso europeu”.

No cuidado muito geral de prevenção metodológica podem referir-se duas outras disposições convencionais.

Pela interdição da tortura e de penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o artigo 3º assume a centralidade do princípio do respeito pela eminente dignidade da pessoa humana, que comanda toda a CEDH e é princípio estruturante em que assenta a República Portuguesa – artigo 1º da Constituição. O TEDH tem aceitado analisar no âmbito de protecção do artigo 3º as condições de extradição ou de expulsão de estrangeiros, como medida administrativa ou como pena acessória; é, por isso, aconselhável que os critérios internos de decisão em tais casos sejam testados também pelo sentido da jurisprudência europeia.

---

<sup>20</sup> Cfr., v. g., SYLVAIN JACOPIN, *La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, «Droit Penal», 18º ano, nº 6, Junho de 2006, p. 6 e ss.

O artigo 1º do Protocolo nº 1 à CEDH, que garante o direito ao respeito dos bens, permitiu também elaboração jurisprudencial em questões patrimoniais que pode constituir referência de decisão, designadamente em casos de expropriação, de retardamento na satisfação de créditos ou mesmo em casos de conflito entre as valorações sobre o direito de propriedade e outros direitos<sup>21</sup>.

6. Por fim, o diálogo entre jurisdições é indispensável à efectividade das decisões do TEDH em casos concretos.

A execução das decisões do TEDH tem constituído, por vezes, matéria controversa, cujas dificuldades resultam da natureza do sistema convencional de controlo, que foi construído como sistema inteiramente de natureza subsidiária.

Não consistindo num sistema clássico de recurso, a intervenção judicial que permite apenas pode ser suscitada *ex post*, pressupondo mesmo a natureza definitiva (o caso julgado) das decisões internas.

A evolução e a crescente afirmação do sistema, com a consequente intervenção sobre uma grande diversidade de casos, e a evolução para um controlo do TEDH, material e de facto, como “quarta instância”, pressionaram a emergência de soluções de execução no caminho da *restitutio in integrum*, só possível, em muitas situações, pela fragilização do caso julgado.

O diálogo entre jurisdições e o pragmatismo de alguns governos, permitiram, não obstante a existência de caso julgado, encontrar soluções pontuais para a execução de decisões do TEDH<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. v. g., o acórdão VELOSA BARRETO c. Portugal, de 21 de Novembro de 1995, “Recueil”, série A, nº 334, relativo a um caso de resolução do contrato de arrendamento com fundamento na necessidade de habitação do próprio senhorio (também na *Revista do Ministério Público*, ano 17, nº 66, Abril-Junho de 1996, p. 155 e na *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1996, 64; ou o variado contencioso nacional sobre retardamento no pagamento das indemnizações pelas expropriações na reforma agrária ou pelas nacionalizações.

<sup>22</sup> Pode referir-se o modo como as autoridades holandesas decidiram respeitar o sentido da decisão do TEDH no caso VAN MECHELEN (condenação com base em testemunhas anónimas, sem efectivo contraditório), libertando os condenados; a decisão judicial de mandar retirar do registo criminal a condenação na sequência do acórdão do TEDH no caso TEIXEIRA DE CASTRO c. Portugal, ou a experiência espanhola de colaboração recenseada por JORGE RODRÍGUES-ZAPATA PÉREZ, *L’effet dynamique de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de*

Os debates sobre a matéria influenciaram a aprovação da Recomendação R(2000), de 19 de Janeiro de 2000, do Comité de Ministros do Conselho da Europa<sup>23</sup>, que constitui um instrumento de *soft law*, com injunções politicamente relevantes, e que instou os Estados a prever a possibilidade de reabertura dos processos internos quando a reapreciação constituir o meio necessário para reparar o direito afectado nos casos de declaração de violação pelo TEDH.

Nas alterações processuais de 2007, a legislação nacional, pela via da previsão de um novo fundamento específico do recurso de revisão, seguiu as injunções da Recomendação – artigo 449º, nº 1, alínea g) do CPP e artigo 771º, alínea f) do CPC.

É um campo para a jurisprudência fazer o seu caminho e, certamente, testar e verificar qual o lugar que os tribunais nacionais vão entender (ou querer) ocupar no diálogo interjurisdicional<sup>24</sup>. Nomeadamente, o modo como vão

---

*l'homme et le rôle des cours constitutionnelles*, “Dialogue entre juges”, Seminário, “Cour européenne des Droits de l’Homme”, 2007, p. 60.

<sup>23</sup> A Recomendação encoraja as Partes contratantes a prever possibilidades adequadas ao reexame de um caso ou à reabertura de um processo nos casos em que o TEDH declare a existência de uma violação da CEDH, particularmente quando: (I) a parte lesada continua a sofrer consequências negativas muito graves em resultado da decisão nacional, consequências que não podem ser compensadas por uma indemnização equitativa e apenas podem ser corrigidas pelo reexame ou pela reabertura, e (II) resulta do acórdão do TEDH que (a) a decisão interna é contrária à substância da CEDH, ou (b) a violação verificada foi causada por erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que coloque sérias dúvidas sobre o resultado do processo interno.

Na exposição de motivos, a Recomendação indica algumas situações em que a reabertura se justifica: *a)* pessoas condenadas a longas penas de prisão e que continuam presas quando o seu caso é examinado pelo Tribunal; *b)* pessoas injustamente privadas dos seus direitos civis e políticos; *c)* pessoas expulsas com violação do seu direito ao respeito da sua vida familiar; *d)* crianças interditas injustamente de todo o contacto com os pais; *e)* condenações penais que violam os artigos 10º ou 9º, porque as declarações que as autoridades nacionais qualificam de criminais constituem o exercício legítimo da liberdade de expressão da parte lesada ou exercício legítimo da sua liberdade religiosa; *f)* nos casos em que a parte lesada não teve tempo ou as facilidades para preparar a sua defesa nos processos penais; *g)* nos casos em que a condenação se baseia em declarações extorquidas sob tortura ou sobre meios que a parte lesada nunca teve a possibilidade de verificar; *h)* nos processos civis, nos casos em que as partes não foram tratadas com o respeito do princípio da igualdade de armas.

<sup>24</sup> Por exemplo, o modo de execução da decisão no caso PANASENKO c. Portugal (acórdão de 22 de Julho de 2008) constituirá uma interessante questão se e quando for suscitada. Designadamente saber se a eventual execução impõe ou não o recurso de revisão. O próprio TEDH, em considerações que podem ser interpretadas como sugestão de execução, e que não são comuns, referiu que «seul le défaut d’assistance juridique étant en cause, qui á eu pour conséquence

interpretar, integrar e considerar (ou não) preenchido o novo fundamento de revisão.

Deve, por fim, referir-se uma situação em que se manifestaram inesperadas dificuldades, com as autoridades nacionais a não aceitar a jurisprudência do TEDH, numa espécie de “rebelião implícita” sem sentido, por não estar em causa matéria que envolvesse complexidade ou questões de princípio ainda em busca de um consenso.

Foi o caso de decisões dos tribunais administrativos, que não aceitando a indemnização por danos não patrimoniais nos casos de violação do direito a decisão em prazo razoável (artigo 6º da CEDH), provocaram um aumento do contencioso português, retirando sentido útil a anterior jurisprudência do TEDH que deixara para os remédios nacionais, por aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, as questões de reparação por atrasos processuais<sup>25</sup>.

A atitude das instâncias internas determinou a posterior declaração de violação, com o TEDH a formular, fora da praxe judicial, críticas explícitas muito fortes às autoridades judiciais nacionais<sup>26</sup>.

7. De qualquer modo, o diálogo interjurisdicional deve ser assumido pelos juízes nacionais com a remissão para valores fundamentais, abertura a horizontes diversos e a outros modos de pensar o direito, e com rigor intelectual, mas sem fechamento em radicalismos próprios de um qualquer «nacionalismo metodológico».

As instâncias internacionais, por seu lado, devem também ter sempre presente a advertência do juiz Jackson da “*Supreme Court*”<sup>27</sup>: «*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*».

---

d’empêcher le requérant d’accéder à la Cour suprême, l’examen de son pourvoi par la Cour suprême pourrait constituer un redressement adéquat de la violation constatée» (par. 78, *fine*).

<sup>25</sup> Cfr, Decisões nos casos PAULINO TOMÁS c. Portugal e GOUVEIA DA SILVA TORRADO c. Portugal, ambas de 22 de Maio de 2003.

<sup>26</sup> Acórdão MARTINS CASTRO E ALVES CORREIA DE CASTRO c. Portugal, de 10 de Junho de 2008. A divergência está ultrapassada com o acórdão do STA de 25 de Novembro de 2007.

<sup>27</sup> Opinião concordante no caso *Brown v. Allen*, de 9 de Fevereiro de 1953.

Temos de ter humildade intelectual para reconhecer a relatividade dos nossos saberes.

É que, de um e outro lado do espelho e ao contrário do juízes de Galileu - no traço imaginado de Gedeão, «doutos, hirtos, de toga e capelo», «grandes senhores deste pequeno mundo», «empertigados nos seus cadeirões de braços» -, que não sabiam, nós sabemos que andamos «a correr e a rolar pelos espaços à razão de trinta quilómetros por segundo».

(António Henriques Gaspar)