

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

Os textos que em seguida se publicam foram obtidos, na sua maioria, a partir da gravação das alocações dos intervenientes no Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, organizado conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pela Universidade Católica Portuguesa (curso de Direito, no Porto), com a colaboração do Conselho da Europa.

A demora ocorrida na publicação deste trabalho deve-se essencialmente à destruição dos textos originais no incêndio que deflagrou nas instalações da Procuradoria-Geral da República, facto que determinou a necessidade da sua reconstituição.

Apesar do tempo decorrido, a actualidade e relevância dos temas versados, justificam, a nosso ver, a sua divulgação.

**COLÓQUIO SOBRE
DIREITOS
FUNDAMENTAIS
E CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS
DO HOMEM**

Porto, Palácio da Bolsa, Junho de 1980

Cumpre-me a todos saudar, na qualidade de Presidente da Direcção da Associação Comercial do Porto, em cuja sede, neste Palácio, conhecido pelo Palácio da Bolsa, tivemos o privilégio de os receber.

Em 1834, o Porto, ainda mal refeito do cerco Miguelista de dois anos antes, criava as suas novas Instituições — fundava-se, nesse ano, a Associação Comercial do Porto — Câmara do Comércio, verdadeiro Senado dos Homens bons desta terra.

Em 1834 extinguíam-se as Ordens Religiosas em Portugal.

Em 1884 inaugurava-se este Salão Nobre, considerado no seu tempo um monumento de mau gosto e uma exibição de novo riquismo por alguns intelectuais da época.

Hoje, 150 e 100 anos passados, num local deste Palácio realiza-se um Seminário sobre a tecnologia do frio, noutro debatem-se os Direitos do Homem e, por último, prepara-se a exposição sobre a obra de S. Bento, Padroeiro da Europa, no seu XV Centenário, e a implantação da sua Ordem em Portugal — tudo no mesmo dia.

Por aqui se verifica o transitório do económico e o subjectivo dos conceitos — contudo, o eterno, o espiritual, permanece.

Se fiz esta evocação de ontem e esta constatação de hoje é para lembrar que no lema da *liberdade, igualdade e fraternidade*, que há dois séculos tanto tem sido proclamado, por vezes a liberdade foi a tônica dominante e tivemos o liberalismo; para outros, a igualdade foi sublimada e tivemos o totalitarismo e, por último, resta-nos o terceiro termo — fraternidade.

Para essa fraternidade, apelo — sou aqui, com simplicidade o digo, o homem vulgar numa Assembleia de Juristas e Doutores.

Neste Palácio e por iniciativa desta Associação existiu por determinação do Governo, em outros tempos, o Tribunal do Comércio. Empenhamo-nos hoje que surja aqui, em breve, um Tribunal de Arbitragem Comercial.

Esta será a forma, entre outras, de minimizar os conflitos e reduzir os contenciosos, num espírito de paz e consenso.

Sois os arquitectos do espírito, capazes de compartimentar o espaço jurídico em que os Homens se movem numa sociedade livre, no Estado de Direito.

Nesse espaço jurídico, definido pelos Homens de Direito, vive uma Comunidade, uma Nação, e a vitalidade desta não se mede pela força militar, nem pela riqueza económica, comercial ou industrial.

Uma Comunidade, uma Nação, compreende-se e sente-se pela sua alma, pelo seu espírito de criar, mais do que técnicas, novas ideias e novos movimentos civilizacionais.

Num período histórico em que os sistemas industriais, cuja tecnologia é similar, seja no Leste ou no Ocidente: uns valorizam a eficácia e daí o liberal supera o social; outros sobreestimam o social em detrimento da liberdade; ainda outros sacrificam o homem ao colectivo, sob diversas formas de opressão.

Talvez nos caiba a nós, por tradição histórica, realizadores das tarefas impossíveis para os homens do seu tempo, exercer no Atlântico, lago da civilização do terceiro milénio, a função da Grécia no primeiro milé-

nio — descobrir a síntese civilizacional que nos encaminhe para a fraternidade a que aludi, na Paz e na Prosperidade dos Homens de Boa Vontade.

Fazer a cidade, a cidade viva, a cidade dos homens, mais do que um projecto de intenção é vontade dos homens e das mulheres que reconhecem que só num Estado de Direito há o clima propício para uma sociedade fraterna e livre.

Que os vossos trabalhos sobrevivam nas vossas ideias e nos vossos sentimentos são os meus votos.

Paulo Vallada

ALOCUÇÃO DE
JOSÉ NARCISO DA CUNHA
RODRIGUES

*Procurador Geral Adjunto
e Agente de Portugal
junto da Comissão Europeia
dos Direitos do Homem
e do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem*

Alocução de JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES

A abertura dos trabalhos exige algumas palavras de apresentação. Tendo o Governo considerado a Procuradoria-Geral da República, especialmente vocacionada para assegurar a representação de Portugal junto da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, coube-me a mim, por proposta do Senhor Procurador-Geral da República, ser designado para as referidas funções.

É nesta qualidade, que muita me honra, que me desonero da incumbência de apresentar o programa do Colóquio.

Quando em 1978 ratificou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com a aceitação do direito de recurso individual, Portugal dispôs-se a assumi-la como projecto de vida colectiva.

A força e originalidade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem reside exactamente em não se tratar de mero catálogo de direitos ou intenções mas de um instrumento prático que estabelece mecanismos efectivos de sancionamento para o caso de violação.

Falar de Direitos Fundamentais na perspectiva da Convenção é também, e por isso, falar dos meios que o Estado põe à disposição do homem concreto para os conhecer e exercitar. É finalidade deste Colóquio, debater algumas das grandes questões que se colocam a este nível. Os temas foram seleccionados por forma a alcançar-se um mínimo de unidade sistemática e a garantir-se condições enriquecedoras de debate.

Na primeira sessão depois de se abordarem introdutoriamente os princípios que informam os direitos fundamentais e a sua fundamentação axiológica, pretende-se oferecer um painel sobre as instâncias do

Conselho da Europa, tendo em vista familiarizar os menos informados com pormenores da sua organização e funcionamento. Tratar-se-á de seguida do problema da aplicação e tutela dos direitos fundamentais com passagem pelos instrumentos internos e internacionais de garantia. Aparecem, então, dois temas mais localizados. Em primeiro lugar o da vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais. Sente-se hoje que os direitos de cada um apenas serão eficazmente protegidos, se o forem não só em relação ao Estado, mas igualmente em face de outros particulares. A eficácia horizontal dos Direitos do Homem sugere-nos a imagem rica de sentido do homem situado, mas ao mesmo tempo individualmente comprometido na defesa e promoção do direito e da liberdade.

O tema seguinte é o direito à instrução. Primeira tentativa de alargamento dos mecanismos de protecção dos direitos sociais e económicos, passo primeiro de um caminho que é longo, mas que, por isso, é urgente prosseguir, a salvaguarda do direito à instrução é, nos nossos dias, factor de democracia e de dissuasão de regressões autoritárias.

O Último tema dar-nos-á os traços mais característicos de uma experiência fortemente sugestiva de aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — a da Suíça.

O debate destes temas constituirá certamente oportunidade para uma análise prospectiva dos direitos fundamentais tomados não já simples derivados de um certo liberalismo e individualismo mas como elementos legitimadores e conformadores do próprio Estado.

O esforço realizado pelo Ministério da Justiça e pelo Curso de Direito do Porto da Universidade Católica terá sido plenamente conseguido se a a intenção posta neste programa tiver, na prática, uma adequada expressão. A expressão em termos de divulgação por um mais amplo e correcto conhecimento dos instrumentos de protecção e tutela dos direitos fundamentais. A expressão em termos de prática judiciária e forense por uma maior elaboração e utilização dos meios jurídicos facultados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A expressão em termos de opinião pública pelo aprofundamento da consciência cívica e pelo fortalecimento da própria ideia de democracia e de legalidade.

**ALOCUÇÃO DE
JOSÉ BACELAR E OLIVEIRA**

Reitor da Universidade Católica

Alocução de JOSÉ BACELAR E OLIVEIRA

A Universidade Católica portuguesa encontra hoje, no Palácio da Bolsa a sua melhor sala de actos.

Creemos ser isto um prognóstico daquela que esperamos para própria Universidade, no seu centro Universitário, em que vai localizar-se. Graças à magnanimidade de Sua Excelência reverendíssima o Senhor Bispo do Porto e da sua diocese, graças às autarquias e comunidades, graças ao património que há-de decorrer, não da Universidade, mas como todas as instituições, de livre iniciativa (sobretudo quando promovidas pela Igreja) da cooperação pública e não de um património subjacente.

Esperamos assim que este Salão tenha a sua projecção dentro de 2 anos no centro em que nos vamos instalar. Por hoje é a Bolsa que nos acolhe, esta Bolsa gloriosa que tantas tradições tem na cidade do Porto, Centro Comercial e centro social, que nos recebe. Obrigado a V. Exas., e uma palavra, em nome da Universidade, apenas de abertura palavra de saudação, de agradecimento e de congratulação.

Saúdo V. Exas., as delegações estrangeiras, as das Universidades que aqui se encontram presentes; as dos tribunais, que representam afinal a presença do direito não apenas como teoria mas como efectividade e legalidade. Sem dúvida, antes de mais, a Sua Excelência o Senhor Ministro da Justiça e a Sua Excelência reverendíssima. Para eles vão também, como todos os presentes e componentes, o nosso agradecimento, pela sua presença, pela honra que conferem a este acto.

Uma congratulação expressa também nestas palavras pela obra que, mediante o Ministério da Justiça e o Centro da Universidade Cató-

lica do Porto, pôde agora ser realizada neste primeiro Colóquio sobre os direitos fundamentais e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Não pode isto deixar de constituir motivo de júbilo para a Universidade, de satisfação e de felicitações para com todos aqueles que coooperaram, que produziram esta organização.

Tem sentido para a Universidade Católica tratar dos direitos fundamentais. Cabe-lhe, de modo particular, indagar o fundamento desses mesmos direitos. Não seria possível a Convenção Europeia que dota de instrumentos jurídicos uma parte desses direitos, sem que se pressuponha aquilo que é obra específica em nosso entender, da missão da Universidade Católica Portuguesa;

Indagar sobre a constituição mais profunda da pessoa humana, no seu ser livre e responsável, interpretando-a em toda a sua radicalidade de origens até à sua projecção infinita. A pessoa humana, «*rationalis naturae, individuae substantia*», a substância indivisa da natureza racional, o suposto racional que é interpretado pela nossa metafísica e pela ontologia ocidental. Sem partirmos daí, não poderíamos ter a verdadeira fundamentação jurídica, porque não poderíamos também ter o horizonte da pessoa humana.

É neste horizonte e neste quadro que trabalha a Universidade. Para além das declarações e das Convenções, interpretar a própria fundamentação dos direitos, partir dela e enquadrá-las depois no seu universo jurídico, económico e social.

Petence-me apenas formular os votos que deste Colóquio nasça um ambiente de interessamento cada vez maior pelo problema dos direitos fundamentais, para o nosso Centro de Estudos Jurídicos, para a nossa Universidade e em geral podermos dizer Senhor Ministro, para o próprio País e para a obra de Vossa Excelência.

ALOCUÇÃO DE
ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO

*Director do Centro
de Estudos Judiciários*

Alocução de ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO

1. A realização de um Colóquio sobre Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, acto a que está associado o Centro de Estudos Judiciários permite-me algumas breves considerações.

O tema a tratar neste Colóquio aparece formalmente incluído no programa de formação permanente para magistrados, que é, a par da formação inicial e da complementar, uma das relevantes formas de actividade assinaladas por lei ao C.E.J.. Se as duas primeiras dessas modalidades constituem, como regra, condição do exercício da magistratura, e se a segunda, a formação complementar, é restrita aos primeiros cinco anos que se sigam à nomeação efectiva, já a formação permanente se projecta no futuro sem limitação temporal, visando proporcionar a informação, actualização e aperfeiçoamento dos magistrados. Pretende-se claramente através dela conseguir uma magistratura actualizada, implantada no seu tempo, atenta à verdadeira natureza das relações e dos conflitos que é chamada a apreciar e julgar.

Diplomas com estabilidade tendencial como os Códigos Civis, Comerciais e Penais, correspondentes às realidades e concepções dominantes na época da sua promulgação, carecem de uma interpretação e aplicação actualística, que tenha em conta a evolução da própria vida social. Mais do que isso, as leis que os tenham vindo a alterar devem ser interpretadas à luz dos novos princípios que as informam.

Creio, por isso, que a formação permanente se torna cada vez mais instante, sob pena de a administração da justiça assentar em padrões ultrapassados, ou cair na tentação de soluções já não ou ainda não acolhidas na ordem jurídica. Impõe-se ter a noção exacta das realidades e do tratamento jurídico que elas reclamam. E como este realismo exigido ao julgador e ao Ministério Público constitui um requisito mínimo para poder agir, é desde já legítimo perguntar se os magistrados o devem adquirir e aperfeiçoar só através da formação permanente, ou se logo na fase de formação inicial haverá que, com todo o cuidado, os alterar nesse sentido.

Direi, sem hesitações, que considero requisito essencial para entrada nas duas magistraturas. Logo no decurso da formação inicial há que providenciar no sentido de o futuro magistrado ficar dotado daquele realismo. Mas, há que reconhecer a dificuldade de o conseguir.

Repare-se em que a lei não impõe ao CEJ a preparação de Magistrados, mas a sua *formação*. Logo daqui resulta que não basta proporcionar a acumulação de conhecimentos e o manejo abstrato dos preceitos legais. Os indispensáveis conhecimentos de natureza e origem académica vão ser postos ao serviço, não do estudo das instituições e da teorização dos princípios jurídicos, mas sim da aplicação do Direito a situações da vida real nascidas entre homens, ainda que elas formalmente respeitem a pessoas colectivas.

Formar o magistrado é tentar a criação ou o aperfeiçoamento nele do espírito inerente à sua função, do conjunto de valores que a informam e sem os quais o acto de julgar pode desfigurar-se e ficar quase reduzido a uma operação automática de computador ou a uma função rígida de dosimetria penal.

Isto significa, por outras palavras, que, posto ao serviço da sociedade, o magistrado tem de situar-se nela, no seu tempo, deve conhecê-la nas suas estruturas, na sua evolução e nas suas virtualidades imediatas. Mas este esforço formativo é muito delicado, porque encontra como limite natural respeitável a mentalidade e a sensibilidade de cada futuro magistrado.

Além disso, é um esforço particularmente árduo quando posto em prática em períodos históricos como o actual, marcado por profunda

instabilidade e por indefinição de estruturas e de filosofia social básica. Trata-se então de formar magistrados ao longo de épocas em plena fase evolutiva.

Ora, a aplicação do Direito faz-se no meio social e para o meio social. Daí essa aplicação não poder ficar incólume, como se se fizesse fora ou acima da sociedade, como se se tratasse de actividade laboratorial.

Daí também a formação inicial ou a complementar dever estar aberta à crítica legítima, bem intencionada e inteligente, como forma de se aperfeiçoar e encontrar as fórmulas pedagógicas mais adequadas à administração da justiça, feita por vezes em clima de ressaca.

2. Perante estas exigências, tinha o CEJ de preocupar-se, desde o início da sua actividade, com proporcionar o conhecimento sociológico das situações carecidas de tratamento judiciário, e também com traçar o quadro dos grandes princípios informadores do sistema jurídico português. Tem-no feito na fase teórico-prática dos seus dois primeiros cursos, em que o estudo da Constituição da República permite desde logo situar o indivíduo na sociedade, na dupla perspectiva das obrigações da sociedade para com ele e dos limites da sua afirmação social. Quer isto dizer, os aspectos da sua titularidade de direitos fundamentais e da dinâmica de alguns desses direitos.

Com o reiterado desfile de casos que só uma prática profissional de alguns anos proporciona, o magistrado apreende com nitidez até que ponto a ordem jurídica considerou a dignidade humana do destinatário do Direito. Essa prática, longe de insensibilizar e automatizar, como sucede em algumas outras actividades, afina uma particular sensibilidade para detectar os aspectos humanos dos problemas jurídicos.

Está por isso especialmente indicado que a formação seja feita, em larga medida, por magistrados com provas já dadas de saber, de equilíbrio e de lucidez. Trata-se, tão somente, de pôr ao serviço dos novos os frutos da experiência dos que chegaram antes. E não se receie que a intervenção de magistrados na formação de magistrados venha a criar uma espécie de mandarinato, ou dê como fruto uma tecnocracia judiciária. É que, por um lado, se conta com a necessária colaboração de docentes estranhos ao corpo judiciário, designadamente professores universitários; por outro lado, considera-se de inegável vantagem que os

problemas sejam enunciados para serem objecto de largo debate nas suas possíveis facetas e implicações, considerados numa perspectiva cultural e crítica, e sem pôr as soluções restritamente ao serviço de uma utilidade económica imediata.

O aprofundamento assim feito por um esforço que se pretende seja colectivo, dará facilmente em resultado um conhecimento mais perfeito das raízes do Direito, e o verdadeiro perfil daqueles que recorrem à Justiça ou são objecto da acção dela.

Creio que esta é a via daquilo que em rigor se poderá chamar-se a humanização do Direito. Esta — quero sublinhá-lo — nada tem de incompatível com o exercício das técnicas da ciência jurídica, e antes o pressupõe. Mas evitará que estas técnicas conduzam muitas vezes a uma hipertrofia logicista que pode ignorar ou deformar a verdadeira natureza das relações sociais que o Direito visa disciplinar.

3. À luz destes princípios fundamentais se compreende facilmente o interesse que, no conjunto das nossas actividades, reveste uma formação complementar que tenha por tema os Direitos do Homem.

Os vários sectores da ordem jurídica estão fundamente infiltrados, como não podia deixar de ser, por esses direitos, constituindo a sua ossatura ou, talvez melhor, a sua essência.

Daí só ser possível fazer uma verdadeira formação jurídica quando esta os tenha por suporte.

Propondo-se assegurar a garantia efectiva de alguns dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus Protocolos Adicionais constituem um repositório de Direitos Fundamentais com decisiva importância em cada um dos Estados signatários, entre os quais figura Portugal.

Está confiado a distintas personalidades da cultura portuguesa e estrangeira o trabalho de análise, durante este Colóquio, de alguns dos mais salientes aspectos desse instrumento internacional. Com todo o interesse e expectativa se aguarda o desenvolvimento desse trabalho.

Entendo, no entanto, dever precedê-lo de duas breves observações.

Respeita a primeira delas a uma ideia que vejo correntemente expressa por forma que me parece pouco rigorosa. Fala-se, com frequência, de certas liberdades fundamentais um tanto como sinónimo de Direitos do Homem, um tanto como se com elas, se esgotassem os Direitos do Homem, ou como se tivessem, entre as demais, um valor intrínseco superior.

Creio que esta é uma visão restritiva da dignidade do Homem e do alto alcance dos referidos instrumentos internacionais.

Saliento que a própria Convenção se propõe expressamente no seu Preâmbulo «a salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais». E no seu artigo 1.º e em muitos outros reafirma a distinção entre direitos e liberdades.

Isto significa, parece-me, que a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental, impôs o reconhecimento de certos direitos básicos, inerentes àquela dignidade.

Dir-se-ia que este é o aspecto estático, a que necessariamente corresponde a dinamização daqueles direitos através da concessão das correspondentes liberdades.

Esta perspectiva permite, por um lado, evitar que certas liberdades, e só elas, sejam sobrevalorizadas em detrimento de outras do mesmo valor intrínseco; e permite, por outro lado, que elas sejam vistas na sua ligação de raiz a direitos fundamentais.

O panorama que a este respeito a Convenção oferece é elucidativo de que não faz graduação entre direitos, nem entre liberdades, a todos dando o mesmo valor.

Daí que, na falta de qualquer hierarquia, a Convenção só deva considerar-se perfeitamente executada, só atinja a sua plena eficácia, desde que todos os direitos fundamentais tenham existência real, e que todas as liberdades fundamentais possam ser exercidas no preciso âmbito do seu reconhecimento convencional.

Creio ser esta a via de realização plena do Homem em sociedade. E creio também que esta concepção humanitária é útil quando judicialmente se tenha de apreciar a violação ou a afirmação de alguns daqueles direitos ou daquelas liberdades.

A segunda nota, com que finalizo, respeita ao interesse que para a futura actividade do CEJ representa este Colóquio. A larga participação de magistrados testemunha o interesse suscitado pelo tema, pelo desenvolvimento que hoje e nos próximos dias lhe será dado, assim como pelas conclusões finais.

Mas a utilidade ficará largamente multiplicada se todos esses elementos de trabalho forem coligidos e postos à disposição dos actuais e dos futuros auditores de justiça. Tanto mais quanto é certo que, nos Tribunais em que eles venham a exercer funções é já possível aplicar a Convenção independentemente de qualquer lei interna a permiti-lo.

Tudo se fará, pois, para que os frutos desta reunião se projectem sobre a administração da justiça. Não vejo que melhor efeito se lhe possa desejar, nem que melhor justificação ela possa ter.

ALOCUÇÃO DE
GÉRARD WIARDA

*Vice-Presidente
do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem*

Alocução de GÉRARD WIARDA

Le Ministre da la Justice m'a fait l'honneur et le grand plaisir de m'inviter à assister à ce Colloque sur les Droits Fondamentaux et la Convention Européenne des Droits de l'Homme et je veux, avant tout, lui en témoigner ma reconnaissance sincère.

Selon votre invitation, Monsieur le Ministre, l'organisation de ce Colloque est inspirée, surtout, par l'intérêt de votre gouvernement pour le renforcement du système démocratique et pour l'édification d'un État de droit, dans la perspective de l'intégration européenne. Comme nous le savons tous et regrettons, l'idéal d'une intégration européenne est encore très éloigné de sa réalisation. Mais je suis convaincu que sur la route difficile vers ce but, la protection commune des Droits de l'Homme, réalisée par les États membres du Conseil de l'Europe, par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, doit être considérée comme une de ces étapes les plus importantes.

Si, dans le domaine du droit, on peut parler d'un esprit européen commun unissant les divers pays de l'Europe, en tous cas les pays de l'Europe de l'ouest, cet esprit comprend surtout leur profond attachement aux libertés fondamentales et le désir d'insérer dans leurs systèmes de droit des moyens efficaces pour leur protection. C'est dans ce sens que le préambule de la Convention Européenne des Droits de l'Homme parle des gouvernements des États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idées et de traditions politiques, de respect de la prééminence du droit. L'Histoire de nos pays nous apprend que le développement de cet idéal, déjà dans le cadre du droit national, a coûté un long chemin et que sa réalisation n'a pas été facile.

Cette réalisation présuppose de trouver une balance entre les droits du citoyen, considérés comme fondamentaux, et les intérêts de l'État. La structure de cette balance dépendait toujours des circonstances politiques économiques, sociales qui différaient d'un pays à l'autre et n'étaient pas les mêmes à toutes les époques. C'est surtout depuis la fin du XVIII^{ème} siècle que l'idée de l'existence d'un groupe de droits fondamentaux et inaliénables et de l'obligation des États de les respecter, de les protéger, s'est amparée de plus en plus des esprits éclairés et a été réalisée successivement, quoique de manière différente et à différentes époques, dans le droit constitutionnel, écrit ou non écrit, de nos États. Je parle du droit constitutionnel de nos États, donc du droit national, différent d'état, à car, s'il est vrai que l'idée de la protection des droits de l'homme appartient à l'héritage commun de notre culture, la réalisation de cette protection n'était d'abord concevable que dans le cadre des droits nationaux. C'est que ces droits concernent surtout les rapports de l'homme, citoyen ou étranger, avec le gouvernement du pays où il se trouve et il est évident que la réglementation de ces rapports, et des recours en assurant le maintien, se trouvait d'abord, et encore en premier lieu, dans les droits nationaux; il est évident aussi que dans cette réglementation les organes chargés de veiller au respect de ce droits, ne pourraient pas être autres que des organes nationaux.

Je ne pense pas qu'avant la deuxième guerre mondiale il y ait eu beaucoup de juristes qui aient pu prévoir que la protection des droits de l'Homme pourrait, une fois, dépasser le droit national. On considérerait la non-ingérence dans les affaires internes comme un principe inséparablement attaché à la souveraineté des États. Et quelles affaires ont un caractère plus interne que les relations des États avec leurs citoyens? Ce sont principalement les expériences traumatiques de la seconde guerre mondiale qui sont à la base du mouvement pour l'internationalisation de la protection des droits de l'homme.

Des telles expériences ont parfois le pouvoir d'unir plus profondément les hommes qui ont souffert ensemble.

C'est d'abord dans le cadre des Nations Unies que les États ont commencé à s'engager à assurer un respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Déclaration Universelle des droits de l'Homme, de 1948, en était le premier pas. C'était encore, seulement, une déclaration, sans beau-

coup de conséquences juridiques dont la valeur a, néanmoins, consisté dans le fait, que c'était la première tentative de trouver une conception commune des droits dont on voulait assurer la protection dans le cadre de l'ensemble des États.

Elle a été à base d'un bon nombre de véritables instruments juridiques, tendant à la protection des droits de l'homme, conventions internationales de cadre différent comme dans le cadre mondial des Nations Unies: le Pacte de New York de 1966 relatif aux droits civils et politiques: et aux droits économiques sociaux et culturels et comme dans un cadre plutôt régional: notre Convention Européenne de Rome de 1950 et la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme, de Costa Rica, de 1969.

Droits fondamentaux, Droits de l'Homme. Ce sont de grands mots, impressionnants, propres à étoffer l'éloquence; on doit avouer qu'ils ne sont parfois guère plus que, et je cite ici la définition que le duc Rochefoucauld dans une de ses maximes célèbres donnait de l'hypocrisie: «l'hommage que le vice rend à la vertu».

On ne aurait oublier que la valeur du droit par delà de son contenu dépend de son efficacité. Quant au contenu les diverses Conventions concernant la protection des Droits de l'Homme, quoiqu'il y ait entre elles des nuances, intéressant les spécialistes, se ressemblent toutes, mais quant à l'efficacité il existe de grandes différences. L'efficacité du droit dépend de l'efficacité des sanctions et recours aptes à protéger les victimes de sa violation. Sans sanctions et sans recours une règle de droit, si parfaite qu'elle puisse paraître quant à son contenu, risque de rester un vain mot.

Le grande valeur que représente la Convention Européenne des Droits de l'Homme, consiste surtout dans la réglementation des recours disponibles en cas de violation des droits que les Hautes parties contractantes se sont engagées à assurer. C'est grâce à ces recours que les trente ans de son existence on pu prouver son efficacité.

Ils sont, comme vous savez, de deux natures: selon l'article 13 de la Convention «toute personne, dont les droits et libertés reconnus dans la Convention aien été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale».

À côté de ce remède national, que se les États sont obligés d'insérer dans leur droit interne, s'il n'y existait pas encore, il y a les remèdes con-

ventionnels, réglés dans les articles 24 à 32, 44 à 54 de la Convention, concernant les compétences de la Commission des Droits de l'Homme, de la Cour et du Comité des Ministres.

Comme vous le savez, la tâche de la Commission consiste d'abord à statuer sur la recevabilité des requêtes, concernant les manquements aux dispositions de la Convention dont la Commission peut être saisie par toute personne, physique ou morale qui se prétend victime d'une violation des droits reconnus, si l'État impliqué a accepté la possibilité de impliqué requêtes individuelles.

C'est une tâche de filtrage, dont l'importance et la nécessité sautent aux yeux, étant donné que, c'est déjà plus de 9000 requêtes qui ont déjà passé par les mains de la Commission, dont seulement quelques centaines sont retenues.

Quant aux requêtes retenues par la Commission elle a ensuite la tâche de les examiner et de se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire, et, si une solution n'a pu intervenir, de rédiger un rapport dans lequel elle constate les faits et formule un avis, sur le point de savoir si les faits constatés révèlent, ou non, de la part de l'État intéressé une violation de ses obligations.

C'est la Cour qui, en toutes les affaires dont elle est saisie, après le rapport de la Commission, par un des États intéressés ou par la Commission elle-même, a la compétence de donner une décision, à laquelle les États, qui ont reconnu sa juridiction, sont obligés de se conformer.

Le Comité des Ministres décide des affaires concernant les États qui n'ont pas reconnu la juridiction de la Cour, ou des affaires qui, pour d'autres raisons, ne sont pas soumises à celle-ci. J'ajoute, que, quoique les États contractants ne soient pas obligés d'accepter la possibilité de requête individuelle et la juridiction de la Cour, la grande majorité d'entre eux ont reconnu cette possibilité et se sont soumis à la juridiction obligatoire de la Cour.

Le Portugal fait partie de cette majorité des États qui ont largement contribué à l'efficacité de la Convention, par leur acceptation volontaire des modes de redressement qu'elle prévoit, en vue de la possibilité de sa violation.

C'est un témoignage de confiance surprenant pour tous ceux qui savent combien, en général, les États tiennent à leur souveraineté et s'opposent à toute ingérence dans leurs affaires internes; surprenant aussi, si

l'on pense à la conception du droit international, jadis prédominante, comme un droit ne réglant que les relations réciproques des États entre eux, ne concernant pas, ou guère, les personnes privées, et certainement pas les relations des États avec leurs ressortissants.

L'internationalisation de la matière des droits de l'Homme, dans la forme réalisée par la Convention Européenne, signifie un développement du droit international d'une étendue et d'une envergure que seul peut expliquer le désir des États, qui y sont adhérents, de contribuer à la réalisation d'une union plus étroite par un effort commun, pour la réalisation d'un but, appartenant à leur patrimoine commun.

Il est évident que de cette façon, l'intégration de l'Europe de l'esprit et du droit, a avancé à plus grand pas que l'Europe des intérêts économiques et l'Europe politique.

La confiance, le courage montrés à cet égard par les Gouvernements est certainement remarquable. En acceptant la Convention, la juridiction de la Cour et la possibilité des requêtes individuelles, comme la grande majorité de nos États l'ont fait, ils ne se sont pas seulement soumis à un contrôle et à une juridiction internationale et indépendante; on doit saisir aussi, que les règles de la Convention, base de ce contrôle et de cette juridiction ne sont pas toutes de nature assurant la possibilité de prédire, avec sûreté, comment elles seront interprétées et appliquées.

Vous connaissez peut-être les trois types de juridictions distinguées par Montesquieu et les trois types d'états dont ils font partie: Il y a le type de l'état idéal où les lois sont toujours rédigées d'une manière précise. Dans un tel État, Montesquieu l'appelle la République, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi. Des êtres inanimés, comme dit Montesquieu, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la vigueur.

De l'autre côté il y a l'état despotique. Dans l'état despotique il n'y a pas de lois, le juge est lui-même sa règle. Entre ces deux types peu réels, plutôt imaginés, se situe le type réel où il y a des lois, mais des lois de différentes natures. «Là, où elle est précise,» dit Montesquieu, «le juge la suit, là où elle ne l'est pas il en cherche l'esprit».

Les juges présents ici, mes chers collègues, reconnaîtront, facilement ces trois types. Ils auront tous l'expérience des lois précises, qu'on

peut appliquer sans difficulté; l'examen des faits peut être difficile, l'application du droit se fait presque automatiquement. Néanmoins beaucoup de lois ne le sont pas, ne peuvent même être précises; avant l'application le juge en cherche l'esprit, doit les interpréter, et le résultat de cette interprétation ne peut être pas toujours prévisible et incontestable. Il y a même de lois qui par leur imprécision comportent le risque de glissement vers le type d'un juge qui est lui-même sa règle. La législation de tous nos États contient des cas où le législateur s'est limité, et parfois ne pouvait que se limiter, à un renvoi à la bonne foi, à l'équité, aux bonnes mœurs, à une balance des intérêts.

Aucun législateur ne peut se passer d'une législation de ce genre. C'est déjà le grand Portalis qui dans son célèbre discours préliminaire du projet du Code Civil Français, le 24 Thermidor de l'an huit parlait, dans son style élégant, des cas «qu'on s'efforcera inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger».

La Convention connaît des règles de chacun de ces types. Il en résultent que les organes chargés de leur application se rapprochent aussi tour à tour des trois types de juridiction distingués par Montesquieu.

Tantôt ces règles sont si précises que ces organes peuvent se contenter d'être la bouche qui prononce les paroles de la loi. Tantôt leur rédaction est moins claire et nécessite d'une interprétation.

La Commission et la Cour doivent dans ces cas en chercher l'esprit. Elles s'inspirent, alors, en général, des articles 21 et 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il va sans dire que les organes chargés de l'application de la Convention, que ce soit la Commission, la Cour et aussi le juge national, ne doivent jamais s'arroger le droit de se comporter comme le juge qui est lui-même sa règle. Mais on ne peut contester que la Convention contient plusieurs règles qui ne comprennent guère plus qu'une référence à une notion vague et générale dont la signification, pour le cas concret, dépend, dans une large mesure de l'appréciation du juge.

Je vous donnerai comme exemples des trois types de règles dont je vous parlais, l'article 6 de la Convention concernant les exigences de la justice. Il contient des indications très précises notamment, sur le droit de la défense, qui peuvent être appliquées sans beaucoup de difficulté, mais aussi des indications moins claires nécessitant une interprétation

qui, parfois, s'est révélée très difficile; je pense à la notion de contestation sur les droits et obligations de caractère civil «et la notion d'accusation en matière pénale», l'article prescrit, enfin, en général, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue non seulement publiquement, dans un délai raisonnable et par un tribunal indépendant, mais surtout équitablement; le mot équitable offre un exemple typique d'une norme vague et générale, dont l'application dépend, finalement, de l'appréciation du juge.

D'autres exemples de cas où les rédacteurs de la Convention ont laissé beaucoup de liberté aux organes chargés de son application, peuvent être trouvés dans la rédaction des articles qui, après avoir défini les droits garantis, liberté de pensée, de conscience, et de religion, liberté d'expression, liberté de réunion pacifique, et d'association, etc... décrivent les restrictions de ces libertés.

Ces restrictions doivent toujours être prévues par la loi et constituer des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de certains intérêts généraux parmi lesquels figurent toujours l'ordre et la morale.

Comme dernier exemple propre à montrer que les organes de Strasbourg quoique éloigné des juges des états despotiques, où selon Montesquieu le juge est lui même sa règle, disposent quand même d'une grande liberté j'appelle votre attention sur un article qui a toujours joué un grand rôle dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour.

C'est l'article 14 selon lequel, la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, doit être assurée sans distinction aucune fondée, notamment, sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance et toute autre situation.

Selon l'interprétation que la Commission et la Cour ont donné de ce texte (je renvoie entre autres à l'arrêt sur le régime linguistique de l'enseignement en Belgique), l'article malgré le libelé très générale de la version française, n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. On aboutirait, comme l'arrêt dit, à des résultats absurdes si l'on donnait à cet article une interprétation aussi large et on doit le dire, à la lumière de la version anglaise, «without dis-

crimination». Il est donc nécessaire d'établir une différence entre les distinctions permises et les discriminations interdites. En recherchant les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative, bien entendue, à l'exercice de l'un des droits reconnus dans la Convention, contrevient ou non à l'article 14, la Cour a retenu que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de «justification objective et raisonnable». Ce sont des notions encore vagues, imprécises et générales, mais la Cour y ajoute que l'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport aux buts et aux effets de la mesure considérée eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. C'est que la Cour, en appliquant des normes si vagues et générales que celles dont j'ai parlé ne veut pas s'approcher de la figure du juge qui est lui-même se règle, mais tâche toujours de se conformer aux principes qui se dégagent de la pratique des États démocratiques membres du Conseil de l'Europe et autres parties à la Convention. Dans le cas d'espèce la Cour a ajouté encore une autre chose. Elle a dit que pour l'appréciation des différences dans les régimes linguistiques de la Belgique, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de faits caractérisant la vie de la société dans l'État concerné. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes; les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour, ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention.

On ne saurait sous-estimer l'importance de ces deux phrases que j'ai citées. Elle indique que d'une part les organes de Strasbourg ne sauraient se substituer aux organes nationaux qui demeurent libres de choisir les mesures qu'ils estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention, mais que d'une autre côté ils se réservent le contrôle de la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention. C'est pour ainsi dire, une combinaison de deux attitudes qui s'opposent, en quelque sorte, et entre lesquelles il n'est pas toujours facile de tenir la balance égale.

Les difficultés à cet égard se présentent, notamment, dans l'appréciation de l'admissibilité des restrictions imposées par les États à l'exercice des droits reconnus; comme je l'ai indiqué, ces restrictions sont permises

si elles sont prévues par la loi et nécessaires pour la protection, entre autres, de l'ordre «et de la morale». La, aussi, les organes de Strasbourg doivent, d'une part, se garder de se substituer aux autorités nationales dans leur appréciation, mais de l'autre côté se réserver le contrôle de la conformité de ces mesures restrictives avec les exigences de la Convention.

Encore la question de la balance dont on peut dire quelle domaine toute protection des libertés fondamentales. Balance entre les droits de l'Homme et les intérêts généraux, balance entre le droit national et droit international, balance entre la compétence des Gouvernements et celle des organes de la Convention. On ne peut pas s'en ésoner; l'attribut que les artistes tous les temps ont attaché à la figure de la Déesse de la justice ne se révèle-s'il aussi comme le meilleur des symboles pour la matière à laquelle ce colloque est voué?

ALOCUÇÃO DE
D. ANTÓNIO FERREIRA GOMES

Bispo do Porto

DO PRIMEIRO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA E DO DIREITO

Antes de fazer algumas considerações sobre a fundamentação essencial e última da Justiça e do Direito entre os homens, convirá antepor uma aclaração prévia sobre o que devemos entender por princípios primeiros de qualquer saber ou duma instituição, qualquer que ela seja.

Não é que vamos repetir o anedótico truismo de que «o direito romano começou por não existir», nem tão pouco insistiremos na observação corrente e em geral perfeitamente justificada de que «as origens são sempre obscuras», mas achamos útil e mesmo necessário chamar a atenção para um método, que pode ser até razoável e vantajoso em certos domínios de investigação e saber, mas que, transposto para o domínio dos primeiros princípios ou extrapolado para condicionante de toda a ciência da realidade, se pode tornar impeditivo de qualquer êxito e alienante do próprio sentido da investigação. Refiro-me ao método que chamaremos «de redução» ou à metodologia de explicar a totalidade pela mera decomposição nos seus elementos, de «demonstrar» a essência total dum composto actual, apontando os elementos que entraram na sua composição.

Esta forma de investigação, que pode ser legítima e mesmo necessária na explicação próxima ou fenoménica das coisas e dos factos, tornar-se-á normalmente illusória e desorientadora se tornada *noumenica*, originária e totalizante. Se levado até este ponto, o método redutivo pode torna-se uma tentativa de explicar o obscuro *per obscurius*, um *alibi* de mera transferência das dificuldades explicativas e, em última análise, uma alienação ou fuga à confissão da ignorância.

Conhecem-se disso muitos e variados exemplos. Assim, em física, ou mais propriamente em cosmologia, explicar o contínuo pelos indivisíveis, átomos que se fossem pontuais nunca formariam o contínuo — um ponto, somado a outro ponto ou a milhões de pontos, será sempre um ponto — e, se fossem extensos, já seriam o contínuo e portanto divisíveis (contra o próprio sentido do termo-átomo).

Assim, em biologia, explica-se a vida pelos elementos físico-químicos, ou, como já dizia Goethe, mata-se o ser vivo para descobrir naquilo que resta a vida. Isto para já não falar da hipótese peregrina que explicava a origem da vida sobre a terra por um meteorito que nela houvesse caído, portador de gérmenes vivos!...

Assim, em antropologia, explicar os homens que vemos e ouvimos por uma cadeia filogenética (em que se procura ainda o *missing link*), cadeia que começaria na célula elementar, se não no cristal de rocha.

Assim, em sociologia, explicar a sociedade em que vivemos a partir do bando, mais ou menos antropeide, que na floresta virgem segue a mãe-providência...

Ora bem, ao falar do Princípio primeiro da Justiça e do Direito, é preciso prevenir-se contra este método redutivo, que invade todo o espaço de reflexão e circula no próprio ar que respiramos.

Pensa-se que concepção evolucionista da vida e do homem nasce com Darwin ou Lamarck, e sem dúvida ele teve essa expressão, hoje já bastante alterada pelo mutacionismo e mendelismo, para não falar da dialéctica marxista aplicada ao trigo e às fruteiras por um Lysenko e Mitsourine. Mas, para o nosso problema convém notar que, neste caso como em muitos outros, o evolucionismo ou progressismo, de cariz metafísico, nasceu pelo século XVIII, com a Ilustração e o filosofismo «iluminado», que pôs o homem contemporâneo a esquecer voluntariamente a «idade de ouro» do passado e a esperar tudo do futuro, inclusivamente o Eden primitivo — «o paraíso terreal não está atrás de nós, mas adiante de nós». Foi portanto o evolucionismo uma atitude de espírito metafísico, antes de ser uma teoria da natureza e uma mundividência científica.

Fique pois bem assente que ao falarmos do primeiro Princípio da Justiça e do Direito nos referimos ao homem como o conhecemos historicamente e as sociedades por ele formadas, tendo como fundo a história cultural, que nos mostra o homem como homem desde que o conhece-

mos, e não a história natural, zoológica ou paleontológica que fala das origens do corpo humano como elas podem ter sido, como podem investigar-se ou imaginar-se. Não é desconhecer ou contestar o valor dessas ciências e investigações: é dizer simplesmente que, sem nada julgar nem desprezar, estamos noutro campo e a outro nível, nós próprios, nem minoremos as distâncias e diferenças... Que na verdade a atmosfera que se respira e o vento «científico» que sopra, desde o darwinismo zoológico até certo darwinismo moral e mesmo metafísico, vão a toda a parte e penetram tudo... E, com essa confusão de planos, nunca nos entenderíamos...

Tratando agora directa e propriamente da fundamentação primeira do Direito e da Justiça, devemos reconhecer que o nosso tempo e a sua cultura — ou anti-cultura — oferecem especiais dificuldades à tarefa de estabelecer as bases e lançar os pilares dessa fundamentação. Para o dizer tudo numa palavra e projectar todo o questionamento como que de jacto, direi que a dificuldades ou soma das dificuldades está em que a cultura moderna e contemporânea privilegiam em gnoseologia a *vontade* preterindo a *inteligência*, cultivou o *voluntarismo* à custa do *intelectualismo*.

E tal opção, com o correspondente escalonamento de valores e interesses, é tanto mais difícil de discernir em si e reequilibrar nos seus efeitos, quanto é certo que esta valorização e preeminência da vontade podem parecer obra ou efeito do cristianismo. Este na verdade incluiu e evidenciou, entre as faculdades da alma, a vontade. E deve reconhecer-se que, na história da civilização, isto acontece pela primeira vez com a cultura cristã.

A vontade, com efeito, no sentido e âmbito que hoje lhe damos, era desconhecida nas civilizações antigas. Autores competentes na língua e filologia gregas chegam mesmo a dizer que na língua clássica da Grécia não há palavra pela qual se possa traduzir o termo *vontade* das línguas e culturas actuais: há em grego três ou quatro palavras para exprimir *desejo* ou *apetência*, mas nenhuma para expressar *vontade*. Podemos anteciper, desde já, que não havendo o termo nem o conceito actual de *vontade*, também não pode haver uma verdadeira ideia de *liberdade*; e a de *justiça* e *direito* não pode deixar de ressentir-se do encurtamento ou atrofia, que de aí tem de resultar.

Qualquer tentativa de rastrear e evidenciar, primeiro, a implantação da vontade entre as faculdades anímicas ou espirituais e, depois, a sua prevalência e suplantação da inteligência nesse domínio e na cultura corrente, nada menos exigiria que esboçar toda a história da civilização cristã, tanto no que foi justo, como no extralimitado.

Contentemo-nos pois com dizer que ao terminar a elaboração científica primeira da civilização cristã, pela integração na cultura bíblica, sob a luz universalizante do Evangelho, da cultura grego-romana e das culturas germânicas e eslavicas, mais ou menos pelos séculos XII e XIII, que foram chamados a «Idade Média em majestade» (Chaunu) e que o insuspeito Taine considerava o acume da história humana e apogeu da civilização, por esse tempo o equilíbrio entre a inteligência e a vontade dos domínios do consciente e do anímico estava alcançado.

Isto aplicou-se designadamente aos problemas da gnoseologia e crítica filosóficas, mas também com imediata aplicação ao acto de fé cristã e seus preâmbulos.

A intervenção da inteligência e da vontade era igualmente importante e indispensável, como os seus contribuintes da parte do homem eram na mesma medida nobres e dignificantes: acto da inteligência imperado finamente pela vontade, a fé exige a oferta do homem na sua totalidade a Deus, como outrora Platão dissera quanto à verdade; que era preciso ir para ela com a alma toda.

Autores medievais, com especial relevo da parte dum Alberto Magno ou dum Tomás de Aquino, considerados por muitos, embora indevidamente, como os «racionalistas» da escolástica, não receiam acentuar o influxo da vontade no acto de fé, embora conservando sempre a este a sua nota essencial de acto da inteligência.

Mas essa «Idade Média em majestade» entrou em crise: o esforço vitorioso da integração e equilíbrio, que podíamos sintetizar e simbolizar no realismo tomista, pareceu exceder as forças da inteligência humana, pareceu como que sobre-humano. Sobreveio o cansaço e a recusa; e, com isto, o nominalismo. E, com o nominalismo e como sua consequência lógica, o voluntarismo. Este voluntarismo emerge já na filosofia do «doutor subtil» Duns Scoto, nascido quando S. Tomás morria, o qual paradoxalmente junta a um rígido realismo crítico-ontológico os princípios do subjectivismo e nominalismo, juntos a um matematismo

incoativo na demonstração filosófica e ao voluntarismo das opções metafísicas. Contra S. Tomás, que defendera o primado da inteligência, Scoto privilegia a vontade, à qual atribui a primazia sobre a inteligência, primazia na qual funda o livre arbítrio. Também no próprio Deus o princípio metafísico e objectivo do querer ou volição não é o ser e essência de Si e das coisas que cria, mas apenas a própria vontade.

Vem depois Occam, que levaria o nominalismo e o voluntarismo ao apogeu, se não estivesse para chegar Descartes, que esse acha que dois mais dois são porque Deus assim o quis, pois que se Ele quisesse outro resultado, esse tal seria o verdadeiro. Já em Descartes e depois mais claramente em Spinoza, não só todo o humano mas sobretudo Deus e o divino — *Deus sive natura* — se demonstram ou postulam *more geometrico*. E são eles tão «piedosos» que põem toda a verdade e todo o fundamento da realidade em Deus e na Sua vontade: o filósofo demonstra a existência de Deus; e depois, como Ele é «honesto» e não nos engana, tira o filósofo por consequência a veracidade das nossas sensações e a realidade do mundo e seus conteúdos.

Virá depois Kant, pai do criticismo europeu e a quem podíamos chamar o avô do pensamento actual: na verdade, ponto de chegada da filosofia da época moderna, ele é, pelos seus epígonos, desde Hegel até ao *maîtres du soupçon*, quem comanda o pensamento contemporâneo. E toda a filosofia de Kant se poderia resumir, de modo elementar e simplista ou *ad usum populi*, da seguinte forma: a razão pura demonstra a impossibilidade do conhecimento do Ser, dos valores, dos princípios morais, da alma humana e sua sobrevivência, enfim de Deus e do divino; mas vem depois a razão prática, isto é, a vontade, e postula tudo isso, porque sem essas verdades ou valores o homem não pode viver como homem.

É de aí que viemos; e é nisso que temos estado. Só com a diferença de que o homem actual, naquilo de que, por exemplo, um Sartre foi o «encarnador», já não postula aqueles valores, mas se contenta com o absurdo, com a ignóbil sem-razão, com a náusea. Parece que está a chegar, para muitos actuais, a última náusea, a náusea, o vómito que liberta...

Mas não basta isso, por mera e nova postulação; é preciso examinar as causas, julgá-las e arrumá-las no seu lugar próprio e legítimo, essas causas que são as mães das coisas. E as causas aqui são o nominalismo e o voluntarismo, com as suas sequelas de individualismo, relativismo, evo-

lucionismo metafísico-social, etc. Poderíamos dizer que o nome geral e actual dessas causas é «a dialéctica» (substantivamente assumida e expressa).

A dialéctica ou as dialécticas, porque estas são tantas quantos os pensadores que ainda se crêem actuais. Não vamos analisar nem refutar delas, apenas lembraremos que a dialéctica não nasceu com Engels e com a sua aplicação às próprias coisas em si, bem como às instituições humanas, da contradição e da luta «essencial», e portanto do próprio materialismo histórico de Marx.

É que já na velha Grécia, pelo século V a.C., Heráclito proclamava *pólemos patér pánton*, isto é, que tudo nascia da luta entre os homens e entre os deuses, a qual luta era o choque entre os contrários que «consistem» em cada coisa ou acontecimento, para a sua superação, visto que a verdadeira essência das coisas está na sua mudança — *pánta rei* — ou na revolução contínua. E se a Heráclito ainda falta o termo *dialéctica* virá Platão, que vai chamar dialéctica àquela zona do saber em que não podemos obter mais que a probabilidade; e à *opinião* chamamos então dialéctica e tomámo-la no raciocínio em lugar da certeza ainda não conseguida. Em todos os casos, a postulação, o voluntarismo...

Face a este panorama, tão brevemente apresentado, como situação actual e como tentação eterna do pensamento reflexivo, deveríamos agora mostrar ou demonstrar que a verdadeira fundamentação da Justiça e do Direito, sem menosprezar o contributo da vontade, se encontra na filosofia do ser e finalmente no ser concreto e absoluto, ser que «não foi nem será, porque agora é todo simultaneamente» como disse o antiquíssimo Parménides, a quem S. Agostinho repetiu com apreço e louvor? Sim, seria bom; mas para isso seria preciso seguir toda a história do pensamento humano, desde os seus alvares gregos até aos nossos dias.

Lembremos apenas, na última ou penúltima... actualidade, que o existencialismo francês dum Sartre considera que o *pour-soi*, isto é, aquilo que nós chamamos pessoa, é uma «putrefacção do ser» e que ele mesmo, como os demais homens, era *de trop* no mundo, porque estamos «condenados à liberdade» e porque «antes que vivêssemos a vida, ela não era nada, mas a nós pertence dar-lhe um sentido, e o valor não é outra coisa senão o sentido que escolhemos»; e por isso, em vários dos

seus personagens-sósias, opta pelo mal, porque o bem «já Deus o fez», esse Deus que aliás não pode existir, porque em tal caso o homem não seria livre, mais «*si Dieu existe l'homme est néant*».

Mas ao lado deste existencialismo ateu, em que o homem é pura vontade, ou melhor pura veleidade, dá-se certo existencialismo alemão, como o do pouco antes falecido Heidegger, cuja obra de vida intitulou *Sein und Zeit* — o Ser em relação ao seu vestido-ocultação, que é o Tempo — obra de vida que renunciou a continuar e acabar, sinal da grandeza do tema, da responsabilidade do pensador e talvez da inaudiência da cultura moderna. Mas não esqueçamos que Heidegger, em vez dos valores aleatórios que outros exibem, lembrou e muito bem que considerar Deus *apenas* como fonte e fundamento dos valores é a origem, se não mesmo já a pior forma de ateísmo. (Não pensaria em Kant e, mais, nos seus epígonos?). Ficando puramente filósofo, como lhe competia, Heidegger não deixou de inspirar não apenas filósofos mas teólogos, quer católicos quer protestantes. E não seria ainda sob sua influência que Rainer M. Rilke se proclamou, como poeta, «o pastor do Ser»?

Para concluir, em relação ao tema que mal cheguei a abordar, quero apresentar uma actualidade que supre e supera tudo quanto eu pude-se ter dito ou ainda dizer. Essa actualidade é a encíclica *Redemptor hominis*, documento programático do Papa João Paulo II. Baseando-se no Concílio Vaticano II que, assumindo um pensamento tomista, professa que o homem é «a única criatura sobre a terra a ser querida por Deus por si mesma» e que, em consequência, a Igreja «é ao mesmo tempo o sinal e a salvaguarda do carácter transcendente da pessoa humana», o Santo Padre conclui que o homem, na plena verdade da sua existência e essência, enquanto redimido por Cristo, «é o primeiro caminho que a Igreja deve percorrer no cumprimento da sua missão, ele é *a primeira e fundamental via da Igreja*, via traçada pelo próprio Cristo, através do mistério da Encarnação e da Redenção».

Sem o dizer expressamente, o Papa dirige na sua encíclica o problema eterno e inquietante do homem como medida de todas as coisas, antes do mais evidentemente da Justiça e do Direito.

O velho filósofo grego Protágoras, que chegou a ser admirado como um deus, segundo o testemunho de Sócrates, resumiu o seu saber e experiência de pensador no célebre postulado: — *páton chremáton mé-*

tron ánthropos. E explicava assim esta sua opção de relativismo total: «as coisas singulares, quais me aparecem a mim, tais são para mim; quais te aparecem a ti, tais são para ti, porquanto és um homem, como eu o sou».

Este cepticismo relativista tem sido seguido por muitos e muitos, até aos dias de hoje: a minha verdade, a tua verdade cada homem medida da verdade...

Ora bem, a doutrina da Igreja, tão explicitamente desenvolvida pelo Santo Padre na sua encíclica programática, fundamenta uma resposta, a única resposta verdadeira e definitiva a esta questão, questão que é sem dívida a mais profunda ansiedade e aspiração do homem pensante. Desde que o verbo de deus assumiu uma natureza humana, pode bem dizer-se que a Humanidade ou o Homem essencial foi assumido ao Absoluto e passou a ser, em Cristo, redentor do Homem, a medida de todos os valores: associado hipostaticamente ao Ser absoluto, Cristo, homem-Deus, passou a ser o critério objectivo para julgar de toda a essência e existência dos seres na sua infinidade concreta.

É assim e só assim que se resolve a grande *aporia* do pensamento humano, a sua perplexidade inata, que é também a sua aspiração invencível.

Sabemos que foi esse o propósito essencial de Karl Marx, propósito que, nascido do seu hegelianismo invertido mas não vencido deu fascínio intelectual ao seu pensamento, que considerava materialista (e talvez o fosse, porque o materialismo em si é uma metafísica: a pura corporeidade é o mesmo que a pura idealidade). A busca marxiana da solução do «enigma da história» vai rasgando o seu caminho através da dialéctica do real que responda à Ideia, do homem concreto que seja igual ao seu género, do homem individual que se identifique com o género humano, enfim do «universal concreto» da Humanidade. Por outras palavras — e sem escândalo — Marx anda à busca e propõe-se realizar o homem-deus...

Ora o homem-Deus existia e existe em Deus-homem. É Ele a resposta ao «Deus em génese» de Hegel e, por equivalência, de Marx. E não pode existir outro. A não ser no sentido de que cada homem concreto é convidado a unir-se a Ele e identificar-se a Ele, pela graça; homens novos, *divinae consortes naturae*, também enquanto medida objectiva.

E este Homem, universal concreto e absoluto do ser, é a medida de todas as coisas e de todos os valores, portanto da Justiça e do Direito.

Eis aberto, professores e defensores dos Direitos Humanos, eis aberto o vosso campo!

ALOCUÇÃO DE
MÁRIO FERREIRA BASTOS
RAPOSO

Ministro da Justiça

Alocução de MÁRIO FERREIRA BASTOS RAPOSO

1. Será por certo um dos momentos que não esquecerei nesta minha segunda passagem pelo Ministério da Justiça — o poder ver hoje aqui alguns dos mais qualificados juristas do Conselho da Europa e das Universidades Portuguesas, num diálogo alargado e estimulante, com magistrados e advogados.

E devo liminarmente registar que o Ministério de que sou responsável e o centro de estudos Judiciários que nele se integram muito ficam devendo, em cooperação e apoio, à Universidade Católica e ao Conselho da Europa. Creio, na verdade, que qualquer departamento do Estado, para se cumprir, deverá exercer uma acção viva e que aspira a romper, até onde lhe seja consentido, as fronteiras da ritologia burocrática. Consegui-o, agora, sem dúvida — e por forma tão significativa como quando impulsionou a realização, no mês passado, do 1.º Seminário de Direito Comunitário. Muito obrigado, pois, a todos e permitam-me que assinale o esforço e o empenhamento do Procurador-geral Adjunto, Dr. Cunha Rodrigues, que pôs todo o seu sóbrio, mas nem por isso menos actuante entusiasmo nos preparativos deste Colóquio.

2. Foi-me dado alinhar com os juristas portugueses que, antes de 1974, se preocuparam com a lembrança e a procurada aplicação dos Direitos do Homem. As páginas da Revista da Ordem dos Advogados, designadamente, marcam já rumos que depois não abandonei. Acreditei sempre que na raiz e no destino da sociedade estava, concreta e pulsante, a pessoa humana e que estava socialmente integrada, era porta-voz de uma enriquecedora seiva de direitos e deveres.

Obviamente que, ao serem-me atribuídas tarefas no Governo, desde logo procurei dar resposta àquilo que poderia ser a minha parte no intento sempre explicitado.

Ora acontece que não vejo como o homem, nesta breve passagem pela vida temporal, se possa realizar sem que lhe sejam efectivamente reconhecidos e conseguidos os direitos sociais, económicos e culturais que dão dimensão inteira à sua cidadania e horizonte à sua esperança. Uma sociedade justa e fraterna de homens vivos, com necessidades nítidas e ponderáveis, com sangue e alma, calor e fome.

Daí o ter evidenciando no 5.º Colóquio Internacional sobre os Direitos do Homem, que teve lugar em Frankfurt em Abril findo, que a protecção efectiva do Direitos do homem, no âmbito da Convenção Europeia, deveria ser alargado às áreas do social, do económico e do cultural. E falava então na responsabilizante, embora transitória posição de presidente do Comité dos Ministros do Conselho da Europa.

Devo muito claramente sublinhar que penso que as leis fundamentais não deverão ser carregadamente programáticas e regulamentares, mesmo quando isentas de pressupostos ideológicos que escapem ao assentimento da generalidade de um povo. A política constitucional sempre sofrerá quando vogar na maré das conjuntas e quando, por isso, se tornar retórica e vazia de alcance útil. Acresce que essa carga programática arrastará inevitavelmente aquilo que já se chamou de «compromisso». Este, no conceito de Schmitt, resvala em fórmulas que pretendem satisfazer todas as exigências contraditórias, deixando indecisa em expressões anfibiológicas a essência da própria contradição. O compromisso haverá de ceder o passo do concenso possível e, por certo, de fomentar a concórdia. A concórdia que não é paz como axioma mas como circunstância real.

Entretanto, e muito claramente, embora com linearidade e economia de conceitos, estarão as leis fundamentais e as grandes declarações de direitos cada vez mais adstritas e consignar o elenco dos direitos que dão rumos à vida concreta e que permitem aos homens concretos aperfeiçoar o seu projecto.

3. É precisamente nesta perspectiva que considero que o direito aos direitos, o direito à Justiça terá de ser uma realidade próxima e efectívavel.

Diz a Constituição Portuguesa que «a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos» (art. 20.º, n.º 1). Tratar-se-ia aqui, como já foi referido, da garantia de via judiciária — presente a inspiração do art. 8.º da Declaração Universal de 1948.

Mas a força intrínseca do preceito deverá vencer essa expressão textual. Como aliás ficou bem definido na penúltima Conferência de Ministros Europeus de Justiça, ela deverá abarcar a fase prévia de ingresso na via judiciária, compreendendo as medidas que permitam aos cidadãos serem melhor informados dos seus direitos e dos meios de os exercerem. Idêntica conclusão foi alcançada no 27.º Congresso da União Internacional dos Advogados, de Setembro de 1977, onde se ressaltou o papel que os organismos forenses deveriam ter na informação do público sobre os serviços que os seus membros lhe poderiam prestar.

É, com efeito, necessário informar para conhecer — e é necessário conhecer para actuar consciente e disponibilmente.

Foi a partir de toda esta realidade que venho insistindo, nomeadamente desde que passei pela Ordem dos Advogados, que, como reforço de cidadania, se deverá implementar uma política de acesso ao Direito.

Falando de acesso ao Direito, «liberto de todas as restrições de natureza económica, social e até psicológica» assinalei então que, por via dele, «o Direito, resolvido em direitos, abrir-se-á, quotidianizar-se-á, perderá o seu sopro de mágica anti-humana».

Foi essa perspectiva, convictamente assumida, que me levou a criar, aquando do III Governo Constitucional, uma Comissão de Acesso ao Direito, que acaba agora de apresentar os resultados de um estudo atento e fundo dos problemas envolvidos.

Nessa perspectiva se radicou, de igual modo, o ter sido inscrito no programa do actual Governo a concretização de tal política. Com ela «se potenciará a eficácia tácita do Direito, já que muitas vezes este actuará só por ser conhecido».

Espero em breve submeter a debate público os mecanismos encontrados para essa concretização, já que ninguém se pode julgar proprietário de soluções que a todos dizem respeito.

A actuação política deve ser encarada como uma de realização do

Bem Comum. Só assim ela se ordenará tendo em vista a prossecução dos fins imediatos e últimos do homem, de todos os homens — ombreados na mesma humana condição.

4. Tem esta sido trilhada pelo Conselho da Europa, encontrando, desde logo, aflorações na Resolução (78)8 sobre assistência judiciária e consulta jurídica e no Projecto de recomendação sobre os meios de facilitar o acesso à Justiça onde ocupa lugar de relevo a informação do público.

Na 12.^a Conferência dos Ministros Europeus de Justiça, realizada no mês passado no Luxemburgo, o prestigiado Dr. Christian Brode, ministro da Justiça da Austria, comparou a Justiça a uma sociedade de prestação de serviços, distanciada da fortaleza anónima e despersonalizada de outrora.

E efectivamente assim é. E como em qualquer política de protecção do consumidor, acrescentarei agora, que deverá postular uma informação leal e a transparência das actuações.

No que respeita aos Direitos do Homem — mas, bem vistas as coisas, todos os direitos não serão direitos do Homem, embora escalonados em dignidade e dimensão? — o Conselho da Europa é uma peça fulcral na construção de uma Europa com menos sombras e novos rasgos ético-sociais.

Com base nos trabalhos do Comité de Peritos para a promoção da educação e da informação no domínio dos Direitos do Homem, o Comité de Ministros adoptou, em 25 de Outubro de 1978, a Resolução (78)41. Por ela se recomenda aos Estados membros a integração do ensino dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais no contexto do sistema educativo inicial a todos os níveis.

Estamos, realmente, no limiar de uma época nova e por ela caminharemos com audácia, já que o trajecto ainda é longo e árduo.

O Direito associado aos homens e não amarelecido nos livros será um problema de cultura.

Mas isso depende dos próprios homens.

Como disse Unamuno «A História não é mecânica. E quando se dizer que o progresso é feito pelas coisas e não pelos homens, é que não se quíz ver que a coisa suprema é o homem movido pela sede da liberdade».

Mesa Redonda
sobre os

DIREITOS DO HOMEM
E
ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO
DAS INSTÂNCIAS
DO
CONSELHO DA EUROPA

COMUNICAÇÃO DE
PETER LEUPRECHT

*Director dos Direitos do Homem
do Conselho da Europa*

Comunicação de PETER LEUPRECHT

**Monsieur le Président
Mesdames, Messieurs**

Tout d'abord je voudrais dire à quel point nous sommes heureux d'être ici, pour discuter avec vous la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Nous avons été extrêmement heureux de voir le Portugal intégré dans la Famille des Nations Démocratiques Européennes il y a quelques années, et nous avons admiré la rapidité avec laquelle votre pays a adhéré pleinement aux systèmes de protection des Droits de l'Homme, créés dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Mesdames et Messieurs, je crois que cette table ronde ne doit pas être une série de monologues.

On nous a demandé d'être brefs, et j'essaierai du moins de suivre le précepte d'un Professeur Anglais pour ce genre de communications qui disait: «First have something to say, secondly say it, third say nothing else».

Il m'incombe d'essayer de présenter d'une façon générale le système de la Convention. Ce matin Monsieur le Président de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a dit beaucoup au sujet de l'arrière plan devant lequel se situe la Convention. Je tâcherai, pour ma part très rapidement, d'abord, de situer le Conseil de l'Europe et la place des Droits

de l'Homme dans le cadre du Conseil, et deuxièmement d'esquisser la Convention, d'une part les Droits qu'elle garantit et d'autre part son système de contrôle.

En ce qui concerne ce système de contrôle mes deux collègues, Monsieur Raimond et Monsieur Eissen, vont vous donner une vue beaucoup plus approfondie que moi-même.

Tout d'abord le Conseil de l'Europe.

Je serai très télégraphique et je voudrais rappeler que le Conseil de l'Europe est l'Organisation Européenne la plus ancienne et la plus vaste. Plus vaste, tant au point de vue géographique — 21 États Membres — tant en ce qui concerne ses compétences. Le Conseil a une compétence générale avec un seul domaine qui est exclu de sa compétence, celui de la défense. Le Conseil de l'Europe est donc une Organisation Européenne à compétence générale mais non militaire.

C'est une Organisation éminemment politique. D'une part par son but qui est, comme le dit le Statut, une union plus étroite entre ses États Membres.

Et tout ce que nous faisons dans le Conseil de l'Europe, même le travail, parfois très technique et peu spectaculaire, sert ce but politique «d'une Union plus étroite».

Mais le Conseil est aussi une Organisation éminemment politique de sa part de ses fondements. Et je crois que c'est bon de rappeler que le Conseil de l'Europe est fondé sur une certaine vision de la démocratie dont les Droits de l'Homme, et le Statut nous le dit, sont un élément tout à fait essentiel.

L'article 3 du statut du Conseil de l'Europe dit, avec beaucoup de clarté, que le respect des Droits de l'Homme, des libertés fondamentales et de la prééminence du Droit est à la fois le critère capital pour l'admission d'un État et la principale obligation qu'assument les États Membres de l'Organisation.

C'est la raison pour laquelle votre pays, comme vous le savez, n'a pu appartenir au Conseil de l'Europe qu'après le passage à la Démocratie, de même que l'Espagne. Et vous savez que la Grèce a dû quitter l'Organisation pendant l'éclipse de la Démocratie dans ce pays, sous le régime des colonels.

La contrepart de cet article 3 du Statut est l'article 8 qui prévoit que tout État qui enfreint gravement les obligations que j'ai mentionnées peut être suspendu ou expulsé de l'Organisation. Et je crois que déjà de la lecture du Statut du Conseil de l'Europe nous pouvons dire qu'aucun autre Traité fondant une Organisation Internationale est aussi clair et va aussi loin en ce qui concerne cette obligation de respect des Droits de l'Homme et de la prééminence du Droit.

Comme Monsieur le Président Wiarda l'a rappelé ce matin, cette insistance du statut sur les valeurs des Droits de l'Homme, de la Démocratie de la Prééminence du Droit, s'explique, en grande partie, par la situation historique dans laquelle le Conseil de l'Europe a été créé.

Vous savez qu'il a été fondé quatre ans après le deuxième grand conflit qui avait été européen dans ses origines mais mondial dans ses prolongements. Vous savez aussi qu'en 48/49 le souvenir de ce que l'Europe avait subi de l'expérience des régimes totalitaires et autoritaires était encore très vif et je crois savoir que ce souvenir est encore vif ici dans votre pays.

En 1948, année où commencèrent les négociations pour la création du Conseil de l'Europe, c'était non seulement l'année du Congrès de la Haye, qui a donné l'impulsion décisive pour la fondation du Conseil, c'était aussi l'année de l'adoption de la Déclaration des Droits de l'Homme, c'était également *le coup de Prague* avec les nouvelles menaces qu'il comportait. C'est dans cette situation historique qui est née l'idée d'une garantie collective des Droits de l'Homme, qui s'est concrétisée très rapidement dans le cadre du Conseil de l'Europe, à peu près un an après sa fondation, par la signature de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à Rome, en 1950.

L'un des objectifs des auteurs de la Convention était, comme il est dit dans le préambule, je cite —: «de prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle.»

La garantie créée par la Convention est une garantie internationale. C'est donc une garantie subsidiaire.

La Convention fixe ce qu'on appelle un standard minimum. Elle ne prétend pas se substituer aux systèmes nationaux de protection des Droits de l'Homme, elle n'empêche nullement les Etats d'aller plus loin, comme il ressort clairement de l'article 60 de la Convention.

Quelques mots sur les droits garantis par la Convention.

Ces droits sont essentiellement des droits qu'on pourrait appeler des droits de non ingérence de l'État, comme la liberté d'expression, le droit à la vie privée, pour n'en citer que deux. Il est intéressant de constater, et je suppose que mon collègue Marc Eissen peut vous en dire davantage — que dans sa récente jurisprudence la Cour Européenne des Droits de l'Homme, notamment dans les affaires *Marckx* et *Airey* a déduit de la garantie de certains droits une obligation d'action positive de l'État.

Nous constatons donc une évolution intéressante et importante de l'obligation de s'abstenir vers une obligation d'agir de l'État dans certains cas, dans certaines situations.

Autre mot sur le caractère des droits garantis. À la lecture de la Convention vous voyez que les droits protégés par la Convention sont, pour la plupart et avant tout, des droits dits civils et politiques. Les droits économiques et sociaux, dont l'importance est reconnue, et de plus en plus reconnue, sont garantis, dans le cadre du Conseil de l'Europe, par d'autres instruments juridiques dont notamment la Charte Sociale Européenne.

Mais il faut bien dire que le système de contrôle institué par ces instruments, et notamment par la Charte Sociale Européenne, restent très nettement en retrait par rapport à celui de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Je vous rappelle qu'aujourd'hui nos Etats Membres reconnaissent de plus en plus l'égale importance des droits civils et politiques, d'une part, et des droits économiques et sociaux d'autre part.

Là encore il est intéressant de noter, dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne, une évolution. Dans l'affaire *Airey* que j'ai déjà mentionnée, la Cour a démontré qu'il n'y a pas de cloisonnements tout à fait étanches entre la sphère des droits économiques et sociaux, et le domaine couvert par les droits dits civils et politiques qui sont, avant tout, protégés par la Convention.

C'est dans ce contexte qu'il faut aussi situer l'importante Déclaration adoptée par les Ministres des Affaires Etrangères des États Membres du Conseil de l'Europe en 1978, dans laquelle on a donné priorité

aux travaux entrepris dans le cadre de l'organisation en vue d'une extension des droits protégés par les instruments du Conseil de l'Europe, notamment en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels.

Quelques mots encore sur le mécanisme institué, le système de contrôle créé par la Convention.

Ce système de contrôle ne peut jouer pleinement que dans les cas où l'État intéressé a accepté les clauses facultatives de la Convention — l'article 25 sur le recours individuel et l'article 46 sur la juridiction obligatoire de la Cour.

Votre pays a fait les deux Déclarations dans ce sens.

La Convention a créé deux organes de contrôle qui ont un caractère juridictionnel, ou quasi juridictionnel pour la Commission, international et indépendant. La Commission d'une part et la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'autre part.

En outre, le Comité des Ministres, qui est l'organe exécutif et politique du Conseil de l'Europe, est appelé à remplir certaines fonctions au titre de la Convention.

Les organes du Conseil de l'Europe, Comité des Ministres et Assemblée, interviennent dans la désignation des membres de la Cour et de la Commission.

Le rôle de la Commission que Monsieur Raimond va vous exposer plus en détail, est essentiellement un rôle d'investigation et de conciliation. La Cour, elle, est compétente pour toutes les affaires concernant, je cite; «l'interprétation et l'application de la Convention que les hautes Parties Contractantes lui soumettront» et là Monsieur Eissen va vous faire un exposé plus complet.

Le Comité des Ministres, et ceci est le résultat d'un compromis qu'il a fallu conclure au moment de l'élaboration de la Convention, intervient à plusieurs stades de la procédure. C'est notamment dans les cas où la Cour n'est pas saisie d'une affaire que le Comité des Ministres est appelé à décider s'il y a eu ou non violation de la Convention. Vous voyez donc qu'une fonction juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle est confiée à un organe essentiellement politique ce qui ne donne pas toujours des résultats tout à fait satisfaisants.

Une fonction qui est confiée au Comité des Ministres, fonction importante, est celle de l'article 54 de la Convention qui prévoit que le Co-

mité des Ministres surveille l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Evidemment ce mécanisme de caractère international subsidiaire ne peut fonctionner qu'après l'épuisement des voies de recours internes.

Ce mécanisme peut être déclenché soit par une requête individuelle, ce qui est le cas dans la grande majorité des affaires, ou alors par une requête interétatique, ce qui est rare.

L'idée qui était à la base des requêtes interétatiques était celle d'une garantie collective des Droits de l'Homme par les États, celle de la solidarité des États dans la défense des Droits de l'Homme.

En réalité, la seule affaire où cette disposition a vraiment joué dans ce sens était, sans doute, l'affaire de la Grèce où quatre États ont porté plainte contre le régime des Colonels.

La requête individuelle qui repose sur l'article 25, une clause facultative, est à l'heure actuelle reconnue par 14 États, dont le Portugal.

Il faut dire que ce sont surtout les requêtes individuelles qui ont permis à la Commission et à la Cour de développer une jurisprudence importante, une jurisprudence évolutive qui interprète, d'une façon dynamique, les dispositions de la Convention.

Monsieur le Président, j'arrive à la conclusion.

On nous a dit de parler 10 minutes et je vois que j'ai déjà parlé 10 minutes. Ma conclusion est rapidement la suivante.

Je crois que malgré certaines imperfections et faiblesses du système de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, nous pouvons être fiers de ce qui a été réalisé et on peut dire, sans exagérer, que la Convention Européenne des Droits de l'Homme est à l'heure actuelle et reste à l'heure actuelle, l'instrument le plus efficace qui existe sur le plan international en ce qui concerne la protection des Droits de l'Homme.

Je dis entre parenthèses que l'on peut voir une des preuves de son succès dans le fait que la Commission des Communautés Européennes a, comme certainement vous le savez, proposé récemment que la Communauté Economique Européenne adhère comme tel à la Convention Européenne.

Monsieur le Président Wiarda a cité ce matin Docqueville qui nous a dit aussi que la démocratie est toujours menacée, et avec elle évidemment les Droits de l'Homme.

Je crois important non seulement une vigilance permanente mais aussi une approche dynamique, comme les organes de la Convention l'ont montré, surtout au cours des dernières années, pour que les instruments qui ont été créés ne deviennent pas un jour des fossiles, peut être sympathiques mais inoffensifs.

C'est dans cet esprit qu'il faut aussi voir les travaux en cours, que j'ai mentionné tout à l'heure au sujet de l'extension des Droits de l'Homme dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Je terminerai sur une considération un peu plus générale. Je crois que M. le Président Wiarda en a déjà parlé ce matin, qu'il a été beaucoup plus question, ces dernières années, d'identité européenne, dans une Europe qui se cherche à elle-même, pour avoir un facteur essentiel d'identité européenne, de certainté de l'Homme, de la dignité humaine.

Je crois qu'il est très bien exprimé dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme et il faut espérer que ce qu'elle incarne reste la partie essentielle de notre identité européenne.

Merci, M. le Président.

COMUNICAÇÃO DE
JEAN RAYMOND

*Secretário-Adjunto da Comissão
dos Direitos do Homem*

Comunicação de JEAN RAYMOND

Puisque M. Leuprecht a caractérisé, d'une façon très complète, la Convention, je pourrai, à mon tour, vous présenter un exposé de caractère beaucoup plus technique et je m'efforcerai, pour être bref, de m'en tenir à l'essentiel avec l'idée que, par la suite, toutes les lacunes de cet exposé se complèteront, je l'espère, à la suite des questions que vous serez peut-être appelés à poser.

La Commission Européenne des Droits de l'Homme, vous venez de l'entendre, est l'un des deux organes spécialement institués par la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour assurer la garantie collective internationale des Droits de l'Homme.

Elle a trois, peut-être quatre fonctions:

- a) une fonction de tri
- b) une fonction d'instruction
- c) une fonction de conciliation
- d) et peut-être, dans une certaine mesure, une fonction de justice retenue, comme l'on disait au XIXème siècle.

Elle est composée d'un membre au titre de chaque Partie contractante. Actuellement, donc, 20 membres.

Les membres de la Commission sont élus par le Comité des Ministres au scrutin secret sur une liste établie par le Bureau de l'Assemblée Consultative, sur propositions des Délégations Parlementaires Nationales.

Le mandat des membres de la Commission est de six ans et les membres sont rééligibles. Ils bénéficient de l'indépendance judiciaire. Ils ne représentent donc pas le pays au titre duquel ils ont été élus, mais ils siègent à titre personnel et ne doivent de comptes à personne.

La Commission n'est pas un organe permanent. Ses membres, chacun dans l'État d'où ils viennent, ont une fonction ou une profession. Ils sont principalement des professeurs, des magistrats, des praticiens du droit, qui consacrent une partie de leur temps à la Commission.

La Commission siège cinq fois par année en session ordinaire. Chaque session dure deux semaines. Entre les sessions, les membres de la Commission sont parfois appelés à des activités de caractère accessoire. Je ne veux pas dire qu'elles sont moins importantes mais, enfin, elles ne s'exercent pas au rythme habituel des sessions. Et ce peut être une enquête à faire à Strasbourg, ou en dehors de Strasbourg, une participation à une procédure de la Cour, etc.

Le nombre des dossiers est considérable. À chaque session la Commission examine 100-120-130 affaires. Le travail de préparation est considérable et on peut penser qu'à l'heure actuelle il n'est pas loin d'être un travail à mi-temps pour les membres de la Commission.

La Commission dispose à Strasbourg d'un Secrétariat qui, lui, est permanent. Ce Secrétariat est mis à sa disposition et fourni par le Conseil de l'Europe. Il se compose, à l'heure actuelle, de 19 fonctionnaires juristes, compte tenu du Secrétaire, du Secrétaire-Adjoint. Ce Secrétariat assure la marche des affaires, assure la rédaction de tous les projets, de tous les rapports et de toutes les décisions, une fois que la Commission les a adoptés. La Commission établit son règlement intérieur, c'est à dire son Code de Procédure et je vous signale que ce Code contient un appendice qui est consacré à l'Assistance Judiciaire. La Commission dispose de fonds, mis à sa disposition par le Conseil de l'Europe, qui lui permettent, dans certaines conditions, d'accorder aux individus qui présentent une requête et qui sont dépourvus de moyens financiers l'assistance judiciaire. Elle en fait, d'ailleurs, un usage assez large.

Deux mots maintenant sur la manière dont les fonctions de la Commission s'exercent. Je ne veux pas, bien sûr, vous décrire e par le menu e sa procédure. D'abord ce serait très ennuyeux et puis vous pouvez la trouver dans la lecture du règlement intérieur.

Le Secrétariat de la Commission reçoit chaque jour un courrier très abondant provenant de tous les coins d'Europe. Une avalanche de plaintes de toutes sortes, des plus simples aux plus compliquées, et ce Secrétariat, selon les instructions qui lui ont été données par la Commission, s'efforce d'y voir clair, c'est à dire, de repérer dans cette avalanche de courrier, ce qui pourrait être l'amorce d'une requête l'exposé d'une situation qui se situe dans le champ d'application de la Convention et qui constitue une plainte qui pourrait relever de la Convention.

Il y a donc là un travail, je n'ose pas dire de tri, parce que le Secrétariat ne possède, en lui même, aucune espèce de pouvoir de décision mais un travail du conseil, un travail de correspondance préliminaire qui, finalement, aboutira à l'enregistrement d'un certain nombre de requêtes.

Je vous signale que le Secrétariat reçoit environ 2500 plaintes chaque année et, qu'en définitif, ce n'est que plus que 400 requêtes qui sont finalement enregistrées pour être soumises à la Commission. Au moment où cette requête est enregistrée, commence véritablement le travail de la Commission.

Je peux vous signaler, en passant, que l'introduction d'une requête est un acte d'une extrême simplicité, dépourvu de tout formalisme. Il s'agit d'une simple lettre, il suffit que l'identité du requérant soit connue, il suffit que la situation dont il se plaint, ses griefs, soient identifiables. Si nécessaire, le Secrétariat lui posera des questions complémentaires afin de réunir un minimum d'informations.

L'intervention d'un avocat n'est absolument pas nécessaire pour introduire une requête. Il n'existe aucun frais, aucun émoluments. Le fonctionnement de la Commission est entièrement gratuit pour le requérant. La procédure devant la Commission se déroule entièrement à huis-clos. Il n'y a aucune phase publique. Les dossiers sont confidentiels. Les personnes qui s'adressent à la Commission ont donc la certitude, à moins qu'elles ne donnent formellement leur accord dans une phase ultérieure, que leur affaire ne sera pas divulguée, ne sera pas mentionnée dans la presse, ne sera pas communiquée à des tiers qui ne devraient pas en avoir connaissance.

La procédure de la Commission se divise, selon ce qu'impose l'article 27 de la Convention en 2 phases que l'on s'efforce actuellement de séparer moins nettement pour tenter de gagner un peu de temps dans le déroulement de la procédure.

La lère phase consiste à examiner la recevabilité d'une requête. La recevabilité veut dire la question de savoir si la requête n'est pas à rejeter par d'une des clauses de l'article 27 de la Convention c'est à dire l'effet ne se situe pas en dehors du champ de l'application de la Convention, si elle si les voies de recours internes ont été effectivement épuisées, s'il ne s'est pas écoulé plus de six mois depuis la décision interne définitive, et, finalement, si la requête n'est pas manifestement mal-fondée. Et en disant cela, l'article 27 invite la Commission, dès le premier stade de la procédure, à examiner, au moins sommairement, le bien fondé de l'affaire.

La Commission a donc le pouvoir d'écarter, de déclarer irrecevable une requête, parce que (même si les conditions formelles de son introduction sont remplies) elle ne croit pas qu'il y ait la moindre trace de violation de la Convention.

Parfois, sur la base des seules indications fournies par le requérant lui-même, la Commission est en mesure de constater que la requête est irrecevable. Dans ces cas, la procédure est extrêmement simple, il n'y a aucune phase contradictoire, il n'y a aucune audience, la requête est rejetée d'emblée par la Commission.

Lorsque l'affaire présente certains aspects plus compliqués, ou bien que les renseignements dont la Commission dispose ne lui suffisent pas pour déterminer la recevabilité, la Commission ouvre une procédure contradictoire. Cette procédure est d'abord écrite. À ce moment là requête est portée à la connaissance du Gouvernement contre lequel elle se dirige, et ce Gouvernement présente ses observations, auxquelles le requérant peut, ensuite, répondre par un mémoire. Et si les renseignements ainsi réunis et les arguments ainsi avancés, de part et d'autre, ne sont pas suffisants, la Commission peut encore inviter les parties à une audience. À ce moment-là, les représentants des parties se déplacent à Strasbourg et viennent exposer — viennent plaider, si vous le préférez — devant la Commission leur affaire.

Néanmoins, depuis un certain temps, la Commission, lorsqu'elle doit en venir là, demande aux parties de s'exprimer au cours des audiences, non seulement sur les questions de recevabilité, mais aussi sur le bien fondé de l'affaire, afin de faire avancer la procédure, et d'épargner, autant que possible, aux parties une deuxième audience.

La Commission peut enfin statuer sur la recevabilité. Elle déclare donc la requête recevable, ou irrecevable, par une décision, qui est finale, motivée et qui se présente, plus au moins, comme un jugement avec une partie en fait et une partie en droit.

À l'heure actuelle la plus grande partie des requêtes sont déclarées irrecevables. Je reviendrai tout à l'heure sur ce que l'on peut déduire de ce grand nombre d'affaires déclarées irrecevables.

Une affaire déclarée recevable est instruite, c'est à dire que la Commission doit contradictoirement, en vertu de l'article 28, lettre a) de la Convention, établir les faits. Ceci ne pose, très souvent, aucune espèce de problème, parce que les faits sont assez rarement contestés. Et comme il s'agit d'une affaire qui, par définition, a déjà passé par un certain nombre d'instances nationales, il est assez rare qu'il y ait encore, sur ces faits, de profondes divergences. Mais enfin, cela se produit dans certains cas, et à ce moment- là la Commission procède à une enquête qui comporte, par exemple, l'examen de certains documents mais qui peut comporter aussi l'audition de témoins et un transport sur place, un examen des lieux, mesures qui sont naturellement familières à tous les magistrats que vous êtes.

Parallèlement à cette fonction d'instruction, la Commission exerce sa fonction de conciliation. L'article 28, lettre b) de la Convention prévoit l'obligation de se mettre à la disposition des parties en vue de tenter un règlement amiable de l'affaire.

Cette phase de la procédure est extrêmement peu formaliste, bien entendu. Elle se traduit par un certain nombre de contacts, généralement par l'intermédiaire du Secrétaire avec l'une et l'autre des parties, pour essayer peu à peu de les aider à trouver une solution qui permettrait de mettre fin à l'affaire.

J'insiste sur le fait que l'accord des parties, en lui-même, est insuffisant pour que soit réalisé un règlement amiable, au sens de l'article 28, lettre b). Il faut un règlement amiable qui s'inspire des principes de la Convention c'est à dire que la Commission est finalement toujours appelée à dire si elle accepte où si elle n'accepte pas la solution qui lui est proposée, même d'accord entre les parties, comme règlement amiable.

Cette disposition, vous l'avez compris, s'explique tout naturellement par le fait qu'il existe entre les deux parties une inégalité énorme, puisqu'il s'agit d'une part d'un individu et d'autre part d'un État.

Si aucun règlement amiable n'est intervenu entre les deux parties, la Commission doit alors mettre fin d'une autre manière à la procédure et, pour cela, elle établit un rapport, qui se compose de deux parties principales.

Dans la première se trouvent les faits de la cause, tels qu'ils ont été établis par la Commission, à la suite, s'il est nécessaire d'une enquête.

La deuxième partie comporte un avis de droit, une analyse des griefs, des thèses des parties et une opinion sur le point de savoir si la Convention a été violée.

Ce rapport, une fois adopté par la Commission — et ceci constitue la fin de la procédure de la Commission proprement dite — est envoyé au Comité des Ministres.

Pendant un délai de trois mois, l'État ou les États intéressés, d'une part, La Commission d'autre part, peuvent saisir la Cour, à condition que la Cour soit, bien entendu, compétente en vertu de l'article 46.

À l'échéance de ce délai, si la Cour n'a pas été saisie, c'est le Comité des Ministres qui prendra la décision.

Et maintenant quelques mots sur la compétence et les pouvoirs de la Cour. M. Leuprecht vous a déjà dit que la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention dont elle est saisie.

Il s'agit là d'une compétence facultative. L'article 46, comme l'article 25, relatif au droit de recours individuel, peut ne pas être accepté par un État qui ratifie la Convention. Mais à l'heure actuelle, sur les 20 États ayant ratifié la Convention, 18 ont souscrit cette déclaration facultative. Seuls manquent encore à l'appel Chypre et la Turquie.

Dans le cas d'un État ne remplissant pas cette condition, il peut y avoir un compromis spécial ou l'acceptation de la compétence de la Cour dans un cas d'espèce.

La Convention prévoit aussi que la Cour tranche les contestations éventuelles relatives à sa compétence. Si l'on examine la jurisprudence de la Cour, on constate que celle-ci se fait de sa compétence une conception assez large.

La compétence est délimitée fondamentalement par la décision de la Commission déclarant la requête recevable, mais à l'intérieur de ce cadre la compétence de la Cour s'exerce très largement. On peut dire que la Cour jouit de la plénitude de juridiction. Elle connaît non seulement des

questions de droit, mais aussi des questions de fait. Elle peut, tout comme la Commission, quoiqu'elle en ait évidemment bien moins souvent l'occasion, procéder à une descente sur les lieux. Elle peut, et elle le fait souvent, demander des documents, des pièces, poser des questions lors des débats, et cela souvent d'office. La Cour peut aussi se reconnaître compétente pour examiner des faits postérieurs non seulement à la saisine de la Commission, mais même à sa propre saisine. Elle a dû rendre des arrêts à ce sujet, à la suite de contestations soulevées par certains gouvernements.

Elle s'est aussi reconnue compétente pour trancher des questions de recevabilité et de compétence concernant non seulement la procédure engagée devant elle, mais la procédure antérieure engagée devant la Commission.

Il est arrivé, plus d'une fois, qu'un gouvernement reproche à la Commission d'avoir déclaré la requête recevable, par exemple d'avoir estimé que l'épuisement des voies de recours internes se trouvait réalisé. Et la Cour, à la majorité, non sans quelques hésitations, s'est reconnue compétente en ces matières.

Quant aux pouvoirs de la Cour, ils diffèrent de ceux de la Commission qui exprime, sur le fond de l'affaire, un avis dépourvu de caractère obligatoire. La Cour statue, elle, par un arrêt, un arrêt motivé et qui est obligatoire et définitif, auquel, d'après l'article 53, les États s'engagent à se conformer et dont il incombe au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de surveiller l'exécution (article 54).

La Cour peut aussi statuer non seulement sur l'existence ou l'absence de violations, mais, lorsqu'elle a relevé une violation, accorder à la victime du manquement constaté, sous certaines conditions, une satisfaction équitable qui peut revêtir, et qui a revêtu en plusieurs cas, la forme de l'octroi d'une indemnité.

Il arrive qu'en pareil cas la Cour statue en deux temps. Elle commence par se prononcer sur l'existence de la violation et ensuite, par un deuxième arrêt quelquefois postérieur de plusieurs mois, sur la question de la réparation.

Mais de plus en plus la Cour, grâce à une certaine amélioration de sa pratique, grâce au concours de la Commission, réussit à statuer par un seul et même arrêt.

Après vous avoir indiqué que le nombre des arrêts rendus jusqu'ici par la Cour est modeste, puisqu'il est de l'ordre d'une quarantaine, j'arrive maintenant à une tentative de bilan de l'activité de la Cour, par laquelle je voudrais terminer.

Il y a une efficacité difficilement mesurable, mais que je crois réelle et que l'on pourrait appeler préventive.

Il arrive que la Cour, tout comme la Commission, se révèle efficace sans même avoir eu besoin de statuer et je dirai peut-être même, dans le cas de la Cour, sans avoir été saisie.

On nous a parlé des règlements amiables et des arrangements qui se réalisent assez fréquemment devant la Commission sous une autre forme que le règlement amiable proprement dit. Eh bien, ces arrangements sont dus, pour l'essentiel, aux efforts de la Commission, de son secrétariat, ainsi qu'à la bonne volonté dont témoignent, en général, les gouvernements défendeurs, mais on peut se demander si l'existence même de la Cour ne contribue pas à cette manifestation de bonne volonté, n'encourage pas les États à se montrer conciliants. Car enfin, la perspective d'une procédure ultérieure devant la Cour, se déroulant cette fois-ci en public et non plus à huis clos, et pouvant se terminer par un arrêt, éventuellement, de condamnation, cette perspective est sans doute de nature à faciliter les chances de succès de la tentative de règlement amiable.

Même après la saisine de la Cour, il peut arriver que l'affaire se termine sans que la Cour ait eu à trancher sur le fond.

J'en donnerai un exemple. Une des toutes premières affaires, l'affaire «De Becker» qui concernait un article du code pénal belge prévoyant certaines déchéances perpétuelles et très étendues de la liberté d'expression, à l'encontre de personnes condamnées pour collaboration avec l'occupant pendant la deuxième guerre mondiale.

La Commission avait adopté un rapport estimant que cette limitation allait au delà de celles qu'autorise le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Eh bien, la veille du jour où devaient se tenir les premières audiences publiques devant la Cour, le Parlement belge a voté un amendement à l'article en question du code pénal. Je ne vous en parlerai pas en détail, mais enfin l'affaire s'est terminée par un règlement amiable, en quelque sorte, par une radiation du rôle et la Cour n'a pas eu à statuer sur le point de savoir s'il y avait eu ou non violation de la Convention.

Cependant, le cas le plus fréquent est celui où la Cour doit statuer, doit se prononcer, doit trancher. Elle a rendu jusqu'ici 28 arrêts sur le fond. 11 ont conclu à l'absence de violation et 17 à l'existence de violations. Et cela dans des affaires d'une extrême diversité. Nous avons eu des affaires concernant l'interdiction des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que de la torture, par exemple dans la seule affaire interétatique dont nous avons dû connaître et qui opposait l'Irlande au Royaume-Uni au sujet de l'application de la Convention en Irlande du Nord.

Nous avons eu de très nombreuses affaires concernant la liberté physique de la personne. Il s'agissait, par exemple, de se prononcer sur la régularité, au sens de la Convention, de l'internement d'un vagabond ou de l'internement d'un aliéné ou de l'emprisonnement d'une personne après condamnation.

Nous avons eu plusieurs affaires où il s'agissait d'apprécier le caractère raisonnable ou déraisonnable de la durée d'une détention provisoire, etc...

D'autres affaires, également nombreuses, ont concerné le droit à une bonne administration de la justice, à commencer par le droit d'accès aux tribunaux — ce que la Cour a appelé, dans un arrêt célèbre, l'arrêt «Golder», le droit à un tribunal. Et puis, une fois le tribunal saisi et compétent, il nous a fallu, parfois contrôler le caractère équitable de la procédure suivie devant lui et rechercher si les exigences de publicité de la Convention avaient été respectées.

Nous avons eu à nous prononcer sur la notion d'accusation en matière pénale et à la délimiter par rapport à la notion d'accusation de caractère disciplinaire. Ce fut un des principaux objets d'un arrêt rendu dans une affaire relative au régime disciplinaire militaire aux Pays-Bas.

Nous avons eu aussi à statuer, plus d'une fois, sur le caractère raisonnable de la durée d'une procédure judiciaire, en matière tantôt civile, tantôt pénale.

D'autres affaires encore ont concerné le droit au respect la vie privée et familiale, par exemple une affaire dont M. Leuprecht a dit un mot tout à l'heure, l'affaire «Marckx», qui a trait au statut des enfants des enfants nés horsmariage et des mères célibataires en Belgique.

A quoi s'ajoutent des affaires de liberté d'expression, notamment la célèbre affaire «Sunday Times» où la Cour a estimé que l'interdiction de

publier, prononcée contre ce journal au sujet d'un article relatif au procès dit de la «talidomide» au Royaume-Uni, était allée au-delà de ce qu'autorise l'article 10 de la Convention.

La Cour a également été saisie de plusieurs affaires de liberté syndicale, par exemple, il y a quelques semaines, une affaire concernant la pratique dite du «closed-shop» au Royaume Uni.

La Cour a eu enfin à connaître, dans des affaires très diverse, de problèmes de discrimination. M. le Président Wiarda vous a exposé ce matin la conception qu'elle se fait de cette matière.

A quoi ont abouti ces arrêts de la Cour? Dans un certain nombre de cas, à octroi d'une indemnité et cela n'a jamais soulevé de difficultés. Les sommes en question ont toujours été versées par les États intéressés.

Et puis, lorsque la Cour a relevé une violation, bien souvent cette constatation a eu des effets qui allaient au-delà du cas d'espèce et qui ont entraîné, ou accéléré, des modifications législatives dans l'ordre juridique interne de l'État concerné.

J'en citerai quelques exemples. Dans l'affaire des «vagabonds», dont je vous ai déjà dit un mot, l'arrêt de la Cour a eu pour effet de hâter le vote d'une loi ouvrant aux vagabonds, internés par décision du juge de paix, une voie de recours judiciaire contre cette décision, une voie de recours qui n'existait pas jusque-là.

Dans l'affaire «Golder», sur le droit d'accès à un tribunal, notre arrêt a eu pour effet une révision du règlement pénitenciaire britannique, selon des modalités destinées à faciliter l'accès des détenus purgeant leur peine à la justice britannique.

Dans une affaire irlandaise «Airey», dont M. Leuprecht vous a dit un mot, notre arrêt va avoir — c'est encore en cours —, pour conséquence l'élargissement des conditions d'octroi de l'aide judiciaire gratuite en matière civile. Et quant à l'arrêt «Sunday Times», le parlement britannique va être prochainement saisi de propositions de réforme législative destinées à modifier la «Common Law», le droit non écrit britannique, en matière de «Contempt of Court», d'outrage à la Justice, de «mépris de la cour» notamment.

Je pourrais multiplier les exemples.

Je crois que cette constatation que l'on peut faire quant au bilan de l'activité de la Cour s'inscrit dans un cadre plus général, celui qu'a tracé M. Leuprecht au début de cette séance. Ce bilan montre globalement

que malgré un certain nombre de faiblesses, la Convention européenne des Droits de l'Homme s'est révélée un instrument vivant et efficace.

Nous le voyons de plus en plus, car on constate que la Cour a tendance, avec la Commission des Droits de l'Homme, à interpréter la Convention d'une manière non pas statique, rigide, mais d'une manière dynamique et évolutive dans la mesure où le texte permet des adaptations des conceptions. Cela, après tout, est conforme à la vocation, à la nature profonde de la Convention qui est l'expression d'un patrimoine commun de convictions juridiques des États membres du Conseil de l'Europe dans le domaine des Droits de l'Homme.

Je vous remercie.

COMUNICAÇÃO DE
MARC-ANDRÉ EISSEN

*Greffier do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem*

Comunicação de MARC-ANDRÉ EISSEN

Il m'appartient à présent de vous parler de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Je le ferai dans le même esprit et de la même manière que M. Leuprecht et M. Raymond, c'est-à-dire en me bornant aux grandes lignes et en espérant que la discussion qui suivra mon exposé me donnera, ainsi qu'à mes collègues, l'occasion de vous fournir les précisions que vous souhaiteriez.

Comme vous le savez, la Cour intervient toujours à l'issue d'une procédure nécessairement engagée au préalable devant la Commission européenne des Droits de l'Homme.

Toutefois, elle n'intervient que dans certaines affaires et on peut même dire dans, une proportion assez faible d'affaires. En effet si l'on rapproche le nombre des affaires déférées jusqu'ici à la Cour du nombre total des requêtes initiales introduites devant la Commission, on arrive, à l'heure actuelle, à un pourcentage inférieur à 1% du total, pourcentage qui a tendance à augmenter, mais assez lentement. La Cour a été saisie jusqu'ici, en tout et pour tout, de 33 affaires et si l'on calcule en requêtes, car il arrive que la Commission groupe en une seule affaire plusieurs requêtes, on arrive à une cinquantaine. Je vous dis cela pour vous situer la Cour dans l'ensemble du mécanisme.

Je vous parlerai d'abord de la Cour en tant qu'organe, ensuite de la procédure qui se déroule devant elle et enfin de ses compétences et de ses pouvoirs. Et pour finir, en conclusion j'essayerai de dresser un rapide bilan de l'efficacité de son action.

La Cour est un organe purement judiciaire et qui comprend un nombre de membres égal à celui des États membres du Conseil de l'Europe, qu'ils aient ou non ratifié la Convention. À l'heure actuelle, cela signifie que la Cour compte 21 membres.

Les juges sont désignés de la manière suivante: les gouvernements présentent, chacun, trois candidats, dont deux obligatoirement doivent avoir la nationalité de l'État qui les présente, le troisième pouvant être un ressortissant étranger. Ils sont ensuite élus, au scrutin secret et à la majorité, par l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe.

Tout comme les membres de la Commission européenne des Droits de l'Homme, ils n'ont pas la qualité de représentants de leur État d'origine. Ils siègent à titre individuel.

Ils jouissent de nombreuses garanties d'indépendance, notamment de certaines immunités très étendues dans l'exercice de leurs fonctions. Et la pratique montre que cette indépendance n'est pas un vain mot. Il arrive souvent qu'un membre de la Cour se prononce dans un sens contraire à la thèse défendue par son gouvernement devant la Cour. La Convention fixe certaines conditions quant aux qualifications requises des candidats. Il doit s'agir toujours de personnes jouissant de la plus haute considération morale et qui doivent en plus ou bien réunir les conditions requises pour l'accès à de hautes fonctions judiciaires, ou bien être des jurisconsultes de compétence notoire.

Il n'y a pas véritablement de condition de nationalité, si ce n'est la condition négative que la Cour ne peut pas compter plus d'un ressortissant du même État.

En revanche, il pourrait y avoir au sein de la Cour une personne apatride, ou une personne ayant la nationalité d'un État non membre du Conseil de l'Europe. L'hypothèse était jusqu'ici une hypothèse mais elle va peut-être se réaliser dans un proche avenir car la principauté de Liechtenstein, dernier État à avoir adhéré au Conseil de l'Europe, a présenté, il y a quelques jours, une liste de trois candidats, dont le premier est de nationalité canadienne. Je ne sais naturellement pas encore si l'Assemblée l'élira, mais enfin il y a là une possibilité. Pour ce qui est de sa composition la Cour comprend, un peu comme la Commission, une proportion à peu près égale de professeurs, de magistrats et d'avocats. C'est un assortiment assez équilibré, chose très importante pour une juridiction

internationale, de théoriciens et de praticiens. Beaucoup de ces membres, d'ailleurs, ont une formation à la fois universitaire, une formation de professeur, et une formation de magistrat ou d'avocat.

Je vous parlerai maintenant uniquement de la procédure en matière contentieuse. La Cour possède aussi, de par un protocole à la Convention, une compétence consultative, mais cette compétence a été définie d'une manière si étroite qu'elle n'a pas trouvé à s'exercer jusqu'ici. Nous allons donc la négliger.

D'abord les conditions de saisine.

Ici il existe entre la Commission et la Cour une différence spectaculaire. C'est que la Cour, à la différence de la Commission, ne peut jamais être saisie par un simple particulier. Peuvent s'adresser à elle des États, et encore certains États seulement, et d'autre part la Commission européenne des Droits de l'Homme. Je dis bien certains États. Il faut, pour qu'un État puisse saisir la Cour, qu'il ait participé auparavant à la procédure devant la Commission en qualité soit de demandeur soit de défendeur. Il peut aussi s'agir d'un État n'ayant pas encore ris part à l'instance, mais intervenant en raison de la nationalité de la victime de la violation alléguée.

La Commission en pratique, est le principal pouvoyeur, si j'ose m'exprimer un peu vulgairement, de la Cour, puisque sur les 33 affaires dont je vous parlais, 30 ont été introduites devant la Cour soit uniquement par la Commission, soit par la Commission d'abord, puis par un gouvernement ou l'inverse. Ce droit de saisine reconnu à la Commission devant la Cour constitue en somme, les travaux préparatoires le montrent, le remplacement, le substitut de ce à quoi on avait songé à l'origine, le droit de recours individuel. Les premiers promoteurs de la Convention, au Congrès de la Haye, de 1948, du Mouvement Européen, avaient pensé donner à l'individu un droit direct de saisine de la Cour. Mais on a dû y renoncer, pour les raisons que vous pouvez facilement imaginer. On a eu, alors, cette idée très ingénieuse de ne pas limiter aux États l'accès à la Cour, mais de l'ouvrir aussi à la Commission européenne des Droits de l'Homme. Cela ne veut pas dire bien, sûr, que la Commission agisse devant la Cour en qualité de mandataire ou de représentant de l'individu requérant. J'aurai l'occasion de m'étendre un peu plus en détail sur ce point.

Une fois la procédure engagée, commense déroule-t-elle?

Là aussi nous avons une différence frappante entre la Commission et la Cour. La Cour, normalement, contrairement à la Commission, n'agit pas en formation plénière mais au moyen de chambres. La chambre est composée de 7 juges parmi lesquels certains siègent d'office en raison de leur nationalité, de la nationalité de l'État demandeur ou défendeur le règlement de la Cour prévoit aussi que. Le président ou le vice-président siègent de plein droit. Les autres membres de la chambre, qui sont assistés par des suppléants, sont désignés par tirage au sort.

Vous voyez tout de suite le risque auquel ce système de chambres pouvait conduire la Cour, surtout aujourd'hui où elle compte un nombre de membres triple de l'effectif d'une chambre, le risque de jurisprudences flottantes, divergentes et même contradictoires. La Cour a prévu dans son règlement un palliatif qui était sans doute contraire à la Convention, mais dont tout le monde a reconnu l'utilité, aussi bien les gouvernements que la Commission et la Cour: la possibilité pour la chambre de se dessaisir au profit de la Cour plénière lorsque l'affaire lui paraît soulever une ou des questions graves d'interprétation de la Convention. Ce n'est pas là une hypothèse théorique puisque dans plus d'un tiers des affaires, la proportion est de 40% à peu près, il y a eu dessaisissement de la chambre au profit de la Cour plénière.

Quelles sont les caractéristiques générales de la procédure de la Cour? Je crois pouvoir les ramener à trois principes: l'oralité, la publicité et le caractère contradictoire.

Oralité ne veut pas dire qu'il n'y ait pas de procédure écrite. En général, il y a d'abord une procédure écrite. Cependant, nous essayons de nous en passer et dans une affaire sur trois à peu près nous réussissons à le faire. Pourquoi? Précisément parce qu'avant la saisine de la Cour il y a eu une longue procédure devant la Commission; nous sommes toujours saisis d'un rapport circonstancié, détaillé, solide, de la Commission.

Nous pouvons, si nous le désirons et nous le faisons à l'occasion, nous procurer les pièces de la procédure écrite et orale suivie devant la Commission, ce qui nous permet donc, dans certains cas, de nous dispenser de procédure écrite.

En revanche, il y a toujours des débats, des audiences et ces débats, contrairement aux audiences qui se tiennent devant la Commission,

sont, en principes, publics, n'ont pas lieu à huis clos, à moins que la Cour ne prononce le huis-clos pour une raison particulière, mais ce n'est jamais arrivé jusqu'ici.

Caractère contradictoire. Ici se pose problème particulier découlant du fait qu'en général la Cour a en face d'elle deux protagonistes qui n'ont pas la même qualité juridique. Nous avons un État, qui est en réalité le défendeur même si c'est lui qui a saisi la Cour, et puis nous avons la Commission européenne des Droits de l'Homme qui n'est pas une partie litigante, qui n'a pas un intérêt personnel à défendre et qui ne prétend pas à quoi que ce soit contre l'État qui comparaît devant la Cour.

Elle agit plutôt comme auxiliaire de la justice, au sens le plus noble du mot; elle est là pour assister, éclairer la Cour, l'aider dans sa recherche de la vérité juridique. Elle fait office en quelque sorte de ministère public.

Mais alors, que devient l'individu requérant? Ne risque-t-on pas d'avoir un déséquilibre, d'avoir d'un côté un État qui va se lancer dans le débat judiciaire avec tout son poids, avec toute sa force de conviction, et de l'autre la Commission qui, de par la nature même de ses fonctions, est tenue, obligée, à une certaine réserve?

Il y avait là un risque non négligeable, mais je crois que la Cour, avec l'aide de la Commission et l'accord des gouvernements, a réussi à le conjurer par différents moyens. D'abord le règlement de la Commission prévoit que lorsque la Cour est saisie d'une affaire dont l'origine est une requête individuelle, le rapport de la Commission est communiqué à l'individu requérant qui peut, et en général il le fait, adresser à la Commission ses observations écrites sur le rapport de la Commission, laquelle, en général, donne connaissance des ces observations à la Cour.

Il en va de même pour les pièces ultérieures de la procédure, telles que le mémoire de la Commission ou le mémoire du gouvernement défendeur. De même le requérant ou un représentant, un avocat nommé par lui éventuellement au titre de l'assistance judiciaire dont M. Raymond vous a parlé, assiste, peut assister, aux débats, entendre ce qui se dit et faire part de ses observations aux représentants de la Commission devant la Cour qui en donnent, à leur tour, connaissance à celle-ci. Mais il y a plus; le règlement de la Cour prévoit que les délégués de la Commission auprès de la Cour peuvent se faire assister par toute personne de leur choix. La première fois que l'on a appliqué cette disposition dans

une affaire belge de vagabondage en 1970, la personne que les délégués ont chargée de les assister n'était autre que l'ancien avocat du requérant, des requérants, ils étaient trois, un avocat du barreau de Bruxelles, et qui avait défendu la cause de ces trois vagabonds devant la Commission. Là-dessus, incident de procédure : le gouvernement belge a protesté, soutenu que l'on enfreignait la Convention et la Cour a rendu un arrêt sur cet incident de procédure, donné acte aux délégués de la Commission, reconnu la compatibilité de cette manière de faire, sous certaines conditions, avec la Convention. Moyennant quoi l'avocat en question a pu prendre parole devant la Cour et en réalité, sur certains points, a apporté la contradiction non seulement au gouvernement belge mais à la Commission elle-même, tout en étant censé assister les délégués de celle-ci.

Depuis lors, c'est devenu pratique courante. Dans la plupart des affaires, les délégués de la Commission se font assister par un représentant officieux du requérant et quelquefois même par un requérant; c'est arrivé à deux ou trois reprises.

Grâce à ces différentes modalités, qui sont apparues petit à petit, par voie de règlement et dans la pratique, on est arrivé à un caractère réellement contradictoire de la procédure. Cela ne veut pas dire que certaines améliorations ne soient pas encore possibles et souhaitables. Nous aurons peut-être l'occasion d'y revenir dans le courant de la discussion.

**A CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS
DO HOMEM**

**SUA POSIÇÃO FACE AO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS**

COMUNICAÇÃO DE
RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS

*Assistente da Faculdade de Direito de
Coimbra e da Universidade Católica
Portuguesa e do Centro Interdisciplinar
de Estudos Jurídico-Económicos*

A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM sua posição face ao ordenamento jurídico português

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Abreviaturas | 96 |
| Introdução (n. os 1 a 3) | 97 |
| Capítulo I — O Direito Internacional Convencional na ordem jurídica portuguesa (n. os 4 a 22) | 111 |
| A) — O problema da sua recepção (n. os 4 a 11) | 111 |
| B) — Posição do Direito Internacional Convencional na hierarquia das fontes de Direito reconhecidas pela nossa ordem jurídica (n. os 12 a 18) | 129 |
| C) — A Interpretação do Direito Internacional pelos tribunais portugueses (n. os 19 a 22) | 150 |
| Capítulo II — A Convenção Europeia dos Direitos do Homem na ordem jurídica portuguesa: limites à sua recepção (n. os 23 a 30) ... | 163 |
| A) — O problema das reservas aos tratados (n. os 24 a 26) | 168 |
| B) — A questão suscitada pelas reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (n. os 27 e 28) | 179 |
| C) — As reservas formuladas por Portugal (n. os 29 e 30) | 185 |
| Conclusão (n. 31) | 193 |

ABREVIATURAS

- AFDI — Annuaire Français de Droit International
AJIL — American Journal of International Law
BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
BYIL — The British Yearbook of International Law
Const. — Constituição da República Portuguesa de 1976
DAR — Diário da Assembleia da República
DÖV — Die Öffentliche Verwaltung
DR — Diário da República
GA.J. Int’L & Comp. L. — Georgia Journal of International and Comparative Law
JCLQ — The International and Comparative Law Quarterly
LQR — The Law Quarterly Review
MNE — Ministério dos Negócios Estrangeiros
Rabels — Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Recueil des Cours — Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye
Rev. Hell. — Revue Hellénique de Droit International
Revue — Revue Critique de Droit International Privé
Rivista — Rivista di Diritto Internazionale
RBDI — Revue Belge de Droit International
RDE — Revista de Direito e Economia
RDES — Revista de Direito e de Estudos Sociais
REDI — Revista Española de Derecho Internacional
RFDUL — Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGDIP — Revue Générale de Droit International Public
RIDC — Revue Internationale de Droit Comparé
RJC — Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
RLJ — Revista de Legislação e Jurisprudência
RMC — Revue du Marché Commum
RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen
Z Vgl. RWiss — Zeitschrift für die Vergleichende Rechtswissenschaft

A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM SUA POSIÇÃO FACE AO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS (*)

INTRODUÇÃO

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem ⁽¹⁾ foi assinada em Roma, a 4 de Novembro de 1950, por doze Estados europeus ⁽²⁾ — todos membros do Conselho da Europa — e, de acordo com o que a este respeito dispunha ⁽³⁾, entrou em vigor em 3 de Setembro de 1953 após o

(*) O estudo que a seguir se publica desenvolve os pontos constantes da comunicação que sobre o tema o autor apresentou no Colóquio sobre *Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, em 28 de Junho de 1980, na cidade do Porto. A redacção do presente texto foi concluída em Junho de 1982.

(1) Pode ver-se uma sua versão em português acompanhada de um quadro geral da problemática dos Direitos do Homem em RUI MACHETE, *Os direitos do homem no mundo*, Cadernos da Fundação Oliveira Martins, 1978. Para mais informações sobre esta problemática, cfr. RENE CASSIN, *Les droits de l'homme*, Recueil des Cours, v. 140 (1974-IV), p. 321 e ss. HUBERT THIERRY, *La protection internationale des droits de l'homme*, in HUBERT THIERRY, SERGE SUR, JEAN COMBACAU e CHARLES VALÉE, *Droit International Public*, 2.^a edição, Paris, 1981, Éditions Montchrestien, p. 447-468 e os trabalhos do Segundo Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem publicados in *Les droits de l'homme en Droit Interne et en Droit International*, Bruxelles, 1968, Bruylant.

A Convenção Europeia (completada em matéria de direitos económicos, culturais e sociais pela Carta Social Europeia assinada em Turim a 18 de Outubro de 1961 e que entrou em vigor em 26 de Fevereiro de 1965) constitui um sistema de âmbito regional (à escala europeia) de protecção dos Direitos Humanos que se sobrepõe aos vários sistemas nacionais, garantidos na Constituição e nas leis de cada país. (Sobre este sistema, cfr. os trabalhos do Primeiro Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que teve lugar em Estrasburgo, em 1960 — in *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, 1961; e em particular sobre a Carta Social Europeia, cuja introdução na nossa ordem jurídica não foi objecto ao que saibamos de qualquer iniciativa, cfr. O. KAHN-FREUND, *The European Social Charter*, in *European Law and the Individual*, 1976, North-Holland; F.M. VAN ASBECK, *La Charte Sociale Européenne: sa portée juridique, sa mise*

depósito dos dez primeiros instrumentos de ratificação (4). Aberta, nos termos do seu artigo 66.º, n.º 1, à assinatura dos países membros do Conselho da Europa (4a) ela viria também a ser assinada por Portugal

en oeuvre, Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, 1964, Éditions A. Pedone, p. 427 e ss.; as comunicações ao colóquio sobre ela organizado pelo Institut d'Études Européennes da Université Libre de Bruxelles em 14 e 15 de Outubro de 1976 e publicadas em *La Charte Sociale Européenne. Dix années d'application*, 1978, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles; e a série de textos reunidos pelo Conselho da Europa em *Die Europäische Sozialcharta. Weg in einer europäischen Sozialordnung?*, Baden-Baden, 1978, Nomos Verlagsgesellschaft.)

Existem além dele outros sistemas de protecção dos Direitos Humanos quer também a nível regional (por exemplo, a nível dos Estados americanos — cf. *infra*, nota 150), quer ainda com vocação universal — o sistema das Nações Unidas, consubstanciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 (resolução 217-A (III) da Assembleia Geral), nos Pactos Internacionais relativos ao direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais e no protocolo facultativo referente ao primeiro, de 16 de Dezembro de 1966 (resolução 220 A (XXI) da Assembleia Geral), na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 21 de Dezembro de 1965 (resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral) e na Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio, de 9 de Dezembro de 1948 (resolução 260 A (III) da Assembleia Geral) — cf. os respectivos textos a págs. 7 a 69, 90 a 109 e 155-159 do BMJ n.º 245, de Abril de 1975 (sobre o sistema das Nações Unidas cf. KAREL VASAK, *Le droit international des droits de l'homme*, Recueil des Cours, v. 140 (1974-IV), p. 333 e ss., STEFAN GLASER, *Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif*, Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris 1964, Éditions A. Pedone, p. 104 e ss., MARCEL SLUSNY, *Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme*, *ibidem*, p. 374 e ss, FELIX ERMACORA, *Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2, §7; of the Charter)*, Recueil des Cours, v. 124 (1968-II) p. 371 e ss e MARC SCHREIBER, *La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme*, Recueil des Cours, v. 145 (1975-II), p. 297). A propósito destes sistemas de garantia dos Direitos Humanos fala VIEIRA DE ANDRADE (*Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*, Coimbra, 1977, p. 3 e 7) numa perspectiva universalista dos direitos fundamentais. Perspectiva esta a que se contraporia a dimensão constitucional dos direitos humanos, aquela em que a protecção destes decorre da lei fundamental de cada Estado. Para alguns dados pertinentes a esta última dimensão, cfr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *La protection des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Rapports généraux an IX^e Congrès International de Droit Comparé, Bruxelles, 1977, Bruylant, p. 609 FRANÇOIS LUCHAIRE, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D.C., v. 81 (1982), p. 245 e ss. e os relatórios (referentes sobretudo à prática das jurisdições constitucionais francesa, alemã-occidental, italiana e austríaca) apresentados no Colóquio Internacional sobre a Protecção dos Direitos Fundamentais pelas Jurisdições Constitucionais na Europa, realizado em Aix-en-Provence em 19, 20 e 21 de Fevereiro de 1981 (cfr. R.I.D.C., v. 33 (1981), p. 249-671); para o nosso direito, vejam-se os autores e obras citados *infra*, na nota 128, no que respeita ao direito público; e no que toca ao direito privado, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Les droits de l'Homme dans le Droit Civil Portugais*, BFDUC, v. 49 (1973), p. 1 e ss.

(⁵), no próprio dia da admissão do nosso país neste organismo internacional (⁶). Nos termos constitucionais (⁷), o Governo propôs, quase dois anos depois, à Assembleia da República, através da proposta de lei n.º

Ainda num âmbito regional os direitos humanos têm sido objecto de atenção e tratamento particulares no bloco constituído pelos países socialistas. Nesta área, no entanto, as ideias defendidas afastam-se marcadamente das que têm curso nos sistemas de protecção e garantia que começámos por mencionar. Assim, partindo do princípio tradicional de Direito Internacional de que o indivíduo não é sujeito deste ramo da ordem jurídica, a posição adoptada é a de que o problema dos direitos humanos é apenas considerado no seio da jurisdição interna dos Estados, entendendo-se que os indivíduos não têm direitos distintos dos que resultam da sua situação de sujeitos (e súbditos) dos vários entes estaduais e que lhes são por estes reconhecidos — assim se delineando de forma clara uma concepção unidimensional, exclusivamente estadual, dos direitos humanos, que tem na base a ideia de que o Estado é o senhor absoluto e último das relações que estabelece com os seus cidadãos. Coerentemente, os Estados socialistas pronunciam-se assim contra a existência de qualquer instância de controle supranacional ou internacional que vise superintender (ou fiscalizar) na aplicação na ordem nacional das Convenções internacionais sobre os direitos do Homem. A doutrina destes países tem elaborado sobretudo o conceito de direitos humanos colectivos (onde se enquadram o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos e o direito à soberania sobre os recursos naturais) — sobre estes direitos também YORAM DIENSTEIN, *Collective Human Rights of Peoples and Minorities*, I. C. L. Q., v. 25 (1976), p. 102 e ss.. Sobre aquela construção cfr. F. PRIETACZNIK, *The Socialist Concept of Human Rights: its Philosophical Background and Political Justification*, R.B.D.I., v. 13 (1977), p. 238.

Diferente da protecção internacional dos direitos do Homem é no entanto a chamada protecção de humanidade, instituto que, independentemente de qualquer consagração escrita, visa a protecção de qualquer indivíduo, dos seus direitos fundamentais aqui entendidos numa perspectiva jusnaturalista (para utilizar a classificação de VIEIRA DE ANDRADE, *ibidem*, p. 3 e 4), isto é, dos direitos que se consideram inerentes à natureza humana, que devem ser reconhecidos ao homem enquanto tal, considerado previamente à sua inserção numa dada sociedade política. Sobre esta figura cfr. ELISA PEREZ-VERA, *La protection d'humanité en droit international*, R.B.D.I., v. 5 (1969), p. 401.

- (2) Foram os seguintes os Estados europeus signatários iniciais da Convenção: Bélgica, Dinamarca, França, República Federal Alemã, Holanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Irlanda, Noruega, Turquia e Inglaterra.
- (3) Cfr. o art. 66.º, n.º 2 da Convenção.
- (4) As ratificações que permitiram a entrada em vigor da convenção foram as dos Estados seguintes: Inglaterra, Noruega, Suécia (que assinou a Convenção logo em Novembro de 1950, ainda antes de decorrido um mês sobre a sua conclusão), República Federal da Alemanha, Irlanda, Grécia (que assinou a Convenção juntamente com a Suécia), Dinamarca, Islândia e Luxemburgo. Não pudemos, a partir dos elementos que nos foi possível consultar, identificar qual o Estado aqui não mencionado.

202/I (8), a sua aprovação para ratificação acompanhada de algumas reservas. Obtida prioridade e urgência para o debate, este e a votação correspondente tiveram lugar na reunião plenária de 15 de Junho de 1978 daquele órgão de soberania (9). A aprovação parlamentar viria a constar

-
- (4-a) A Convenção Europeia é, no entanto, uma convenção restrita ou fechada, no sentido de que apenas a ela podem aderir Estados membros do Conselho da Europa. Tal resulta expressamente do seu art. 66 e foi reafirmado recentemente pelo Secretário-Geral do Conselho da Europa em resposta a uma declaração unilateral do Surinam (Estado que se tornou independente da Holanda em 1975 e em cujo território, até essa data, a Convenção era aplicada em virtude de uma declaração de extensão feita pela Holanda em 1955, nos termos do art. 63 daquele instrumento convencional). O Surinam declarou que se considerava vinculado à Convenção Europeia e o Secretário-Geral do Conselho da Europa considerou não poder aceitar a sucessão assim pretendida no âmbito espacial de aplicação de Convenção (cf. MARC-ANDRÉ EISSEN, *Surinam and the European Convention on Human Rights*, B.Y.I.L, v. 49 (1978), p. 200 e ss..
- (5) A assinatura teve lugar em Estrasburgo em 22 de Novembro de 1976, tendo o Governo Português sido representado no acto pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros.
- (6) Admissão que teve lugar na sequência do convite nesse sentido feito a Portugal na Resolução (76) 37 dos Delegados dos Ministros, na sua 260.ª reunião. Portugal solicitara tal admissão por intermédio do Ministro dos Negócios Estrangeiros a 12 de Agosto de 1976, no dia seguinte à investidura do 1.º Governo Constitucional. O instrumento de adesão foi aprovado pela Assembleia da República pela Lei 9/76, de 31 de Dezembro (Diário da República, I série, 4.º Suplemento, n.º 303, de Dezembro de 1979, p. 2900-(87.) Sobre as deficiências de que esta lei enferma veja-se NUNO BESSA LOPES, *A Constituição e o Direito Internacional*, 1979, CO-DECO, p. 53, nota 1.
- (7) Cfr. os artigos 164.º, alínea j) e 167.º, alínea c), da Constituição de 1976. Destes textos (sobretudo do art.º 167.º alínea j)) resulta que a nova lei fundamental adoptou, quanto à participação do órgão legislativo na conclusão de tratados internacionais, um sistema que limita a um núcleo de tratados, positivamente definido, a intervenção da Assembleia da República em sede de aprovação para ratificação. Sistema que sendo embora o usual não deixa de suscitar um importante problema de qualificação, na medida em que se torna necessário definir qual o órgão com competência para, em caso de conflito, proceder à qualificação, decidindo quais os instrumentos convencionais que carecem de aprovação parlamentar, isto é, aqueles que devem considerar-se subsumíveis à listagem enumerativa da alínea j) do art. 167.º. Cremos, em qualquer caso, que tal função não pode caber ao executivo, o que possibilitaria que este, manipulando a qualificação, iludisse o controle que a Constituição atribui à Assembleia da República. Para uma discussão desta questão no direito espanhol, cfr. ANTÓNIO REMIRO BROTONS, *La autorización parlamentaria de la conclusion de los tratados internacionales: el problema de la calificación*, REDI, v. XXXII (1980), p. 123.
- (8) Cfr. o respectivo texto, com data de 7 de Junho de 1978, que foi publicado no Diário da Assembleia da República, II série, n.º 84, de 9 de junho de 1978, p. 861.

de uma Lei ⁽¹⁰⁾ — a Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro — que foi publicada tendo em anexo o texto da Convenção, em 13 de Outubro de 1978 ⁽¹¹⁾. Na sequência deste processo a Convenção viria a ser ratificada ⁽¹²⁾, após o que o Estado Português assumia na ordem internacional as obrigações constantes do seu clausulado ⁽¹³⁾.

(9) Cfr. o debate respectivo a páginas 3302 a 3326 do Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 89, de 16 de Junho de 1978.

(10) É ponto discutível a questão de saber qual a forma — lei ou resolução que deverá revestir a aprovação para ratificação das convenções internacionais à face do nosso sistema jurídico. Perante a lacuna de colisão resultante do disposto no n.º 2 do artigo 169.º da Constituição (que remete, *inter alia*, para a alínea j) do art. 164.º) e o prescrito no n.º 5 da mesma disposição (posteriormente corroborada pelo art. 8.º n.º 5 da Lei n.º 3/76, de 19 de Setembro), o Prof. AFONSO QUEIRÓ sustentou, com bons argumentos, que a aprovação para ratificação dos tratados internacionais se deve fazer mediante resolução (cfr., do Autor, as suas *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, p. 337-341). Nesse sentido invoca sobretudo a circunstância de esta ser a forma natural de aprovação parlamentar das convenções num ordenamento jurídico que, como o nosso, perfilhe o sistema da recepção directa e automática do Direito Internacional Convencional. (A este propósito, cfr. *infra*, p. 125 e ss.). A mesma opinião é também defendida por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *O Direito Internacional na Constituição de 1976* in Estudos sobre a Constituição, v.I, Lisboa, 1977, Livraria Petrony, p. 46; nota 3; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Lisboa, 1978, Livraria Petrony, p. 501; VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, Coimbra, 1978, Coimbra Editora, p. 338-339, nota V ao art. 169.º, NUNO BESSA LOPES, (n. 6), p. 54 e MARIA ISABEL JALLES, *Implicações Jurídico-Constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Alguns aspectos*, Lisboa, 1980, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, p. 372-373. Como se vê no caso referido no texto a prática da Assembleia da República tem sido diversa. Tal parece ter ficado a dever-se à discussão que naquele órgão de soberania rodeou a aprovação do Tratado de Adesão de Portugal ao Conselho da Europa (*sic*). Com efeito, o problema foi então posto e formou-se consenso em torno da tese de que a aprovação parlamentar dos tratados para ratificação se deveria fazer através de uma lei, na sequência das posições defendidas pela Comissão dos Negócios Estrangeiros e da Emigração e pelos Deputados BARBOSA DE MELO e LUCAS PIRES, mau grado as reservas expressas pelo Deputado VITAL MOREIRA (cfr. o Diário da Assembleia da República, 1.ª Legislatura, 1.ª Sessão Legislativa, 1976-1977, n.ºs 43 e 44 (respectivamente, de 24 e 25 de Novembro de 1976) págs. 1340-1341, e 1397-1398). As razões de ordem literal invocadas na Assembleia da República parecem no entanto não permitir a conclusão que aquele órgão delas retirou, não só porque se lhes poderão opor outros argumentos do mesmo valor, como porque a solução encontrada contradiz, como acima se refere, a índole do nosso sistema de recepção do Direito Internacional Convencional.

(11) Cfr. Diário da República, 1 série, n.º 236, de 13 de Outubro de 1978.

A Convenção Europeia constitui um tratado multilateral que os seus autores denominaram Convenção para melhor frisar, com o carácter solene usualmente ligado a este termo, a importância que davam às matérias nela abordadas. Como tratado internacional que é a Convenção Europeia assume no entanto um carácter particular que lhe advém do seu objectivo próprio. Com efeito, este não é constituído, ao invés do que é habitual e comum, pela regulamentação de relações interestaduais, isto é, pelo estatuto de situações jurídicas que teriam como sujeitos Estados soberanos ou entidades a quem estes reconhecem a condição de sujeitos de Direito Internacional. Muito pelo contrário, as relações a cuja regulamentação ela se dirige são situações verdadeiramente internas a cada um dos Estados signatários, assumindo-se a Convenção como a ordenação jurídica, de origem internacional embora, dessas relações.

Partindo desta circunstância, duas notas importa antes de mais salientar. A primeira, de carácter teórico, sublinha a inconciliabilidade desta situação de facto com a perspectiva que constrói as relações internacionais a partir de bases estritamente dualistas, de rígida separação entre as situações internacionais e as situações nacionais e que comete ao Direito Internacional a exclusiva missão de regular as situações em que apenas interviesses sujeitos de Direito Internacional — designadamente Estados — deixando todas as demais entregues à competência das várias ordens jurídicas nacionais. A segunda transporta-nos a considerações de

(12) O depósito do instrumento de ratificação verificou-se a 9 de Novembro de 1978 (cfr. o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros publicado no Diário da República, I Série, N.º 1, de 2 de Janeiro de 1979, p. 7.)

(13) Processo semelhante ao que acabamos de descrever em relação à Convenção em si mesma ocorreu com os Protocolos Adicionais n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5 que igualmente vinculam hoje o Estado Português na ordem internacional — veja-se a este respeito a citada Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, arts. 3.º, 4.º e 5.º e o referido Aviso do MNE publicado no diário da República de 2 de Janeiro de 1979. Portugal reconheceu ainda a competência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem consagrada no artigo 25.º da Convenção, e no n.º 2 do artigo 6.º do Protocolo Adicional n.º 4 (cfr. o art. 6.º da Lei n.º 65/78 e o Aviso de MNE de 8 de Janeiro de 1979, publicado no Diário da República, I Série, n.º 26, de 31 do mesmo mês e ano) e a jurisdição obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem consagrada no artigo 46.º da Convenção e no n.º 2 do art. 6.º do Protocolo Adicional n.º 4 (cfr. o art. 7.º da Lei 65/78 e o Aviso da MNE de 8 de Janeiro de 1979, publicado no Diário da República, I Série, n.º 31, de 6 de Fevereiro do mesmo ano).

maior alcance prático e pode formular-se da seguinte forma: se o Estado Português assumiu na ordem internacional a obrigação de regular de certa forma determinadas situações que apresentam um carácter exclusivamente interno, situações que relevam das relações que ele próprio mantém com os cidadãos que constituem a comunidade sobre os quais exerce o seu *ius imperium*, em que medida produzirá essa ordenção internacionalmente criados efeitos na sua ordem interna? É pacífico que a violação das obrigações internacionais de um Estado o constitui, em termos análogos aos que valem para os sujeitos privados, em responsabilidade internacional. O Estado tem pois de executar as obrigações que assumiu para com os outros Estados, seus pares na sociedade internacional. Só que face ao presente instrumento internacional o Estado Português não se obriga a quaisquer comportamentos perante os demais Estados, mas antes a reconhecer e a garantir direitos aos seus cidadãos. A questão é agora a de saber se, por se ter comprometido internacionalmente a reconhecê-los, o Estado Português está sem mais obrigado a actualá-los na ordem interna, ou seja, em que medida os órgãos de soberania e, mais largamente, os órgãos de aplicação do direito portugueses (do poder legislativo à administração e aos tribunais) se encontram vinculados à observância das regras constantes da Convenção ao serem chamados a definir o direito em situações por esta reguladas (14).

A questão, com que nos defrontamos, da aplicação do Direito Internacional pelas jurisdições internas (14-a), evoca assim o problema das relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, ponto que, reconhecidamente, se encontra na base das relações internacionais (15).

(14) Aproximadamente nestes termos se refere MIGUEL GALVÃO TELES ao problema da eficácia interna dos tratados. Cfr., do autor, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Lisboa, 1967, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, p. 11.

(14-a) Para um quadro sistemático das diferentes modalidades sob que tal aplicação se pode apresentar, cf. WILHELM WENGLER, *Reflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes*, R.G.D.I.P., v. 72 (1968), p. 921 e ss..

(15) Assim o afirma, por exemplo, D. LASOK, *Les traités internationaux dans le système juridique anglais*, R.G.D.I.P., tomo LXX (tomo XXXVII da 3.ª Série), 1966, p. 993. Para as raízes históricas desta questão e os problemas (teóricos e práticos) que suscita cfr., respectivamente,

2. A perspetivação destas relações pode obter-se a partir de diversos vectores. Para quem considere a Sociedade Internacional um conjunto ordenado e dotado por isso de uma armadura jurídica própria (16), esta armadura — a chamada ordem jurídica internacional — aparece-nos face às ordens jurídicas internas dos Estados que compõem a Sociedade Internacional numa posição que, se é a um tempo de sobreposição, não deixa de buscar o suporte nelas e de aspirar a dominá-las (17). Essa posição era contudo assaz diversa no alvorecer das relações internacionais e não se conservou inalterada ao longo da lenta evolução da Comunidade Internacional. E, para além disso, tudo faz crer que se continue a modificar visto que os dados que a determinaram são essencialmente mutáveis. Pois que a configuração que em cada momento tais relações revestem é função de razões que relevam do domínio da sociologia política e que expressam o grau de integração atingido pela Comunidade Internacional. Tentar pois explicá-las aprioristicamente, a partir de uma concepção que se lhe pretenderia impor, relevaria do puro voluntarismo, num domínio onde como em poucos outros as explicações conceptuais vêm o seu valor declarativo estar quase em absoluto dependente do grau de conformidade de que se possam reclamar com a realidade que descrevem.

Na actualidade a situação apresenta elementos que concorrem para a fazer espelhar algum hibridismo.

Por um lado, a multiplicação do número e da importância dos instrumentos convencionais internacionais afigura-se ser expressão da crescente solidariedade entre os elementos constituintes da Sociedade Internacional, da crença de que a comunhão de interesses gerais existente na espécie humana supõe e exige que o tratamento das questões que os afectam se faça à escala mundial. Manifestação visível do que afirmamos será o maior peso de que hoje se revestem os tratados multilaterais (face

os estudos de STEPHAN VEROSTA, *Droit international et droit interne chez Jean Dumont 1966-1727*, Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, 1964, Éditions A Pedone, p. 479 e ss., e MICHEL VIRALLY; *Sur un pont aux ânes; les rapports entre droit international et droits internes*, *ibidem*, p. 488 e ss.

(16) A restrição que se faz no texto justifica-se por não serem poucos os autores — e de entre os melhores — que negam a existência, na Sociedade Internacional dos nossos dias, das condições mínimas para que se possa falar numa ordem internacional. Deste ponto de vista a Socie-

aos simples tratados bilaterais, outrora instrumento privilegiado de regulamentação dos problemas interestaduais), cada vez menos encarados como mera forma de resolução de conflitos de interesses localizados, mas antes, e pelo contrário, como instrumento de defesa dos comuns interesses da Humanidade (18).

Mas, por outro lado, se há indícios de uma maior consistência e aspirações a uma maior organicidade da Sociedade Internacional (18-a), não

dade Internacional seria uma sociedade onde apenas encontraríamos relações de Estado a Estado, uma sociedade inorgânica, sem os elementos de integração que a pressão dos laços de solidariedade construiu nas sociedades nacionais e onde, por isso, a solução dos problemas surgidos no seu seio assentaria em puras relações de força que, considerada em termos militares, seria para alguns (RAYMOND ARON, *Paix et guerre entre les Nations*, 4.ª edição, Paris, 1966, Calmann-Lévy, p. 11) o fundamento da ordem internacional. A actividade externa dos Estados — a sua política estrangeira — escaparia assim em boa medida ao Direito Internacional (cfr. a propósito C. TH. EUSTATHIADES, *Evolution des rapports entre le droit international et la politique étrangère*, Mélanges Henri Rolin, Paris, 1964, Éditions A. Pedone, p. 80 e ss). A persistência da realidade estadual e o relevo que ainda hoje possui na cena internacional justificariam o pessimismo destas concepções. Sobre as posições dos autores que vêm desta forma a Sociedade Internacional, cfr. P.-F. GONIDEC, *Relations internationales*, Paris, 1974, Montchrestien, pp. 24-41.

A esta visão opõe-se porém a realidade dos nossos dias onde é visível o acentuar dos factores da solidariedade e integração entre os Estados, *maxime* no plano regional. Sobre as técnicas para tanto utilizadas cfr. K.R.SIMMONDS, *The techniques of international and regional integration in the world*, Rapports généraux au IX. ° Congrès International de Droit Comparé, Bruxelles, 1977, Bruylant, p. 573 e ss.

(17) Assim se exprime PAUL REUTER, *Droit International Public*, 5.ª edição, Paris, 1976, Presses Universitaires de France, p. 53.

(18) Para um quadro da evolução sofrida pelos tratados multilaterais (evolução que se tem inclusivamente repercutido nos processos utilizados na sua elaboração) veja-se PAUL REUTER, *Introduction au Droit des Traités*, Paris, 1972, Librairie Armand Colin, pp. 9-25, MANFRED LACHS, *Le développement et les fonctions des traités multilatéraux*, Recueil des Cours, n.º 92 (1957 — II), p. 233 e ss. e PAUL C. SZASZ, *Improving the international legislative process*, GA. J. INT'L&COMP. L., v. 9(1979), p. 519 e ss.

Analisando os pontos de regulamentação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em que uma tal concepção transparece, cfr. SHABTAI ROSENNE, *Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties*, Transnational Law in a Changing Society, New York, 1972, Columbia University Press, p. 202 e ss.

(18-a) Para uma visão da Sociedade Internacional em termos que valorizam sobretudo esta perspectiva, cf. HERMANY MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, Recueil des Cours, v. 140 (1974-IV7), p. 1 e ss.

é menos verdadeira a persistência do facto estadual e a realidade de que ela é ainda uma entidade desprovida de legislador, juiz e policia próprios (19). A força da soberania nacional continua assim bem presente e, para não irmos mais longe, a luta em nome dela empreendida contra as tendências centrífugas porventura existentes no seio das comunidades estaduais traduz a importância que actualmente, e apesar da voga que conhecem os esforços de integração supranacional, não pode deixar de lhe ser reconhecida. Luta que se desenrola fundamentalmente no domínio da actividade externa do Estado, quando se coloca a questão da transferência de poderes soberanos a entidades supra-estaduais (vejam-se, por exemplo, a este respeito, quer os acalorados debates, quer as resistências suscitadas em vários países membros da Comunidade Europeia pela simples eleição directa do Parlamento Europeu, modo de designação, contudo, já previsto e consagrado no próprio Tratado de Roma). Mas que também não deixa de se travar no interior da própria organização estadual dela sendo expoente, por exemplo, a regra do monopólio da representação externa do Estado de que tradicionalmente beneficiam os Ministros dos Negócios Estrangeiros. A sua subsistência, num momento em que a mundialização dos problemas, de par com o reconhecimento da sua crescente complexidade e especialização, pareciam recomendar o acesso dos vários ministérios à área das relações externas, aparece assim, mais do que o resíduo de uma tradição, como o melhor (e talvez o único) instrumento para a garantia de que na ordem internacional a integração dos interesses se fará exclusivamente ao nível nacional. Por esta forma mediata e indirecta, que constitui ainda hoje regra de ouro e norma directriz das chancelarias diplomáticas, se defende assim, para além do exclusivismo duma função e dos seus titulares, a base sociológica em que assenta a soberania nacional, e se obsta a tentativas ou riscos de federalização que a criação não controlada de interdependências poderia facilmente gerar (20).

Sendo este o contexto em que o nosso problema deve ser considerado não se estranhe que a sua sede reguladora se situe, na actualidade, basicamente nos direitos nacionais. Será em cada um deles que haverá pois que indagar em que termos o Direito Internacional logra inscrever-se na respectiva ordem jurídica. Com efeito, não existem por enquanto normas de Direito Internacional que constituam uma regulamentação internacional para esta questão. Não que tal hipótese esteja excluída, atento

o princípio da expansibilidade que recorta o âmbito do Direito Internacional e que não permite excluir quaisquer matérias do seu domínio potencial ⁽²¹⁾. Mas se e quando a regulamentação deste problema se colocasse a este nível, então isso traduzirá um grau de vertebração e unificação da Sociedade Internacional que suporia a realização do princípio federal. Só que — *ubi societas, ibi ius* — se o Direito Internacional é algo de necessário à ordenação da Sociedade Internacional e se esta é hoje já

-
- (19) Contestando que por este acto se deve concluir ser o Direito Internacional Público uma ordenação carecida de força vinculante veja-se AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1960, p. 17-35. Para a justificação dessa força vinculante cfr. ROLANDO QUADRI, *Le fondement du caractère obligatoire du Droit International Public*, Recueil des Cours, n.º 80 (1952-1), p. 579, AFONSO QUEIRÓ, *O Fundamento do Direito Internacional*, BFDUC, v. XXIV (1948), p. 249 e ALBINO AZEVEDO SOARES, *Direito Internacional Público*, Coimbra, 1976, p. 48.

Para uma análise dos termos actuais da relação Estado-Sociedade internacional, e do papel da entidade estadual na modelação da ordem jurídica internacional, cfr. JOE VERHOVEN, *L'Etat et l'ordre juridique international*. R.G.D.I.P., v. 82 (1978), p. 749. Tal papel não anula no entanto certas realidades como, por exemplo, a de as próprias condições para a existência do Estado enquanto sujeito de Direito Internacional serem definidas por esta última ordem jurídica. Cfr. a propósito JAMES CRAWFORD, *The Criteria for Statehood in International Law*, B.Y.I.L., v. 48 (1976-1977), p. 93 e ss.

- (20) Assim PAUL REUTER, *ob. cit.* (n. 18), págs. 10-11, 13-14 e 53. A evolução histórica sofrida pela questão e a indicação das razões que a determinaram pode ver-se em JORGE CAMPINOS, *O Ministro dos Negócios Estrangeiros. Estudo de Direito Internacional Público e de Direito Constitucional Comparado*, Lisboa, 1977, Moraes Editora, págs. 88-98.

- (21) Sobre a repartição de competências entre a ordem internacional e as ordens nacionais podem ver-se os relatórios de JOSEPH KAISER e INGO MUNCH e a sua discussão subsequente em *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7, Karlsruhe, 1967, Verlag C.F. Müller, p. 76, onde se salienta a mutabilidade dos dados a ter em conta neste problema e a sua pertinência ao Direito Internacional Público.

A circunstância de os dados a ter em conta serem variáveis é algo a que se não deverá deixar de prestar atenção, se acreditarmos, com B. LANDHEER (*Les Théories de la Sociologie Contemporaine et le Droit International*, Recueil des Cours, n.º 92 (1957 — II), p. 525, a pág. 549) que, mais ainda que o direito interno, o Direito Internacional é o reflexo da realidade social. O estudo da realidade que o Direito Internacional aspira a modelar aparece-nos assim, como de primeira importância, o que melhor se compreenderá ainda se aceitarmos, com o mesmo autor, que, como direito tipicamente social que é, o Direito Internacional não determina o reinado da força, mas, pelo contrário, vem, a depender deste (*ibidem*, p. 554). Qualquer juízo que se pretenda formular sobre a evolução futura do Direito Internacional (quer do seu âmbito, quer do conteúdo dos seus preceitos) tem pois de ter em conta que esta é no presente momento

algo mais do que uma justaposição de entidades estaduais, então aquela ordem jurídica não poderá desinteressar-se em absoluto da solução que à questão for dada pelos vários ordenamentos internos ⁽²²⁾. Ou seja, se é verdade que a regulamentação do nosso problema há-de encontrar-se nos direitos estaduais, não é menos certo que o Direito Internacional não pode olhar com indiferença — sob pena de de todo se negar — as soluções que aqueles vierem a consagrar.

a ordenação de uma sociedade cuja estrutura formal — entendida como a cristalização normativa da sua experiência e estrutura social precedentes — surge desajustada da estrutura não formal — por esta se compreendendo as linhas de força que na actualidade comandam realmente as relações que no seu seio se estabelecem. As perspectivas de evolução deste sector do juridico estão assim estreitamente dependentes dos contornos que o equilíbrio a estabelecer vier a apresentar (ponto a que aludiremos de passagem, *infra*, n.º 5). Daí a importância da escola que tem dedicado a sua atenção à tentativa de compreensão dos dados fácticos em que assenta a Sociedade Internacional, privilegiando uma abordagem sociológica da ciência do Direito Internacional. Neste sentido, e para além do autor acima citado (ademais do estudo a que já nos reportámos vejam-se ainda *The Science of International Relations*, International rechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen, Düsseldorf, 1960, Gebr. Hermes, p. 265 e ss.) e *On the Sociology — of International Law and International Society*, the Hague, 1966, Martinus Nijhoff) merecem ser referidos os trabalhos de GERHART NIEMEYER, *International Law and Social Structure*, A.J.I.L. 34 (1940), p. 588, GEORG SCHWARZENBERGER, *Jus pacis ac belli. Prologomena to a Sociology of International Law*, A.J.I.L., v. 37 (1943), p. 460, F.S.C. NORTHROP, *Naturalistic and Cultural Foundations for a more effective International Law*, Yale Law Journal, 1950, p. 1430, ROMAIN YAKEMTCHOUK, *L'approche sociologique du droit international*, R.G.D.I.P., v. 78 (1974), p. 5 e ss, ROLANDO QUADRI, *Positivisme et réalisme dans la science du Droit International*, Internationalrechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen, Düsseldorf, 1960, Gebr. Hermes p. 401 e ss. e WESLEY L. GOULD e MICHAEL BARKUN, *International Law and the Social Sciences*, 1970, Princeton University Press.

- (22) Neste sentido cfr. igualmente PAUL REUTER, (n. 17), p. 71. e, detalhadamente, no seu relatório inserto em *L'application du droit international par le juge français*, Paris, 1972, Librairie Armand Colin, p. 17 e ss.
- (23) Sobre esta figura vejam-se, entre nós, AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 77 e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Curso de Direito Internacional Público*, 2.ª edição, Lisboa, s/data, Ática, p. 166-171.
- (24) Quanto a estes aspectos que agora negligenciamos por não respeitarem directamente ao âmbito deste trabalho podem ver-se as obras e os autores citados *supra*, nota 10.
- (25) Cfr. os artigos 2.º e 4.º da Lei n.º 65/78.

3. Importa assim começar por considerar qual o sistema do nosso direito a este propósito. É isso pois o que iremos fazer num primeiro tempo, indagando das condições de vigência do Direito Internacional na ordem interna portuguesa, interrogando-nos desde logo sobre a própria existência dessa vigência e seus condicionalismos (o mesmo é dizer dos requisitos necessários para que se possa falar de uma vinculação dos órgãos portugueses de aplicação do Direito aos comandos do Direito Internacional), para tratar em seguida, obtida uma resposta afirmativa a esta questão, da posição hierárquica ocupada pelo Direito Internacional recebido e dos cânones interpretativos a que importa recorrer para fixar o sentido e alcance das suas normas. Tendo em conta, no entanto, a natureza do instrumento internacional a propósito do qual se ordenam estas reflexões — a Convenção Europeia dos Direitos do Homem — cingir-nos-emos apenas ao Direito Internacional Convencional e, dentro dele, ao domínio dos actos revestidos de maior solenidade e para os quais se exige por isso, em via de regra, a aprovação das instâncias legislativas máximas do Estado e a ratificação do órgão de soberania que detém a representação daquele na ordem internacional. As considerações que em seguida se farão não serão assim necessariamente válidas ou pertinentes quer para o Direito Internacional Comum ou Geral (de fonte consuetudinária, espontâneamente gerado pela Comunidade Internacional ao longo da sua existência multissecular) quer, agora já dentro do Direito Internacional Pactício, para os chamados acordos em forma simplificada ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.

Num segundo momento abordaremos o problema de saber qual a extensão (e os limites) da recepção da Convenção Europeia verificada na nossa ordem jurídica. A questão põe-se em atenção à circunstância de o nosso país ter formulado algumas reservas quer em relação à Convenção quer quanto a um dos seus Protocolos Adicionais ⁽²⁵⁾. Importará assim determo-nos um pouco sobre este ponto para aquilatar do grau de vinculação efectiva das normas e princípios recebidos (ou de alguns deles), ou melhor, do seu efectivo domínio.

Capítulo I

O DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

A) *O problema da sua recepção.*

4. É costume elencar três formas distintas de possibilitar a inserção do Direito Internacional Convencional nas ordens jurídicas estatais (25-a), formas às quais subjazem diferentes maneiras de conceber as relações entre o Direito Internacional e os direitos estaduais.

Uma delas é o sistema da transformação: dentro desta concepção a vigência do Direito Internacional na ordem interna dos Estados só é possível depois de o seu conteúdo ser assumido por um acto legislativo nacional. Não há pois aqui vigência do Direito Internacional *qua tale*, mas vigência de singulares normas de Direito Internacional, e que ela mesma só seria possível depois de o seu conteúdo constar de um acto emanado de uma fonte de produção jurídica estadual. Opera-se pois nesta hipótese uma verdadeira «nacionalização» do Direito Internacional que de todo em todo o descaracteriza — ele mais não será então do que uma fonte mediata do direito interno. As normas de Direito Internacional não valeriam assim como e enquanto tais, mas apenas por terem sido reproduzidas e emanadas por um órgão nacional com competência para criar o Direito. Podendo nesses casos a ordem jurídica interna dispor em absoluto do Direito Internacional Convencional (pois que apenas dele reco-

(25-a) Para um confronto das vantagens dos diferentes sistemas aqui referidos e do seu acolhimento pela prática internacional, cf. SEIDL-HOHENVELDERN, *Transformation or Adoption of International Law in to Law*, I.C.L.Q., v 12 (1963), p. 88 e ss.

lherá o que bem entender) este aparece absolutamente descaracterizado enquanto elemento de criação jurídica dotado de autonomia. O fundamento da sua validade na ordem interna não será por isso a circunstância de se tratar de uma norma internacional mas o simples facto de provir de uma fonte de direito nacional.

Esta construção é a que mais perto se encontra de uma concepção das relações entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas internas que sublinha preferentemente a sua independência e autonomia em desfavor dos laços de interdependência que as unem. Se não se pode deixar de lhe reconhecer a significativa vantagem de tornar o seu conteúdo mais acessível ao juiz nacional, ao reconduzi-lo às categorias usuais de criação do direito interno, não se deve igualmente esquecer que ela transporta consigo o inconveniente de quebrar a unidade do Direito Internacional, acabando em virtude da sua lógica própria por pulverizá-lo em tantos sistemas quantos os direitos nacionais ⁽²⁶⁾.

O sistema da transformação pode igualmente aparecer numa variante mitigada — transformação implícita — que tem lugar quando a injunção que determina a aplicação do tratado na ordem interna não é já constituída por um diploma normativo especial mas resulta antes, directamente e sem mais, do acto do poder legislativo que possibilita ao Chefe do Estado a sua ratificação ⁽²⁷⁾. Se bem que adoptando formas de actuação menos complicadas este sistema acaba por equivaler ao anterior em sede de resultados práticos (que não de processo a seguir, no entanto) pois que, como ele, marca igualmente de forma iniludível a circunstância de o fundamento da validade interna do Direito Internacional Convencional ser a aprovação parlamentar dos seus comandos.

(26) Sobre o sistema da transformação podem ver-se os trabalhos de KARL PARTSCH, *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft. 6, Karlsruhe, 1964, Verlag C. F. Müller, REINHARD RACK, *Das Völkerrechts im Staatlichen Recht. Transformation und Adoption*, Viena, 1979, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, SEIDL — HÖHNVELDERN, *Völkerrecht*, 4.ª edição, München, 1980, Carl Heymans Verlag, p. 127 e ss. Para uma descrição minuciosa da situação de um país onde vigora o sistema da transformação, cfr. ANNE-MARIE JACOMY-MILLETTE, *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, 1971, L.G.D.J.

(27) Cf. H. MOSLER, *L'application du droit international public par les tribunaux internes*, Recueil des Cours, v. 91 (1957-1), p. 643.

5. No extremo oposto a esta posição, e orientando-se por pressupostos que se diriam abertamente divergentes dos acabados de referir, encontramos o sistema da recepção automática geral ou plena. De acordo com ele, os ordenamentos nacionais deveriam conter uma norma segundo a qual seria bastante o preenchimento dos requisitos de vigência internacional para que o tratado produzisse os seus efeitos na ordem jurídica interna. Desde que ligasse o Estado na ordem internacional o tratado produziria sem mais os seus efeitos na ordem interna — com a ressalva, claro, da sua publicação no local a este efeito normalmente destinado, sem o que se não poderia pretender que os seus comandos fossem acessíveis aos particulares a quem se destinavam. Nesta concepção os tratados seriam verdadeiramente *self-executing*, como se pretende na terminologia inglesa; pois que a sua introdução na ordem interna não suporia qualquer intervenção expressa ou implícita dos órgãos legislativos (28).

A vantagem principal deste sistema reside na circunstância de, iludindo o escolho que apontámos ao anterior, garantir a realização do interesse da conformidade da ordem interna com a ordem internacional e facilitar a permeabilidade entre estes dois ordenamentos. A sua eficácia estará em grande medida dependente de os Estados se assumirem não só

(28) Sobre o carácter *self-executing* dos tratados, cfr. KAREL VASAK, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1964, L.G.D.J., p. 228-232, e D. LASOK (n. 15), p. 991. Aplicando o conceito a todas as regras de Direito Internacional, cfr. SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht* (cit. n. 26), p. 125.

Na publicação, que constitui nos termos acima descritos uma verdadeira condição de aplicação interna dos tratados, não deve realmente ver-se uma intervenção *proprio sensu* do poder legislativo estadual. Ela traduz-se, com efeito, num simples acto que não visa mais do que alargar à esfera da ordem jurídica interna a eficácia de uma norma preexistente de criação internacional. O seu indiscutido carácter obrigatório releva apenas das razões aduzidas no texto e não acrescenta nada de materialmente novo às normas em si. Ainda que se pretenda, com PATRICE LEVEL (*La publication en tant que condition d'application des traités par les tribunaux nationaux*, Revue, v. L (1961), p. 95), ser a publicação a fase última da elaboração de uma norma de origem internacional (o que, evidentemente, só poderia ser assim se considerarmos o problema na óptica da ordem jurídica interna, que não da internacional, onde o tratado produzirá os seus efeitos independentemente de qualquer publicação interna) sempre é certo que ela em nada aperfeiçoa as normas como tais, limitando-se (como acontece com a publicação das normas de direito interno) a possibilitar a sua aplicação em determinada ordem estadual. Que assim é também resulta da circunstância, referida por LEVEL e consagrada a nível

como criadores das normas de Direito Internacional Pactício mas também como principais interessados na sua vigência na ordem interna. Tal circunstância não será de estranhar na época actual, em que se espera do Direito Internacional que assuma um conteúdo novo, também preocupado com um maior cunho social na Justiça que visa estabelecer, buscando, para além da igualdade jurídica dos seus destinatários primeiros, obviar à desigualdade de facto em que estes se encontram na cena internacional. Exemplo desta aspiração parecem ser as formulações que imputam ao Direito Internacional a realização de uma ordem nova internacional ⁽²⁹⁾, algo de equivalente ao *sozialer Rechtsstaat* na ordem interna, e também todo o movimento que levou à consagração e autonomia de uma variante do Direito Internacional clássico, o Direito Internacional do Desenvolvimento, que assumiria como missão, através da regra da desigualdade compensadora, a realização de uma justiça social à escala internacional que não poderia ser prosseguida a partir apenas dos corolários do princípio da igualdade soberana dos Estados ⁽³⁰⁾. Todo este acentuar do peso de autênticos direitos de protecção no quadro do Direito Internacional parece requerer não a sua recepção mediatizada pelo pesado esquema da transformação mas a mais célere e generosa via da recepção plena.

jurisprudencial (*loc. cit.*, p. 100-103), de o juiz interno não poder deixar de tomar em consideração as normas dos tratados, mesmo que não publicados, e não como meros factos, mas como autênticas regras de direito — nos mesmíssimos termos em que acontece com o direito estrangeiro — cfr. a propósito o art. 23.º, n.º I do Código Civil.

Mais em particular a Convenção Europeia levanta ainda um outro problema: o de saber se, a partir do disposto do seu artigo 13.º, os Estados por ela vinculados não estarão obrigados a introduzi-la no seu direito interno. Para uma discussão deste ponto cfr. RALPH BEDDARD, *The status of the European Convention of Human Rights in Domestic Law*, I.C.L.Q., v. 16 (1967), p. 206.

(29) Assim TRUYOL e SERRA, *La Sociedad Internacional*, Madrid, 1974, Alianza Editorial, p. 95-98.

(30) Sobre esta problemática cfr., por exemplo, MAURICE FLORY, *Droit International du Développement*, Paris, 1978, Presses Universitaires de France, ALAIN PELLET, *Le droit international du développement*, Paris, 1978, Presses Universitaires de France, CHARLES VALÉE, *Le droit international du développement*, in HUBERT THIERRY, SERGE SUR, JEAN COMBACAU e CHARLES VALÉE (n. 1) p. 601-654, DANIEL COLARD, *Vers l'Établissement d'un nouvel ordre économique international*, La Documentation Française,

6. Como forma de possível compromisso entre as motivações que justificam os dois sistemas anteriormente descritos surge-nos um terceiro, o da recepção semi-plena. A principal nota que o distingue do que acabámos de referir reside em que, ao invés de uma cláusula geral que facilitasse a recepção de todo o Direito Internacional Convencional, se defende agora a criação de um conjunto de normas, uma para cada um dos institutos ou matérias em que se entendesse ser possível a recepção incondicionada das normas do Direito Internacional a eles(as) pertinentes (30-a). A ordem jurídica é assim sectorizada, repartida segundo as várias matérias a que a sua regulamentação se dirige, e a penetração do Direito Internacional na ordem interna não se fará em globo, para todas elas, mas de forma diversificada no que a cada uma diga respeito. Quando existir num dado ordenamento, e para certo âmbito jurídico, uma cláusula de recepção semi-plena, então as normas de Direito Internacional a ele respeitantes integrar-se-ão sem mais na ordem interna. Na falta dessa cláusula de recepção limitada, a integração só poderá ser feita através de um acto normativo especial.

Cumulam-se assim num só os dois sistemas anteriores: onde e quando a natureza das matérias inculque a possibilidade de uma recepção automática, o legislador interno criará uma cláusula de recepção, ainda que limitada no seu âmbito; em todos os outros casos, em que se creia que aquele pressuposto não está realizado, valerá o sistema da transformação.

Que dizer desta forma de resolver a questão que nos ocupa? Não se negará que ela releva de um medido realismo, de uma aguda sensibilidade

Notes et Études Documentaires, n.ºs 4412-4413-4414, de 23 de Setembro de 1977, MICHEL VIRALLY, *Vers un droit international du développement*, AFDI, 1965, p. 3; SEIDL—HOHENVELDERN, *International Economic «Soft Law»*, Recueil des Cours, v. 163 (1979 — II), p. 165 e ss., os estudos e comunicações apresentados no colóquio sobre o *O Direito do Desenvolvimento no plano internacional* organizado pela Academia de Direito Internacional, na Haia, de 16 a 18 de Outubro de 1979 (in *Le Droit du Développement au plan international*, Alphen an des Rijn, 1980, Sijthoff e Noorhoff), KAZUAKI SONO, *Sovereignty, this strange thing: its impact on global economic order*, G.A.J.INT'L&COMP. L., v. 9 (1979), p. 549 e ss., PEDRO ROFFE, *Reflections on current attempts to revise international legal structures; the North-South Dialogue — Clash of values and concepts, contradictions and compromises*, *ibidem*, p. 559 e ss. ERNST U. PETERSMANN, *Internationales Recht und Neue Internationale Wirtschaftsordnung*, Archiv des Völkerrechts, v. 18 (1979-1980), p. 17 e ss e as comunicações no colóquio sobre *A Nova Ordem Económica Internacional* organi-

de às dificuldades de evolução da integração da Sociedade Internacional e ao conhecimento dos avanços e recuos por que ela tem passado. Só haverá pois que louvar o seu pragmatismo, a sua percepção de quão delicado e ténue se afigura por vezes, na ordem jurídica, o entrosamento da Sociedade Internacional e das sociedades nacionais. O siso que este esquema revela tem no entanto um reverso: é o de que propô-lo seja defender soluções que não servem já à Sociedade Internacional de hoje, avançar propostas que suponham, ainda que de forma mitigada, uma desconfiança em relação ao Direito da Sociedade Internacional — o que sempre será um retrocesso no caminho para que a Comunidade Internacional possa assumir como tal a resolução das tarefas que só em conjunto a Humanidade pode aspirar levar a cabo.

7. A adopção de um dos sistemas referidos — ainda que na sua forma pura — não está contudo em estreita dependência da concepção (dualista ou monista, e aqui radical ou moderada, com primado do Direito Internacional ou do direito interno) que se tenha das relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional ⁽³¹⁾. Não fará pois qualquer sentido indagar qual das formas de ver este problema se apresenta mais concorde com a natureza e os fins do Direito Internacional e com o actual estado de evolução da Sociedade Internacional. O mecanismo legal adoptado apresenta-se assim como não vinculado ao sistema de relações que na óptica de um determinado Estado existam entre a sua ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional ⁽³²⁾.

É por isso que, sem nos determos mais, passaremos de imediato à consideração do problema tal como ele nos aparece à face do sistema jurídico português vigente.

zado pela Academia de Direito Internacional, na Haia, de 23 a 25 de Outubro de 1980 (*in Le nouvel ordie économique internacional*, The Hague, 1981, Martinus Nijhoff).

(30-a) Parece ter sido este o esquema adoptado na União Soviética onde, se bem que a Constituição de 1977 continue a não conter uma directriz geral para a questão, podemos encontrar, em textos legislativos referentes ao direito civil (1961), ao processo civil (1964) e ao direito da nacionalidade (1978), regras que prescrevem a aplicabilidade do Direito Internacional. Cfr. a propósito F. D. RICCIDLI, *Le disposizioni relative al diritto internazionale nella Costituzione sovietica del 1977*, *Rivista*, v. 64 (1981), p. 301 e ss.

8. Parece existir actualmente na nossa doutrina uma opinião claramente maioritária no sentido de considerar que a nossa ordem jurídica consagra o sistema da recepção geral plena do Direito Internacional Convencional, apenas condicionada pela publicação das suas normas no Diário da República e, como é óbvio, pela sua vigência anterior na ordem internacional. Os tratados a que Portugal se vinculasse, e neste caso a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, produziriam os seus efeitos na ordem jurídica interna portuguesa (desde que tivessem já entrado em vigor na ordem internacional e aí tivessem pois iniciado a sua eficácia) logo após a sua publicação na folha oficial. Nesse sentido invoca-se sobretudo o disposto no art. 8.º, n.º 2, da Constituição⁽³³⁾ que eliminaria as dúvidas que ainda pudessem subsistir a este propósito, clarificando uma opção no sentido da solução com maiores tradições na nossa doutrina e jurisprudência.

Com efeito, que o nosso direito consagrava um princípio de recepção automática plena do Direito Internacional Convencional entendia-o

(31) Para uma exposição destas teorias, cfr. ANTÓNIO TRUYOL, *Noções fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1952, Arménio Amado, p. 106-117; ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Publico* (tradução espanhola), 5.ª edição, Madrid, 1974, Aguilar, p. 63—73; E. VAN BOGAERT, *Les antinomies entre le droit international et le droit interne*, R.G.D.I.P. v. 72 (1968), p. 346 e ss. e, entre nós, AFONSO QUEIRO, *Relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional*, R.D.E.S., ano IV (1948), n.ºs 1 e 2, p. 1-18; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 63-78 e *Novas Considerações sobre a relevância do Direito Internacional na Ordem Interna Portuguesa*, Lisboa, 1969, Atica, p. 10-12; e ALBINO AZEVEDO SOARES, (n. 19), p. 70-81.

(32) Formular esta asserção não equivale todavia a pretender que as duas questões sejam em absoluto estanques. A semelhante resultado foi conduzida a doutrina em certos casos, a partir da circunstância de as várias concepções de fundo sobre as relações entre as duas ordens jurídicas conduzirem não poucas vezes a idênticos resultados práticos, o que permitia concluir pela sua irrelevância para a definição destas. No entanto, como o sublinha o Prof. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 72-73 e (n. 31), p. 19-20, tal coincidência de resultados advinha sobretudo do facto de o Direito Internacional nada dizer sobre a disciplina da relevância que aos seus comandos haveria de ser reconhecida nas ordens estaduais, pois que nesse caso tal disciplina — mesmo para quem seguisse o sistema dualista, ou o monista de direito internacional — decorreria sempre das ordens jurídicas internas (assim também MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 17-20). Mas este estado de coisas relevava de um determinado estágio evolutivo do Direito Internacional que já não é precisamente o actual, onde agora encontramos normas de Direito Internacional que dispõem sobre a sua validade nas ordens estaduais (neste sentido ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 75-76 e (n. 31), p. 21-22). A partir da-

já, nos alvares do século, MACHADO VILLELA ⁽³⁴⁾. O insigne internacionalista, colocado embora numa posição dualista no que tange às relações do Direito Internacional com o direito interno, retirava tal conclusão a partir de várias disposições legais ordinárias (o art. 26.º do Código Civil, o art. 1087.º do Código de Processo Civil, o art. 6.º do Código Comercial e o art. 2.º do Código de Processo Comercial). Estes textos previam a aplicabilidade dos diplomas em que se inseriam às relações com estrangeiros, salvo quando a lei ou um tratado ou convenção dispusessem diferentemente. A colocação em pé de igualdade da lei e do tratado legitimariam a conclusão de que o tratado disporia de per si de validade na ordem interna, o que implicava a desnecessidade de qualquer acto especial de transformação.

9. O problema passaria no entanto a ter de ser considerado a uma luz mais vasta após a entrada em vigor da Constituição de 1933, com a atenção que se impunha dar aos preceitos deste diploma que se referiam de alguma forma ao Direito Internacional (*maxime* os artigos 3.º e 4.º) ⁽³⁵⁾. E foi então que a questão passou verdadeiramente a pôr-se, com as opiniões a divergirem de forma acentuada.

De um lado estavam os que não viam objecções a continuar a defender, face aos novos textos, a doutrina de MACHADO VILLELA. Foi o caso, desde logo, da prestigiada *Revista de Legislação e de Jurisprudência* quando se pronunciou sobre a questão da vigência em Portugal das Convenções de Genebra de 1930 e 1931 que estabeleciam, respectivamente, leis uniformes em matérias de letras e livranças e de cheques. A *Revista* ⁽³⁶⁾ concluía pela existência na ordem jurídica portuguesa de um princípio geral que consagrava a recepção plena do Direito Internacional na ordem interna. E fazia-o a partir de duas disposições constitucionais — o § único do art. 3.º e o § 1.º do art. 49.º ⁽³⁷⁾ — que dele constituiriam afloramentos. Tal posição, que obedecia à mesma lógica do raciocínio de MACHADO VILLELA, era também sustentada em tese geral, entre outros, pela Prof. Doutora MAGALHÃES COLLAÇO ⁽³⁸⁾ e pelos Profs. Doutores FERRER CORREIA ⁽³⁹⁾ e AFONSO QUEIRO. ⁽⁴⁰⁾

Outra era a interpretação perfilhada pelo Prof. SILVA CUNHA ⁽⁴¹⁾ que entendia ser impossível defender a existência de uma cláusula auto-

mática de recepção plena quando o art. 4.º da Constituição de 1933 distinguia claramente a ordem interna da ordem internacional, apenas para esta última admitindo a relevância, como limites à soberania estadual,

qui a opção monismo ou dualismo volta a ser relevante, para que se possa aquilatar de qual o valor que tais disposições merecem nas ordens jurídicas internas.

Dir-se-á portanto que, se a concepção que se adoptar quanto à questão das relações entre o Direito Internacional e os direitos nacionais não predetermina rigidamente o sistema de inserção daquele nas ordens jurídicas internas, não é menos verdade que a cabal resolução desta questão dificilmente se encontrará sem que se tenha optado por uma das construções daquelas relações.

(33) É o seguinte o teor deste preceito: «As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação na folha oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português».

(34) Cfr., do autor, o seu *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I, Coimbra, 1921, Coimbra Editora, p. 27.

(35) Era o seguinte o teor destes artigos:

Art. 3.º — Constituem a Nação todos os cidadãos portugueses residentes dentro ou fora do seu território, os quais são considerados dependentes do Estado e das leis portuguesas, salvo as regras aplicáveis de direito internacional.

§ único. Os estrangeiros que se encontram ou residam em Portugal estão também sujeitos ao Estado e às leis portuguesas, sem prejuízo do preceituado pelo direito internacional.

Art. 4.º — A Nação portuguesa constitui um Estado independente, cuja soberania só conhece como limites, na ordem interna, a moral e o direito, e, na internacional, os que derivam das convenções ou tratados livremente celebrados ou do direito consuetudinário livremente aceite, cumprindo-lhe cooperar com outros Estados na preparação e adopção de soluções que interessem à paz entre os povos e ao progresso da humanidade.

§ único. — Portugal preconiza a arbitragem como meio de dirimir os litígios internacionais.

(36) Cfr.. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 67 (1934-35), p. 212 e 68 (1935-36), p. 357.

(37) Dispunha o § 1.º do art. 49.º: «Os poderes do Estado sobre os bens do domínio público e o uso destes por parte dos cidadãos são regulados pela lei e pelas convenções internacionais celebradas por Portugal, ficando sempre ressalvados para o Estado os seus direitos anteriores e para os particulares os direitos adquiridos, podendo estes porém ser objecto de expropriação determinada pelo interesse público e mediante justa indemnização».

(38) Cfr. *Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa, 1958, p. 291-301. Para esta Autora o princípio da recepção automática passou a ter valor constitucional e a possuir uma maior extensão: de facto, a partir do art. 3.º da Constituição de 1933 deveria entender-se que a recepção automática se alargava a todo o Direito Internacional ao passo que as normas anteriores só se referiam a certas matérias nelas delimitadas (págs. 292-294).

dos tratados (bem como, aliás, do costume internacional). Reconduzindo a solução do problema a um mero corolário da doutrina dualista, negava-se assim a vigência automática do Direito Internacional na ordem interna. De acordo com o Prof. SILVA CUNHA não poderia por isso falar-se, à face da Constituição de 1933, numa cláusula de recepção plena. Pelo contrário, o que existiria no nosso direito seria um conjunto de cláusulas de recepção semi-plena, que permitiriam sustentar, quanto às matérias por elas cobertas, a incorporação automática do Direito Internacional na ordem interna — os artigos 49.º, § 1.º, 139.º e 141.º da Constituição (42), o artigo 26.º do Código Civil e o art. 6.º do Código Comercial, todos eles ressalvados pelo art. 3.º da Constituição, o que se tornava indispensável face ao princípio de separação acolhido no art. 4.º do diploma fundamental. Fora das matérias a que estas cláusulas se referiam o Direito Internacional não seria automaticamente recebido na ordem interna (por imperativo do art. 4.º da Constituição), restando assim o recurso à sua transformação através de lei ordinária especial para que o Estado Português cumprisse as suas obrigações internacionais. A este entendimento opunha a Prof. MAGALHÃES COLLAÇO (43) não só que não era legítimo pretender que a Constituição consagrava uma certa concepção dogmática sobre a forma de conceber as relações entre o Direito Internacional e os vários direitos internos — o que estaria para além do que a um diploma legal é permitido — como também que o Direito Constitucional português não acolhia os pressupostos em que uma teoria dualista se poderia alicerçar. Com efeito, o direito a que se refere o art. 4.º, ao enumerar os limites da soberania na ordem interna, compreenderia também o próprio Direito Internacional.

Superando as duas posições extremadas que acabamos de referir, nos fins da década de 60 aparecem novas perspectivas de interpretação dos referidos preceitos que partem da improcedência ou insuficiência das anteriores.

Assim, o Dr. MIGUEL GALVÃO TELES (44) vê no art. 3.º da Constituição apenas mais uma cláusula de recepção semi-plena (a juntar às demais já mencionadas), concluindo em seguida que a lei fundamental não continha qualquer cláusula automática de recepção plena — o que no entanto se deveria apenas à circunstância de o problema nunca ser nela abordado de forma genérica, de modo semelhante ao que acontecia na nossa ordem jurídica antes de 1933. E o art. 3.º da Constituição

seria uma cláusula de recepção semi-plena, que se referia apenas a normas de carácter formal ou instrumental (e não a normas materiais), isto é, na circunstância, às normas de Direito Internacional que excluem a competência do Estado e da lei portuguesa sobre os estrangeiros residentes em Portugal — interpretação esta daquela disposição que tem de aceitar-se ser restritiva (porque haverá o Direito Internacional nela referido de ser apenas o formal e não já o material?) mas que GALVÃO TELES sustenta não ser contrariada pela letra do preceito e ser sugerida pelo preceituado no seu parágrafo único.

Para além desta construção não ser afastada a partir do próprio preceito a que se refere — não só pela letra como também pelo elemento histórico, pela *ratio legis* e pela ideia de razoabilidade das soluções ⁽⁴⁵⁾, ela teria a vantagem de não pôr o art. 3.º em confronto com outra disposição constitucional — o art. 140.º, que nitidamente consagra um caso de recepção semi-plena. Que sentido faria, ao lado de uma cláusula de recepção geral, a manutenção de cláusulas de recepção semi-plena? Para GALVÃO TELES a ordem jurídica portuguesa nada mais apresentaria assim do que um conjunto de cláusulas de recepção semi-plena. Partindo daí, e constatando que o legislador não pusera em tese geral o problema da inserção do Direito Internacional na ordem jurídica interna, mas que sempre que o abordava a propósito de questões parcelares o resolvia através da doutrina da recepção, o Autor sustenta a pertinência em manter (e agora por maioria de razão, por serem em maior número e mais diversificadas as cláusulas de recepção) o raciocínio de MACHADO VILLELA, concluindo pois por formular, por via indutiva, um princípio geral de recepção plena ⁽⁴⁶⁾ — com o que se alcança, ainda que com diferente fundamentação, o mesmo resultado a que tendia a doutrina tradicional.

(39) Cfr. *Lições de Direito Comercial*, v. III, *Letra de Câmbio* (com a colaboração de PAULO SENDIM, SAMPAIO CABRAL, ANTÓNIO CAEIRO e ÂNGELA COELHO), Universidade de Coimbra, 1975, p. 35, onde se faz referência apenas ao artigo 3.º da Constituição.

(40) (n. 31), p. 10, onde no entanto se considera o art. 3.º, § único, da Constituição «não como um preceito declarativo, mas como um preceito criador de direito, fonte de direito interno, cujo conteúdo é o das normas internacionais recebidas» (na linha da melhor doutrina dualista).

(41) *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1957, Ática, p. 27 e segs.

(42) Estes artigos fazem expressa referência à vinculação do legislador português aos tratados e convenções internacionais.

Diferentemente, o Prof. Doutor GONÇALVES PEREIRA, concordando embora com a posição de GALVÃO TELES na parte em que este critica as formulações anteriormente avançadas para o nosso problema, não o segue na conclusão nem na construção teórica que este elabora para a justificar (47). E não o faz desde logo por contestar a legitimidade da utilização do mecanismo indutivo — a compatibilidade deste com a inexistência de preceitos constitucionais que previssem a vigência de normas materiais de Direito Internacional na ordem interna (48) seria duvidosa, pois que a indução deixaria de ser possível faltando-lhe dados em que se pudesse apoiar. Mas ainda porque não vislumbra fundamento para a interpretação restritiva do art. 3.º que constituía uma trave-mestra da tese de GALVÃO TELES. Tal resultaria, desde logo, de não ser lícito distinguir entre normas materiais e normas formais de Direito Internacional, para excluir as primeiras da previsão do art.º 3.º, quando há normas materiais de Direito Internacional que afastam a competência da lei portuguesa, impondo em seu lugar a aplicação da disciplina por elas próprias prevista — o que sem mais as faria entrar na hipótese normativa do art. 3.º, assim provocando a ruína de toda a construção de GALVÃO TELES (49).

Para GONÇALVES PEREIRA a conclusão é pois a de que a Constituição de 1933 não continha qualquer sistema geral sobre a relevância do Direito Internacional na ordem jurídica interna. E é aqui que cobra relevo a ideia deste Autor a que mais acima fizemos já referência (50), segundo a qual a opção por uma das teorias sobre as relações entre o Direi-

(43) (n. 38), p. 297-301.

(44) (n. 14), p. 56-73.

(45) *Idem, ibidem*, p. 60-65.

(46) *Idem, ibidem*.

(47) Cfr. GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 101-102 e (n. 31), p. 54-56.

(48) Creemos que a crítica neste ponto falha o alvo. Com efeito, afigura-se-nos que GALVÃO TELES não pretendeu dizer que a Constituição não previa em qualquer lugar a vigência de normas materiais de Direito Internacional. Limitou-se a adiantar que não era esse o caso do art. 3.º. Mas não foi ao ponto de generalizar essa doutrina às demais cláusulas de recepção semi-plena previstas na Constituição de 1933 — arts. 49.º, § 1.º, 139.º, 140.º e 141.º. Nestas três últimas, ao menos, as normas de Direito Internacional a que é feita referência são normas ma-

to Internacional e o direito interno pode colmatar as insuficiências de um dado sistema nacional de recepção do Direito Internacional. GONÇALVES PEREIRA entende assim, para resolver a questão, dever situar-se no contexto da teoria que em seu entender melhor traduz as relações entre aquelas duas ordens jurídicas — e que é a do monismo de Direito Internacional ⁽⁵¹⁾. Como de acordo com ela a aplicação do Direito Internacional na ordem interna só se não verificará quando for expressamente excluída por esta ⁽⁵²⁾ (o que decorre do facto de o Estado ter o dever de conformar a sua ordem jurídica com o Direito Internacional, o que na ausência de outros mecanismos, só poderia acontecer através da obrigatoriedade da sua aplicação automática), o Direito Internacional deveria ser entre nós objecto de aplicação automática, atento o silêncio da nossa lei. Com efeito, se, como quer BURDEAU ⁽⁵³⁾, «o primado do Direito Internacional sobre o direito interno é condição essencial da própria existência e noção daquele», então há que constatar que a nossa ordem jurídica, ao evitar pronunciar-se sobre a questão, se limita afinal a não se opor à recepção automática do Direito Internacional na ordem interna portuguesa ⁽⁵⁴⁾. Enquanto a tónica fosse pois o silêncio, haveria de se ter por assente, pela própria natureza das coisas (no caso, das relações entre o Direito Internacional e o direito interno), que, por tal ser indispensável ao próprio ser do Direito Internacional, este seria plena e automaticamente recebido na ordem interna portuguesa enquanto desta não decorresse claramente a solução contrária.

10. Quanto mais não fosse pelo carácter flagrante que a divisão de posições descrita apresentava — o que impedia a univocidade de uma questão que pelo seu carácter básico tudo aconselhava fosse líquida —

teriais. Não poderá assim dizer-se que falta de todo a base para o funcionamento do mecanismo indutivo.

(49) GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 101-102 e (n. 31), p. 54-55.

(50) Cfr. *supra*, nota 32.

(51) Assim (n. 23), p. 76 e (n. 31), p. 23.

(52) (n. 23), p. 77 e (n. 31), p. 24.

(53) *Traité de Science Politique*, 2.^a edição, v. 1, Paris, 1976, L.G.D.J., p. 386 (citado por GONÇALVES PEREIRA).

pareceria normal que se considerasse oportuno fazer luz sobre o problema, para tanto se aproveitando a ocasião de uma revisão constitucional. Da mesma opinião parece ter sido o legislador, que tentou a referida clarificação através da revisão constitucional de 1971.

Nesta altura foi com efeito introduzido na lei fundamental um novo preceito (que viria a ser mais tarde o § 1.º do art. 4.º ⁽⁵⁵⁾) que se afigura ter tido por único objectivo a resolução da questão das condições de vigência do Direito Internacional Convencional na ordem interna portuguesa. Só que, se foi de facto essa a intenção do legislador de revisão, não é certo que, a avaliar pela reacção da doutrina, o seu propósito esclarecedor tenha sido totalmente logrado.

Com efeito, as divergências interpretativas perduraram, não sendo agora pacífico o sentido do novo texto. Dum lado, o Prof. AFONSO QUEIRÓ ⁽⁵⁶⁾ vê nas alusões à necessidade de aprovação do tratado pela Assembleia Nacional ou pelo Governo uma condição de vigência do tratado na ordem interna, o que o leva a sustentar ter o diploma constitucional — orientando-se por uma construção dualista — aderido à tese da transformação (ao menos implícita) do Direito Internacional como condição indispensável à sua aplicação na ordem interna.

Em oposição a esta tomada de posição situam-se os Profs. GONÇALVES PEREIRA ⁽⁵⁷⁾ e FERRER CORREIA ⁽⁵⁸⁾ e o Dr. BESSA LOPES ⁽⁵⁹⁾. Todos eles sustentam que a alteração constitucional teve por consequência a consagração expressa da doutrina da recepção plena ou automática do Direito Internacional na nossa ordem interna. GONÇALVES PEREIRA — o Autor que mais se detém a fundamentar esta afirmação — justifica-a pela circunstância de a natureza genérica do § 1.º do art. 4.º excluir que se possa falar de um sistema de transformação ou incorporação. Se assim não fosse, a recepção que teria lugar seria uma recepção individual, cujo objecto seria o conteúdo da norma e não a sua fonte formal — isto é, receber-se-iam os preceitos do tratado e não o próprio tratado em si. Ao contrário, na recepção formal o que se recebe é já o tratado como tal, que passa a vigorar também na ordem interna depois de já estar dotado de vigência na ordem internacional. Ora, para que tenha algum sentido útil, a referência genérica à vigência das normas internacionais na ordem interna terá de ter o significado de uma recepção formal, pois se a recepção é apenas individual só pode ter lugar *in*

concreto, não podendo ser objecto de uma regra como a do § 1.º do art. 4.º (60). Daqui que a recepção a que este preceito se refere haja por força de ser a recepção automática e plena do Direito Internacional.

11. Já o acima citado preceito da Constituição de 1976 sobre a matéria (61) parece contudo não levantar dificuldades paralelas e ser propenso a suscitar a concordância genérica e quase total da doutrina no que tange ao seu significado. Assim, vemos a grande maioria dos Autores

(54) Com efeito, dentro do quadro fundamental referido, qualquer outro sentido a dar a este silêncio colocaria o direito português na situação de fuga ao cumprimento da obrigação que lhe incumbe de promover a aplicação do Direito Internacional na sua ordem jurídica.

(55) É o seguinte o texto desta disposição: «As normas de direito internacional vinculativas do Estado português vigoram na ordem interna desde que constem de tratado ou de outro acto aprovado pela Assembleia Nacional ou pelo Governo e cujo texto haja sido devidamente publicado».

(56) Cfr. *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno ante a última revisão constitucional portuguesa*, Coimbra, 1972 (separata do vol. XLVII (1972) do B.F.D.U.C.)

(57) *A Revisão Constitucional de 1971 e as fontes do Direito Internacional*, Lisboa, 1972 (separata do vol. XXIV (1972) da R.F.D.U.L.).

(58) *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1973, p. 33.

(59) (n. 6), p. 81.

(60) (n. 57), p. 7. A esta justificação parece-nos contudo que não poderá já aderir o Prof. FERREZ CORREIA para quem «com a recepção as normas internacionais se transformam em direito interno». De acordo com este Autor os preceitos que os tribunais internos irão depois aplicar são formalmente distintos dos de fonte convencional. Eles não serão afinal criados pelas convenções ou tratados internacionais que inicialmente os contenham, mas pela lei interna (n. 58), p. 34-35). Neste sentido invoca o ilustre Professor o favor dominante que a *teoria da transformação* receberia, na doutrina alemã, em prejuízo da *teoria da execução* (assim a nota 1 da pág. 34). Cremos no entanto que importará ter presente não só o crescente eco que a *teoria da execução* tem alcançado na doutrina (neste sentido cfr. LEONTIN CONSTANTINESCO, *L'Introduction et le controle de la constitutionnalité des traités et en particulier des traités européens en droit allemand*, R.B.D.I., v. 5 (1969), p. 425-428 e autores e obras aí citados) como também a circunstância de ambas elas serem formuladas no interior de um sistema fortemente arreigado à tradição dualista, o que, não deixando de influenciar a colocação do problema na Alemanha, dificulta a transposição dos termos em que a questão aí é colocada para o nosso direito, que não sofreu da mesma forma a influência destas concepções.

que sobre o ponto se debruçou ⁽⁶²⁾ afirmar claramente que o artigo 8.º, n.º 2, da nossa lei fundamental contém uma cláusula de recepção geral ou automática do Direito Internacional na ordem jurídica portuguesa.

Opinião discordante foi até agora apenas emitida por dois Autores. Por JORGE CAMPINOS ⁽⁶³⁾ que parece ver na exigência constitucional da publicação de um acto que é assinado pelo Presidente da República os pressupostos da consagração do sistema da transformação — assim retomando, ainda que noutro e diferente contexto, a tese defendida por AFONSO QUEIRÓ perante o texto do § 1.º do art. 4.º da Constituição de 1933 tal como este preceito ficou depois da revisão constitucional de 1971 ⁽⁶⁴⁾. E por SILVA CUNHA ^(64-a) que reedita face ao actual texto a mesma doutrina que já defendera à face da Constituição de 1933, justificando tal opinião pela circunstância de o texto do artigo 8, n.º 1, pelo seu teor literal, não abranger todo o Direito Internacional — designadamente os costumes locais ou regionais, não contemplados directamente por aquele preceito; sempre se dirá contudo, como aquele professor não o deixa de reconhecer, que consagrando aquela norma, com carácter geral, a supremacia do Direito Internacional Geral sobre o direito interno, no seu espírito se deverá incluir a previsão de todas e quaisquer normas consuetudinárias, incluindo as de âmbito local ou regional. Tal entendimento, ainda segundo SILVA CUNHA, seria excluído pelo texto do artigo 7.º, n.º 1, da Constituição, onde se afirma o princípio da independência nacional na condução das relações internacionais do Estado Português, o

(61) Cfr. *supra*, nota 33.

(62) Assim AFONSO QUEIRÓ, (n. 10), p. 330, GONÇALVES PEREIRA, (n. 10), p. 39-40, JORGE MIRANDA, (n. 10), p. 297, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, 1980, Livraria Almedina, p. 399-400, VITAL MOREIRA-GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 43, nota II ao art. 8.º, ALBINO AZEVEDO SOARES, *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, v. 1, Coimbra, 1979, p. 22-23, NUNO BESSA LOPES, (n. 6), p. 84, ISABEL JALLES, (n.10), p. 93 e 95 e MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Quelques problèmes juridiques que pourra poser l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique portugais e face à la Constitution de 1976*, RTDE, v. 16 (1980), p. 670-671.

(63) (n. 20), p. 48.

(64) Cfr. *supra*, n. 10, p. 40 e ss.

(64-a) *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1981, Centro do Livro Brasileiro, p. 39 e ss.

que, consagrando a ideia de soberania, significaria que ao Estado Português cabe em exclusivo a definição do estatuto jurídico da Comunidade Nacional. Assim sendo, o artigo 8.º constituiria uma excepção a este princípio, pelo que deveria ser interpretado restritivamente. Só que cremos que se labora aqui com uma noção errada de soberania. O entendimento assim perfilhado como que considera que a soberania implica que o Estado pode determinar se e em que medida se encontra sujeito ao Direito Internacional. Este conceito absoluto de soberania nega no entanto os fundamentos de uma convivência interestadual fundada no Direito, pelo que se impõe substituí-lo por um outro, este relativo, que apenas implique a liberdade de cada Estado em relação aos demais, mas não ponha em causa a tarefa modeladora do Direito Internacional e a necessária sujeição dos Estados aos comandos desta ordem jurídica. Assim entendida, a soberania do Estado Português a que o princípio constitucional da independência nacional se refere não poria em causa, antes comportaria necessariamente, a sujeição do Estado Português ao Direito Internacional. Desta forma, não vemos porque o Estado Português, recebendo na ordem interna esse direito a que na ordem internacional se encontra sujeito, excluiria dessa recepção uma parte dele — a constituída pelos costumes locais ou regionais. Falta assim o fundamento para a interpretação restritiva do artigo 8.º pelo que não parece cabido considerar este preceito uma cláusula de recepção semi-plena.

Já a nossa jurisprudência (65), ao contrário, tem utilizado ao abordar este problema expressões que claramente apontam, ainda que porventura inconscientemente e apenas em homenagem à rotina, no sentido da consagração de um sistema de transformação.

A opinião maioritariamente defendida pela nossa doutrina parece no entanto impor-se-nos a todos as luzes. Desde logo por ser a que melhor corresponde à consideração que cremos ser a mais correcta de encarar as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Com efeito, aquele perderá a sua autonomia e surgir-nos-á perfeitamente descharacterizado e impossibilitado de preencher as funções que como norma da Sociedade Internacional lhe competem se a sua vigência nas ordens internas estiver dependente de actos de valor materialmente legis-

(65) Vejam-se os arestos referidos por ISABEL JALLES, (n. 10), nota 106 e p. 93-94.

lativo do Poder Estadual que pretendam emprestar-lhe uma autoridade nova, realizando uma autêntica novação dos comandos jurídicos em presença. Tal concepção não deixaria de ir ao arrepio do apelo para uma maior jurisdicionalização das relações internacionais e para uma regulamentação internacional das situações internas, que é patente na Comunidade Internacional dos nossos dias, ao reduzir o Direito Internacional a mera fonte mediata dos direitos estaduais.

Depois, porque tal entendimento não parece que contenda em nada com o nosso texto constitucional. Neste não há com efeito limitações de qualquer natureza à relevância dos tratados que, após a sua publicação e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português, devem vigorar na ordem interna. E nem a referência do texto do artigo 8.º, n.º 2 às convenções regularmente ratificadas ou aprovadas pode induzir na crença de que certos vícios ou erros no processo de vinculação externa do Estado Português possam impedir a relevância na ordem interna das normas contidas nesses instrumentos convencionais — com o que se poderia pretender legitimar a conclusão de que o respeito de um determinado formalismo constitucionalmente exigido para a vinculação do Estado na ordem internacional seria uma condição imprescindível da vigência interna das normas convencionais, nos casos em que, naturalmente, a vinculação na ordem internacional se tivesse verificado. Antes, tal referência parece ter em vista, apenas, realçar a necessária conformidade dos actos de ratificação e aprovação com o Direito Internacional, assim reforçando a ideia (igualmente expressa a um outro propósito na parte final daquela disposição legal) de que a efectiva vinculação do Estado Português na ordem internacional a um determinado complexo normativo constitui pressuposto inarredável da aplicabilidade na ordem interna dos seus comandos ⁽⁶⁶⁾.

(66) A esta luz resulta explicada a aparente contradição existente entre os artigos 8.º, n.º 2 e 280.º, n.º 3 da nossa lei fundamental, podendo o segundo ser lido em conjunto com o primeiro sem necessitar de ser objecto de qualquer interpretação que restrinja o seu sentido normal e aparente. Em sentido contrário cfr. no entanto VITAL MOREIRA-GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 501-502, nota III ao art. 280º e, *de lege ferenda*, FRANCISCO SÁ CARNEIRO, *Uma Constituição para os anos 80. Contribuição para um projecto de revisão*, Lisboa, 1979, Publicações Dom Quixote, p. 172-173, art. 260, n.º 4 e nota respectiva. Diferentemente, BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, Coimbra Editora, p. 240, observação 2 ao art. 177.

Finalmente, a interpretação assim dada ao texto constitucional é a que coincide com o sentido tradicionalmente atribuído à solução do problema que ela visa resolver, na nossa ordem jurídica. Apesar de todas as dúvidas e oposições que ao longo dos tempos se suscitaram, e que acima elencámos, o sistema da recepção plena não deixou em altura alguma de ser o que, ainda que pelas mais desencontradas razões, colheu a maioria dos sufrágios — o que faz pressupor que o legislador constituinte, se essa fosse a sua vontade, não deixaria de ter usado, para o afastar, da necessária clareza.

Podemos assim concluir que um Tratado Internacional será plenamente eficaz na nossa ordem interna desde que, estando em vigor na ordem internacional (o que resultará do que ele próprio previr a esse respeito), vincule no plano do direito das gentes o Estado Português (o que só acontecerá depois de este o ter ratificado nos termos exigidos pelo Direito Internacional), tenha sido objecto de publicação oficial e tenha decorrido o prazo da *vacatio legis*.

Assim, os preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que entrou internacionalmente em vigor em 3 de Setembro de 1953, foi ratificada pelo nosso país e se encontra publicada no Diário da República de 13 de Outubro de 1978, constituem entre nós direito a observar, impondo-se por isso aos órgãos portugueses de aplicação do direito.

B) *Posição do Direito Internacional Convencional na hierarquia das fontes de Direito reconhecidas pela nossa ordem jurídica.*

12. Foi nossa preocupação até ao presente procurar situar o Direito Internacional Convencional face à nossa ordem jurídica. Tendo concluído esta primeira tarefa, e perante o resultado, a que chegámos, da recepção, mediante as condições e nos termos referidos, das normas internacionais de origem convencional no nosso sistema jurídico, importará agora indagarmos qual o lugar que os seus preceitos ocupam na hierarquia das fontes de direito reconhecidas pelo ordenamento jurídico português.

O problema em questão tem inegável relevo prático na medida em que condiciona inexoravelmente a atitude dos órgãos aplicadores do

direito sempre que depararem com qualquer contradição ou falta de sintonia entre os dispositivos internacionais recebidos e outros preceitos, estes de origem estadual, pertinentes à matéria em questão. Quando os respectivos sentidos não sejam harmonizáveis, e pois que a ambas as fontes deve o intérprete guardar respeito, impõe-se dar a prevalência a uma delas — e a escolha a fazer não poderá deixar de reflectir o *status* formal reconhecido às normas convencionais no quadro geral dos modos criadores de Direito.

Para além do seu relevo importa ainda referir que a resposta a dar a esta questão não é em absoluto condicionada, quer pelas perspectivas teóricas gerais de conceber o relacionamento entre o direito interno e o Direito Internacional, quer pelo sistema concreto que em cada ordem jurídica tiver sido adoptado para levar a cabo a recepção deste último. Esta reflexão geral é igualmente válida à face do sistema jurídico português. Com efeito, as conclusões a que chegámos no número anterior não implicam necessariamente uma qualquer posição quanto ao nível de valor formal das normas convencionais recebidas enquanto fontes de direito.

O que a seguir diremos intenta pois responder a esta nova questão. E as considerações que serão aduzidas, tendo embora apenas em mente o caso da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não deixarão também aqui, e atenta a ausência de especificidade de que ela a este propósito se reveste no contexto das fontes voluntárias de Direito Internacional, de valer igualmente para todas as normas de Direito Internacional Convencional que, nos termos já anteriormente expostos, devam considerar-se vinculativas para os órgãos portugueses de aplicação do Direito.

Antes de prosseguir surge no entanto a necessidade de esclarecer qual o âmbito normativo em que nos movemos para dar resposta a esta questão. Concretamente, a dificuldade é a de saber se é no interior das ordens internas ou no seio do próprio Direito Internacional que aquela há-de ser encontrada. A solução a dar a este problema está contudo, ela sim, já em larga medida predeterminada por considerações feitas anteriormente. Com efeito, se é o direito interno que determina o se e a medida da eficácia do Direito Internacional na ordem jurídica estadual, por maioria de razão é nesta mesma sede que se há-de procurar a resposta ao nosso actual problema de saber qual o lugar do Direito Internacional na

hierarquia das fontes. E que assim é parece decorrer desde logo do carácter derivado desta questão quando confrontada com a anterior, pois não se vê como a solução pudesse ser outra, sobretudo se atentarmos em que, podendo a ordem jurídica interna decidir ou não da inserção do Direito Internacional no seu sistema de fontes, não se alcança como sustentar que lhe não caberia já definir o lugar que ele ali ocupa.

É portanto no plano do direito estadual que continuaremos a movermo-nos. Ora, deixada à liberdade estadual a solução deste nosso problema, o direito comparado oferece-nos uma multiplicidade de respostas que resultam de outras tantas variantes quanto ao grau de imperatividade que deve ser reconhecido ao Direito Internacional. Deter-nos-emos um pouco nas quatro posições básicas que têm sido adoptadas na prática constitucional dos vários Estados.

13. Para os mais sensíveis à necessidade, importância e valor das normas convencionais internacionais, estas, quando aplicáveis nas ordens jurídicas internas dos Estados a elas vinculados, seriam a *suprema lex*, preterindo, pois, todos os comandos de origem estadual, incluindo os de nível constitucional. Os tratados teriam assim um valor verdadeiramente supraconstitucional, ocupando o vértice da pirâmide normativa.

Trata-se de uma concepção que não encontrou corporização fácil nas ordens jurídicas nacionais, quase todas elas ciosas de mostrar a autonomia dos traços fundamentais da sua regulamentação e o seu primado face ao direito criado por fontes estranhas. Bem vistas as coisas, semelhante forma de conceber a posição do tratado na ordem interna é afinal tributária de um sistema de relações entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional que prenuncia de modo claro um estádio superior e diferente da Sociedade Internacional — e onde esta aparece concebida em moldes quase federais.

A solução surge-nos no entanto concretizada na Constituição holandesa após a reforma de 1953-1956 (leis de revisão de 22 de Maio de 1953 e de 23 de Agosto de 1956). Aí, não só o juiz fica impedido de controlar a compatibilidade dos tratados com a Constituição ⁽⁶⁷⁾, como se

(67) Cfr. o art. 60.º da Constituição Holandesa.

admite que certos tratados possam modificar a Constituição. Tal acontecerá com todos os que operam a transmissão de competências a organizações internacionais e ainda com aqueles outros que alarguem o âmbito da ordem jurídica internacional. Em ambas as hipóteses se exige, porém, que a aprovação parlamentar do tratado se tenha feito nas duas câmaras (os Estados Gerais) através de uma maioria de dois terços (68). Verificado este condicionalismo, o tratado que, no seu processo de formação, se possa reclamar da sua realização, prevalece efectivamente sobre as disposições constitucionais.

A idêntica solução chega GUGGENHEIM (69), ao analisar o sistema de relações entre o direito interno e o Direito Internacional à face da ordem jurídica suíça. Aqui, com efeito, e apesar do silêncio da Constituição helvética a este propósito, quer a doutrina, quer a jurisprudência do Tribunal Federal reconhecem a validade imediata do Direito Internacional (geral ou comum e convencional) na ordem interna suíça, a sua autonomia e o primado das suas normas face ao direito interno suíço que as contrarie. E, por outro lado, os tribunais estão impedidos (70) de ajuizar da conformidade dos tratados com a Constituição. Partindo destes dois pontos, sustenta GUGGENHEIM, ao contrário do que expressamente fora afirmado num relatório do Conselho Federal (71), que o poder constituinte estaria igualmente impedido de emanar normas contrárias ao Direito Internacional recebido na ordem jurídica suíça. A Constituição não poderia, pois, em sede de revisão, pôr em causa normas internacionais aprovadas por via constitucional e, se o viesse a fazer, o órgão de aplicação do Direito deveria dar preferência aos tratados internacionais e afastar a norma constitucional posterior. Para fugir aos compromissos internacionais de natureza convencional restaria assim a via exclusiva da sua denúncia (72).

Este modo de ver as coisas é defendido por assegurar, com as maiores facilidades e segurança, a execução dos tratados na ordem interna (73). Pertencendo o controle, em exclusivo, ao Parlamento e revestindo ele, necessariamente, natureza preventiva, sempre se evitaria que o Estado viesse mais tarde a incorrer em responsabilidade internacional, em virtude de uma interpretação da Constituição, feita pelos seus tribunais, que se afastasse da que tinha presidido ao acto do Parlamento quando aprovou o Tratado. A estes imperativos práticos acrescenta GUGGENHEIM (sem o demonstrar, adiantaríamos nós) que a prioridade, na or-

dem interna, do Direito Internacional recebido, decorre necessariamente do carácter imediato da sua recepção, e que só esta concepção corresponde, quer aos fundamentos jurídicos de um Estado que, como a Suíça, é largamente dependente da ordem jurídica internacional, quer à regra *pacta sunt servanda*, quer, finalmente, à necessidade, hoje premente na vida internacional, de evitar conflitos entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional ⁽⁷⁴⁾.

A solução exposta não encontrou, contudo, ao que saibamos, outros defensores para além dos aqui referidos. O que parece confirmar as resistências estaduais à abolição do papel supremo reconhecido ao essencial do seu direito interno, isto é, à sua Constituição ⁽⁷⁵⁾. E, se bem vimos

(68) *Idem*, art. 63.º

(69) *Le conflit entre le droit des gens et le droit national dans l'ordre juridique suisse*, Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomaso Perassi, v. I, Milão, 1957, p. 501 e s.

(70) Cfr. o art. 113.º, alínea 1, da Constituição Suíça.

(71) Relatório do Conselho Federal de 4 de Maio de 1954 sobre a iniciativa popular destinada a proteger os locais entre a nascente do Reno e Rheinau.

(72) (n. 69), p. 510-513. No que toca a este último ponto a mesma solução está consagrada na Constituição espanhola de 1978, cujo art. 69.º, n.º 1, prescreve que as disposições dos tratados internacionais — que, se validamente celebrados e publicados oficialmente em Espanha, fazem parte da ordem jurídica espanhola — só podem ser revogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de harmonia com as normas gerais de direito internacional. Cfr. a propósito ANTONIO FILIPPO PANZERA, *La Costituzione Spagnola del 1978 e el diritto internazionale*, Rivista, v. LXII (1979), p. 346-347. Sobre a posição geral do Direito Internacional Convencional na Constituição espanhola de 1978 veja-se, por último, MARIA LUÍSA ESPADA RAMOS, *El control interno de los tratados internacionales*, REDS, v. XXXII (1980), p. 9 e ss. e J. PUENTE EGIDO, *La celebracion de tratados internacionales en el derecho espanol y su valor normativo; derecho vigente y aspectos historicos*, Mélanges Offertes à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité, Paris, 1981, Éditions A. Pedone, p. 415 e ss.

(73) Assim MOSLER, (n. 27), p. 687-688.

(74) (n. 69), p. 512-513.

(75) Em sentido diferente se passam no entanto as coisas no seio da ordem jurídica comunitária onde se admite que o direito comunitário (quer o vazado nos tratados constitucionais quer o direito derivado criado pelos órgãos comunitários) prevalece sobre todo e qualquer direito in-

as coisas, o caso holandês não será tão especial como isso, pois, mais do que marcar em absoluto o primado do direito convencional sobre o direito constitucional, talvez não seja outra coisa, afinal, do que a consagração de um processo *ad hoc*, expedito e pontual de revisão constitucional, que permita harmonizar a lei fundamental com os compromissos que o Estado assume na ordem internacional ⁽⁷⁶⁾. Quanto à posição de GUGGENHEIM e à sua interpretação do sistema suíço, também cremos que ela se baseia em postulados que, por demais particulares à situação da Confederação Helvética, não são susceptíveis de generalização.

14. Um outro sistema reconhece ao Direito Internacional Convencional (e, mais concretamente, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pois foi a propósito deste instrumento jurídico que tal posição foi teorizada) a mesma posição reconhecida às normas constitucionais. Assim, na Áustria, após a maioria da doutrina se ter pronunciado nesse sentido ⁽⁷⁷⁾, uma lei de 1964 viria expressamente a reconhecer à Convenção Europeia o valor de lei constitucional. E, na Alemanha Federal, onde as normas convencionais em geral se encontram equiparadas a meras leis ordinárias, a doutrina tem insistido no sentido de ser reconhecido, particularmente à Convenção Europeia, o estatuto das normas constitucionais, ou, pelo menos, uma posição que garantisse a sua intocabilidade face às iniciativas posteriores do legislador ordinário ⁽⁷⁸⁾.

A consideração do problema nestes termos parece-nos contudo insatisfatória, porque incompleta, para além de se poder dizer que carece de verdadeira autonomia. É que, quando se não dá o passo descrito no número anterior, no sentido de colocar o direito convencional acima de todo e qualquer direito interno (*inclusivé* o direito constitucional), o que afinal acontece é que fica sem se saber verdadeiramente se os preceitos internacionalmente acordados podem ou não ser ultrapassados na ordem interna através de novas disposições constitucionais que disponham diferentemente, ou se, como o diz a Constituição espanhola, eles apenas podem ser postos em causa através do próprio Direito Internacional, isto é, pelo processo da denúncia ⁽⁷⁹⁾. A solução é incompleta porque a questão fica em aberto. E carece de autonomia, porque, se for resolvida no segundo sentido indicado, seremos então remetidos para a posição

em primeiro lugar descrita. Se, pelo contrário, se admitir que o direito constitucional posterior pode vir afinal a prevalecer sobre os comandos convencionais, então, o que na verdade se conseguiu com o sistema foi

terno e, também, o direito constitucional. Assim se tem pronunciado o Tribunal das Comunidades Europeias, sendo talvez a mais clara, neste sentido, a decisão proferida ultimamente no caso «Simmenthal» (cfr. o RJC, 1978-3, p. 629-658). Sobre esta decisão veja-se DOMINIQUE CARREAU, *Droit Communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal*, R.T.D.E. v. 14 (1978), p. 381 e s, e, entre nós, ISABEL JALLES, (n. 10), p. 141-147. No que toca às relações entre o direito comunitário e o direito constitucional dos Estados membros a questão parece não poder resolver-se com a mesma simplicidade, atenta a identidade e independência destes últimos e a natureza não federal das Comunidades — também neste sentido cfr. MARIA EDUARDA GONÇALVES (n. 62), p. 669, PAUL REUTER, *Organisations Européennes*, 2.^a edição, Paris, 1970, Presses Universitaires de France, p. 275 e ss., MAURICE LAGRANGE, *Le conflit entre loi et traité en droit communautaire et en droit interne*, RTDE, v. 11 (1975), p. 44, JACQUES FERSTENBERT, *L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national*, R.T.D.E., v. 15 (1979), p. 32 e ss. e JEAN-VICTOR LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 1979, «Perspectives Européennes», p. 90 e ss.

Para um quadro descritivo da forma como, nas várias instâncias jurisprudenciais dos países membros da Comunidade Europeia, têm sido consideradas as relações entre o direito comunitário e os direitos estaduais, cfr. GIANCARLO OLMÍ, *Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres*, RMC, n. 246 (Abril de 1981), p. 178 e ss., n. 247 (Maio de 1981), p. 242 e ss., e 249 (Agosto-Setembro de 1981) p. 379 e ss., e GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'ordre juridique des Communautés Européennes et le droit international*, Recueil des Cours, v. 148 (1975-V), p. 210 e ss.

- (76) Que assim é parece resultar com mais clareza se atentarmos em que a maioria usualmente necessária para a revisão constitucional é afinal a que é requerida para a aprovação dos tratados internacionais supraconstitucionais (cfr. os arts. 63.º, 65.º e 66.º, 67.º e 210.º e ss. da Constituição holandesa. Sobre o conteúdo destes artigos e a posição do direito holandês a este propósito, cfr. J. VAN DER HOEVEN, *Die Entwicklung der Offentlichen Rechts in der Niederlanden seit 1951*, Jahrbuch des Offentlichen Rechts der Gegenwart, v. 14, p. 352 e 375 e sobretudo LÉONTIN CONSTANTINESCO, *Droit Communautaire et Droit Constitutionnel néerlandais*, R.G.D.I.P., t. LXXIII (1969), p. 378, especialmente a p. 394-398),
- (77) Cfr. a notícia que desta questão dá EBERHARD MENZEL, *Verfassungsrang für die Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland?*, Recueil d'études de Droit International en hommage a Paul Guggenheim, Genève, 1968, Imprimerie de la Tribune de Genève, p. 576.
- (78) Veja-se neste sentido o sugestivo trabalho de EBERHARD MENZEL referido na nota anterior.
- (79) Cfr. *supra*, nota 72.

simplesmente impedir que aqueles pudessem vir a ser alterados pelo legislador ordinário. Com o que na prática apenas se teria garantido às normas de Direito Internacional Pactício um valor supra-legal, com a única singularidade de, para além de ineficazes, os comandos legais que as contrariassem serem ainda inconstitucionais. E com isto somos conduzidos à terceira posição.

15. Os sistemas que têm a pretensão de colocar o direito convencional acima dos poderes do legislador ordinário, mas que se preocupam, ao mesmo tempo, com a garantia da supremacia da Constituição no todo da ordem jurídica, atribuem assim àquele uma posição supra-ordenada à lei mas infra-ordenada à Constituição. Deste modo se marca de forma bem clara o particular respeito que deve ser reconhecido aos coman-

(80) Assim o art. 55.º da Constituição de 1958 (e já os arts. 26.º e 28.º da Constituição de 1946 — para uma apreciação da prática jurisdicional na vigência destes preceitos, cfr. LOUIS C. BIAL, *Some recent french decisions on the relationship between treaties and municipal law*, A.J.I.L., v. 49 (1955), p. 347 e ss.). Sobre o ponto podem ver-se, p. ex., PAUL REUTER, (n. 17), p. 61-67; J. RIDEAU, *Droit International et Droit Interne français*, Paris, 1971, Librairie Armand Colin, p. 16-21 e LOUIS FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel et le droit international*, A.F.D.I., 23 (1977), p. 95 e ss. A aplicação desta regra pelos tribunais franceses não tem sido sempre coincidente nas mais altas magistraturas civil — no que a esta se refere saliente-se que, de acordo com PH. FRANCESKAKIS (*Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires*, *Revue*, v. 58 (1969), p. 425 e ss), que propõe uma interpretação restritiva do art. 55 da Constituição francesa, a *Cour de Cassation* se inclinaria de preferência para a uma equiparação do tratado à lei interna — administrativa e constitucional. (Ilustrando tais divergências cfr. EMMA-NUEL DECAUX, *La décision du Conseil Constitutionnel du 30 décembre 1980*, R.G.D.I.P. v. 85 (1981) p. 601 e ss, FRIED WEISS, *Self Executing Treaties and directly applicable EEC Law in French Courts*, *Legal issues of European integration*, 1971-1, p. 51 e ss., e os relatórios de A. BLONDEAU e N. QUESTIAUX inseridos em *L'application du droit international par le juge français*, Paris, 1972, Librairie Armand Colin, p. 43 e ss. e 63 e ss.). Para a forma como têm sido conciliadas as diversas posições e as potencialidade de conflito subsistentes, veja-se, por último, GEORGE BERMAN, *French Treaties and French Courts: Two Problems in Supremacy*, I.C.L. Q. v. 28 (1979), p. 458, e ss. Tenha-se presente, contudo, que na prática, a situação se apresenta menos favorável ao primado do Direito Internacional convencional sobre a lei ordinária do que a aparente clareza do texto constitucional pareceria impor: com efeito, não foi há muito (15 de Janeiro de 1975) que num decisão que ficou célebre, o Conseil Constitutionnel se considerou incompetente para apreciar a conformidade de uma lei no caso, a lei — sobre a interrupção voluntária da gravidez, dita lei Veil (do nome do ministro que a defendeu no Parlamento, Simone Veil) ou lei sobre o aborto — com um tratado anterior — precisamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Comentando criticamente esta decisão e as suas consequências, que se traduzem no fundo em esvaziar de sentido o princípio da

dos internacionais (e se reafirma a vontade que esteve presente e foi determinante na sua assinatura), sem, ao mesmo tempo, em homenagem à especificidade estadual, deixar de reconhecer ao legislador, quando revestido da sua veste mais importante — a constituinte — a possibilidade de agir livremente na conformação da sociedade estadual.

É o que se passa por exemplo em França ⁽⁸⁰⁾ e na Grécia ⁽⁸¹⁾, onde os respectivos textos constitucionais proclamam claramente o primado do Direito Internacional recebido sobre as leis ordinárias posteriores que lhe sejam contrárias. E a mesma solução é defendida pela doutrina na Bélgica ⁽⁸²⁾ e na Itália ⁽⁸³⁾ onde, no entanto, não é confortada pelo disposto nos textos constitucionais.

supramacia dos tratados constante da Constituição, cfr. DAVID RUZIÉ, *La Constitution française et le droit international (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 15 Janvier 1975)*, Clunet, v. 102, p. 248 e ss. Num sentido posto ao da citada decisão, e defendendo precisamente a competência do *Conseil Constitutionnel* para apreciar a conformidade de uma lei a um tratado, cfr. na doutrina francesa, FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen*, Mélanges MARCEL WALINE, Paris, 1974, L.G.D.J., p. 571 e ss., LOUIS FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité*, Mélanges Eisenmann, Paris, 1975, Cujas p. 40 e ss. e A COCATRE-ZILGIEN, *Constitution de 1958, droit international, relations extérieures et politique étrangère*, AFDI, 1958, p. 647 e ss. Sobre a posição infra-constitucional reconhecida em França ao Direito Internacional Convencional recebido cfr. NGUYEN QUOC DINH, *Le Conseil Constitutionnel français et les règles du droit public international*, R.G.D.I.P., v. 80 (1976), p. 1001 e ss. e CLAUDE BLUMANN (*L'article 54 de la Constitution et le controle de la constitutionnalité des traités en France*, R.G.D.I.P., v. 82 (1978), p. 537) onde se comentam algumas recentes decisões do Conseil Constitutionnel que reafirmam a doutrina da inconstitucionalidade das transferências de soberania para instâncias supranacionais, funcionando assim, de certa forma, como travões ao desenvolvimento de construção europeia. Sobre a posição do Conseil Constitutionnel face à ordem jurídica comunitária, cfr. FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la communauté européenne*, R.T.D.E., v. 15 (1979), p. 391 e ss. e o relatório de DAVID RUZIÉ publicado em *L'application du droit international par le juge français*, Paris, 1972, Librairie Armand Colin, p. 113 e ss. No que toca à atitude do Conseil d'État veja-se a posição crítica de ROGER PINTO, *Nationalisme Jucidique et Droits de l'Homme*, Mélanges Paul Reuter, P. 407 e ss. Em particular sobre a posição da Convenção Europeia no ordenamento jurídico francês cfr. LOUIS PETITTI, *L'applicabilité directe de la Convention en droit français*, Annales de l'Université des Sciences Sociates de Toulouse, t. 29 (1981), p. 57 e ss.

(81) Cfr. o art. 28.º § 1.º da Constituição de 1975, e J. ROUCOUNAS, *Le Droit International dans la Constitution de la Grèce du 9 juin 1975*, Rev. Hell., V. 29 (1976), p. 65.

(82) Assim PAUL DE VISSCHER, *Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi*, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, cit. n. 77, p. 605 e s. e JEAN J.-A. SALMON e ERIK SUY, *La pri-*

Por este processo, conferindo às normas internacionais pactícias um valor supra-legal, ao mesmo tempo que se mantém a sua subordinação à Constituição, se evita pôr em causa a supremacia desta como fonte primária e critério de legitimidade de toda a ordem jurídica, enquanto se garante que o Direito Internacional recebido não poderá ser afastado, a seu bel prazer, pelo legislador interno. O Estado fere assim de ineficácia, na sua ordem interna, os actos legislativos ordinários que, contrariando compromissos anteriormente assumidos na área interestadual, o fariam incorrer em responsabilidade internacional.

*mauté du droit international sur le droit interne, in L'adaptation de la Constitution Belge aux réalités internationales, 1966, Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, p. 67 e ss.); veja-se ainda, no mesmo sentido, o Rapport de Synthèse de PAUL DE VISSCHER inserido neste último volume a págs 119 e ss. A revisão constitucional de 1968 não consagrou, no entanto, o princípio da supremacia do tratado sobre a lei. Mas ele consta de um projecto governamental que se espera venha a ser apresentado à deliberação das Câmaras constituintes. Para algumas observações ao texto deste projecto e uma defesa cerrada do princípio, cfr. W.J.GANSHOF VAN DER MERSCH, *Reflexions sur le Droit International et la revision de la Constitution Belge*, R.B.D.I., v. 5 (1969), p. 1.*

- (83) Na Itália, no entanto, apenas parte da doutrina adere a esta posição. Cfr. neste sentido p. ex. BENEDETTO CONFORTI, *La specialità dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri, v. II, Milão, 1978, Vita e Pensiero, p. 187 e GIUSEPPE SPERDUTI, *Indirizzo ai giuspublicisti per una riconsiderazione dell'efficacia interna dei trattati*, Rivista di Diritto Internazionale, v. 57 (1979), p. 101. Posição idêntica parece valer igualmente na Polónia (cfr. STEFAN ROZMARIW, *Les traités internationaux dans le droit constitutionnel de la République Populaire de Pologne*, Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, 1964, Éditions A. Pedone, p. 311 e s) e na Hungria, se for lícito estender à totalidade da ordem jurídica deste país o princípio que é válido no plano do direito internacional privado — veja-se o § 2 do Decreto-Lei n. 13, de 31 de Maio de 1979, citado por PAUL SZIGETI, *Codification du droit international privé en Hongrie*, Clunet, v. 107 (1980), p. 636.
- (84) Cfr. por exemplo, SEIDL-HOHENVELDERN (n. 28), p. 129 e ss. Diferentemente, o artigo 25.º da Constituição de Bonn reconhece ao direito internacional consuetudinário um valor supra-legal. Desta forma se distingue do texto de Weimar, onde não era reconhecido na ordem interna o primado do Direito Internacional geral sobre o direito interno posterior, retomando-se assim o que fora proposto no projecto inicial de Weimar (da autoria do Ministro da Justiça Hugo Preuss) onde tal tese era defendida (Sobre as vicissitudes sofridas pelo preceito da Constituição de Weimar referente a esta questão cfr. ALFRED VERDROSS, *L'historique de l'article 4 de la Constitution allemande de Weimar*, Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri, v. II, Milão, 1978, Vita e Pensiero, p. 652 e s.). A Constituição austríaca de 1920, ao contrário, mantém, no seu artigo 9.º, a solução de Weimar, não assegurando portanto a prevalência do Direito Internacional Geral sobre o direito interno posterior (assim, ALFRED VERDROSS, *Diritto Internazionale e diritto interno secondo le Costituzioni tedesche e austriache*, Rivista, v. LIX (1976), p. 11) e IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Relation of*

16. Finalmente, um outro grupo de Estados adopta a este propósito uma posição diferente. Para eles, as normas dos tratados internamente recebidos estariam precisamente no mesmo pé que as vulgares leis ordinárias. O tratado prevaleceria, pois, sobre a lei interna anterior, mas, pelo mesmo princípio, teria de ceder face aos preceitos legislativos posteriores que contrariassem os seus comandos. É a solução que, quanto ao Direito Internacional Convencional, prevalece na Alemanha⁽⁸⁴⁾, na Itália⁽⁸⁵⁾, na Inglaterra⁽⁸⁶⁾, nos Estados Unidos⁽⁸⁷⁾, no Canadá,^(87-a) e na Austrália.^(87-b)

International Law to internal Law in Austria, A.J.I.L., v. 49 (1955), p. 451 e ss). No que toca, porém, ao Direito Internacional Convencional, a tradição foi sempre no sentido da proeminência do direito legislado posterior sobre os tratados internacionais. Ao que não seria estranha a circunstância de a «recepção» destes na ordem interna se fazer pelo sistema da transformação. Cfr. MOSLER (n. 27), p. 683, PAUL REUTER, (n. 17), p. 69-70 e REINHARD RACK (n. 26). De acordo com este último autor o sistema enfermaria de algumas contradições, tendo a superioridade do direito interno sobre o Direito Internacional sido entretanto abandonada pela doutrina, mas sem que esta última orientação viesse a ser consagrada nas incompletas reformas acolhidas posteriormente. Nestes termos, e dado o rigorismo da Constituição austríaca, a assimilação tratado-lei conduziu a que os instrumentos convencionais tenham por vezes que ser adoptados segundo os quadros da Revisão Constitucional. Posição diferente reserva porém o art. 24.º da Constituição de Bonn ao direito comunitário.

Sobre o sistema alemão de compatibilização dos Tratados Internacionais com a Constituição, cfr. LEONTIN CONSTANTINESCO, (n. 60), p. 424.

- (85) A posição italiana é claramente marcada pela circunstância de ser o sistema da transformação que preside à eficácia das normas internacionais pactícias na ordem interna italiana. Assim, é minoritária a posição daqueles autores que (cfr. as referências feitas supra, na nota 83) sustentam o princípio da especialidade, que justificaria a precedência do Direito Internacional sobre o direito interno posterior. A doutrina dominante subscreve ainda a tese tradicional, segundo a qual, «nos termos do ordenamento vigente (os acordos internacionais) não produzem por si efeitos jurídica no interior da ordem jurídica estadual, apenas adquirindo eficácia através da lei que os torna executórios e que, como lei ordinária e não constitucional que é, pode ser modificada por outra lei ordinária» (Assim, p. ex., a *Corte di Cassazione*, 3.ª secção penal, sentença n.º 695, de 21 de Março de 1975 e, para maiores desenvolvimentos, ANDREW DRZEMCZEWSKI, *Somme remarks about the status of the European Human Rights Convention in the italian legal order*, Rev. Hell., v. 31 (1978), p. 226, 229 e 234). Mas o debate sobre a questão continua. Na mais recente contribuição para um reexame do problema, GIUSEPPE SPERDUTI, depois de salientar que a dificuldade persiste hoje porque deixou de haver uma consonância automática entre o direito interno e o Direito Internacional, sublinha a necessidade de promover uma coordenação desses dois sistemas, que só seria possível com o primado do Direito Internacional no sistema de direito interno (*Il primato del Diritto Internazionale nel sistema del diritto interno*, Rivista di Diritto Internazionale, v. 61 (1978), p. 205 e s.). Sobre o ponto cfr. ainda LUIGI CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Pádua, 1974, CEDAM, esp. p. 126 e 138 e, de novo, GIUSEPPE SPERDUTI, *Trattati Internazionali e Leggi dello Stato*, Rivista, v. 65 (1982), p. 5 e ss.

Trata-se de seis países que, por razões diferentes embora, ligam esta posição a orientações mais gerais. No caso dos dois primeiros, ela decorre da doutrina dualista de TRIEPEL e ANZILOTTI no que toca às relações entre a ordem jurídica interna e a internacional. Dela se faz derivar o sistema da transformação, como forma necessária de inserção das normas internacionais convencionais na ordem jurídica nacional, assim se

(86) No Reino Unido a solução do nosso problema decorre, quer da regra geral que se opõe a toda e qualquer prática que limite a plena liberdade do Parlamento de actuar na sua esfera de competência própria (a este propósito, cfr. J.D.B.MITCHELL, *Sovereignty of Parliament — Yet Again* L.Q.R. v. 79 (1963), p. 196 e ss.), quer do sistema de recepção dos tratados internacionais. Com efeito, ao contrário do Direito Internacional Geral, que, de acordo com o célebre princípio de Blackstone — international law is a part of the law of the land (sobre este princípio e a sua posterior generalização à maioria das Nações civilizadas cfr. PAUL DE VISSCHER, *Les tendances internationales des Constitutions modernes*, Recueil des Cours, n.º 80 (1952 — I), p. 522 e s.). — é directamente aplicável na ordem interna inglesa, os tratados só podem ser incorporados no direito inglês através de um especial *act of Parliament* (este princípio, de validade tendencialmente geral, comporta no entanto algumas excepções que, por não ferirem o seu espírito, omitiremos aqui — para a sua inventariação veja-se D. LASOK (n. 15), p. 969-978). De acordo com este sistema de recepção (cfr. a propósito J.L. BRIERLY, *Direito Internacional* (tradução portuguesa), 2.ª edição, Lisboa, s. d., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 85 e s., P. REUTER (n. 17), p. 68-69 D. LASOK (n. 15), p. 978-980 e JACQUELINE DUTHEL DE LA ROCHÈRE, *Le droit international fait-il part du droit anglais?*, Mélanges Paul Renter, *cit.*, p. 243 e ss.) o tratado não confere qualquer especificidade às normas nele contidas e, em nome da soberania do Parlamento, a sua alteração é possível através de qualquer comando de nível semelhante àquele que operou a sua inserção na ordem jurídica inglesa — a situação resultante da aplicação de um posterior *act of Parliament* em violação do disposto nas normas convencionais recebidas dará lugar, claro está, à responsabilidade internacional. A rigidez do sistema inglês parece revelar uma posição mais geral desta ordem jurídica, hostil à aceitação de comandos jurídicos providos do exterior sem que previamente tenha tido lugar a sua completa «nacionalização» — um eco desta tendência se poderá igualmente ver, em matéria de competência internacional dos tribunais, na posição perfilhada por Lord Salmon, no caso *MacShannon*, ao recusar-se a, mau grado as similitudes de fundo, reconhecer a recepção pelo direito inglês da doutrina escocesa do *forum non conveniens* (cfr., a propósito e neste preciso sentido, o artigo de HELENE GAUDEMET-TALLON e DENIS TALLON, *Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des lords. Nouveaux développements*, Revue, v. 68 (1979), p. 691-692).

No que toca à Convenção Europeia, o sistema vigente em Inglaterra e cujas raízes e razão de ser tentámos precisar, explica que, tendo ela sido assinada e ratificada por aquele país, não possa ser enquanto tal invocada perante os tribunais britânicos como fonte de direito. O que não significa que ela não desempenhe um certo papel no interior do sistema jurídico deste estado, quer através da pesunção, aceite a nível jurisprudencial, de que o Reino Unido não legisla em sentido contrário aos seus compromissos internacionais, quer pelo recurso à ideia de que a Convenção integraria a *Common law* (como direito consuetudinário, como elemento da or-

acarretando a autêntica nacionalização do Direito Internacional a que já nos referimos ⁽⁸⁸⁾. Como direito nacional que era, afinal, ele poderia ser afastado por qualquer nova manifestação em sentido contrário do legislador interno. No que toca aos países de raiz anglo-saxónica, a posição afirmada deriva do dogma da soberania absoluta do Parlamento e da consequente atitude reservada face a quaisquer fontes de Direito de origem supranacional.

Temos assim uma posição que nos surge como que por via dedutiva, e reclamando-se de uma lógica que não é decerto a que assume como prioridade essencial o interesse da melhor aplicação do Direito Internacional na ordem interna. Com a ideia de livre revogabilidade recíproca, nos termos gerais, das várias fontes de Direito (qualquer que seja a sua origem) procura-se afinal garantir a absoluta liberdade de meios, no plano interno, do legislador estadual, a quem a todo o momento é reconhecida a liberdade de, com violação embora das suas obrigações internacionais, afastar livremente, na ordem interna, a observância dos preceitos a cujo cumprimento se tinha vinculado na esfera internacional. Respondendo embora às exigências da soberania estadual, esta orientação, na medida em que efective a possibilidade que abre, não poderá deixar de ser fonte de litígios internacionais.

17. Indo já longo o quadro comparativo de soluções que nos propuseramos traçar, importa agora volver à ordem jurídica portuguesa para indagar em qual (ou quais) das categorias básicas descritas se tem ela inserido.

Anteriormente à Constituição de 1933, MACHADO VILLELA era de opinião que, ofendendo embora o Direito Internacional, o juiz português não podia deixar de aplicar uma lei interna que explicitamente contrariasse um tratado (ou mesmo o Direito Internacional consuetudinário) anterior. E admitia, do mesmo passo, que o tratado prevaleceria sobre as leis internas anteriores. De acordo com esta construção ⁽⁸⁹⁾, estaríamos perante o sistema há pouco descrito em último lugar — o da igualdade entre o tratado e a lei. Muito embora MACHADO VILLELA sublinhe a existência da presunção de que o legislador nacional se não teria pretendido afastar do Direito Internacional, com cuja vigência na ordem interna concordara — o que justificaria que a lei interna posterior

ao tratado devesse sempre que possível ser interpretada em consonância com as disposições deste (é o princípio da harmonia ⁽⁹⁰⁾) — não deixa de dar, de forma muito nítida, a preferência à lei interna, sempre que seja patente a ruptura de sentido entre ela e a norma internacional. Em abono desta posição, invoca o autor, simplesmente, a ideia de que o tribunal é órgão do Estado para aplicação da lei do mesmo Estado. Este *considerandum* esgotaria todo o problema.

A entrada em vigor da Constituição de 1933 veio, no entanto, alterar este estado de coisas. A unanimidade da nossa doutrina ⁽⁹¹⁾ pronunciava-se, claramente, perante os seus preceitos, a favor do valor supra-legal dos tratados recebidos na ordem interna ⁽⁹²⁾. Neste sentido se invocavam várias normas constitucionais de cujo teor literal se retira, com toda a facilidade, a ideia de que, não só existe uma prevalência geral do Direito Internacional sobre o direito interno ⁽⁹³⁾, como ainda que a potencial produção legislativa posterior haveria de conformar-se ao Direito Internacional recebido ⁽⁹⁴⁾. As leis internas que contrariassem o disposto em tratados anteriores estariam assim feridas do vício de inconstitucionalidade material, ao violarem um princípio constitucional — o da supremacia do tratado sobre a lei — que se retiraria do disposto em várias normas constitucionais. E, como, de acordo com a Constituição de 1933 ⁽⁹⁵⁾, a inconstitucionalidade material de qualquer diploma podia ser sempre apreciada pelos tribunais, estes recusariam a aplicação das leis ordinárias que contrariassem tratados anteriores, assim se assegurando, de facto, a primazia do direito convencional sobre o direito interno posterior.

A esta doutrina foi no entanto introduzida uma reserva pelo Prof. AFONSO QUEIRÓ, a partir da revisão constitucional de 1971. Em consonância com a viragem no sentido de uma interpretação de sentido dualista, que este autor reconhece nas alterações constitucionais na altura le-

dem pública, ou surgindo nos casos em que não existe um qualquer precedente). Sobre este ponto, cfr. P.J. DUFFY, *English law and the European Convention on Human Rights*, J.C.L.Q., v. 29 (1980), p. 585 e ss.

(87) Neste país continua com efeito a seguir-se a célebre orientação do juiz Taft formulada há mais de meio século: *a treaty may repeal a statute, and a statute may repeal a treaty* (cfr. UNITED NATIONS, *Reports on International Arbitral Awards*, v. I, p. 386). A justificação, de forma análoga à que vimos ser aventada em Inglaterra, reside ainda no princípio da soberania do Congresso (cfr. MOSLER, (n. 27), p. 683).

vadas a cabo ⁽⁹⁶⁾, vem a sustentar que a superioridade do Direito Internacional Convencional sobre a lei ordinária, existente e garantida à face da nossa ordem jurídica na vigência do texto inicial da Constituição de 1933, cedia agora o passo ao sistema da perfeita equiparação tratado-lei, que não garantia aquele contra as disposições contidas em leis internas posteriores que o contrariassem ⁽⁹⁷⁾. E isto porque, no seu entendimento, a transformação do Direito Internacional em direito interno, pressuposto necessário, a partir de então, para a vigência daquele na ordem estadual, o colocava em posição formal perfeitamente idêntica à da lei ⁽⁹⁸⁾ — assim se regressando à concepção defendida por MACHADO VILLELA anteriormente ao advento da Constituição de 1933 ⁽⁹⁹⁾.

18. Apontadas as soluções defendidas para o nosso problema no sistema jurídico português, na vigência de dados legais hoje superados,

(87-a) Cfr., de ANNE-MARIE JACOMY MILLETTE, o estudo citado *supra* na nota 26 e RONALD ST. JOHN MAC DONALD, *Conventional International Law and the domestic Law of Canada*, Ins et Societas. Essays in tribute to Wolfgang Friedmann, The Haygne, 1979, Martins Nijhoff, p. 220 e ss.

(87-b) Para uma apreciação da posição do Direito Internacional Convencional no sistema australiano, cfr. CHARLES HENRY ALEXANDROWICZ, *International Law in the Municipal Sphere according to Australian decisions*, J.C.L.Q., v. 13 (1964), p. 86 e ss.

(88) Cfr. *supra*, in 4.

(89) (n. 34), p. 54 e 55.

(90) Cfr., por exemplo, MOSLER, (n. 27), p. 681.

(91) Cfr., por exemplo, MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 92 e s. e nota 92, FERRER CORREIA, (n. 39), p. 37-38 (ainda que de forma duvidosa), ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, (n. 38), p. 293 e 305 e AFONSO QUEIRÓ, (n. 56), p. 9-11. No mesmo sentido se pronunciou a nossa jurisprudência quando, a propósito do problema surgido pelas isenções de sisa e do imposto sobre as sucessões e doações, previstas na Concordata e não retomadas no respectivo Código, foi chamada a dirimir a questão. Veja-se a notícia do diferendo em MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 107, nota 103.

(92) GALVÃO TELES refere algumas dúvidas, mas apenas no que toca aos acordos em forma simplificada — ponto que, como já referimos, exorbita do âmbito deste estudo (cfr. (n. 14), p. 93).

(93) Cfr. o art. 3.º da Const. de 1933.

(94) Significativos a este respeito são os arts. 139.º, 140.º e 141.º da Const. de 1933, referidos por GALVÃO TELES.

(95) Cfr. o art. 123.º da Const. de 1933.

importa agora situar a questão no contexto actual, isto é, à face das disposições pertinentes da Constituição de 1976. Mau grado a inexistência de qualquer preceito onde, à semelhança do que acontece noutras Constituições, a dificuldade seja frontalmente encarada e resolvida, cremos poder afirmar que duas ideias-chave devem presidir à interpretação dos dados constitucionais existentes, e à sua ordenação, no intuito de se encontrar uma resposta ao problema em análise. A primeira, é a de que deve entender-se ocupar, entre nós, o Direito Internacional Convencional, uma posição infraconstitucional, estando portanto a sua aplicação na ordem interna dependente da sua conformidade aos preceitos da nossa lei fundamental. E a segunda, aponta para o seu valor supra-legal, pelo que as leis internas posteriores a um tratado internamente recebido que contrariem o disposto nos seus comandos não poderão, nessa medida, ser aplicadas pelos tribunais.

Começaremos por tentar a demonstração do primeiro vector referido. A infra-ordenação do direito convencional face à Constituição deduz-se claramente, entre nós, das disposições da lei fundamental concernentes ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas. Desde logo, o art. 277.º n.º 1, parece claro, ao incluir no controle preventivo da constitucionalidade, a levar a cabo pelo Conselho da Revolução, também os actos de aprovação dos tratados internacionais que, por revestirem a forma de lei ou decreto-lei, haverão de ser promulgados pelo Presidente da República ⁽¹⁰⁰⁾ — donde decorre que, ao sujeitar os tratados a este regime, se pretende sublinhar que eles se encontram hierarquicamente dependentes da Constituição. Por outro lado, chega-se a igual conclusão, e com mais clareza, a partir do art. 280.º da Constituição, que trata da inconstitucionalidade por acção das normas jurídicas. Nele se diz, com efeito, sem exceptuar os comandos de Direito Internacional recebido, que as normas que infringjam o disposto na Constituição ou os

(96) E a que já atrás nos referimos. Cfr. *supra*, n.º 10, p. 124.

(97) No que tange ao Direito Internacional Consuetudinário, sustenta, no entanto, AFONSO QUEIRÓ que o sistema delineado em 1933 permanece intocado. Cfr. (n. 56), p. 13-16.

(98) Conquanto, na sua opinião, o acto que realizava a transformação do Direito Internacional Convencional em direito interno fosse um acto de governo, e não um acto materialmente legislativo. De qualquer modo, a Constituição dar-lhe-ia um alcance legislativo, ainda que apenas implicitamente. Cfr. (n. 56), p. 18.

princípios nela consignados são inconstitucionais, determinando-se a paralização da sua aplicação pelos tribunais — pelo que deve concluir-se (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) que este regime vale igualmente para as normas de Direito Internacional recebidas na ordem interna. E este entendimento sai ainda reforçado pelo n.º 3 do mesmo artigo, onde se prevê um regime especial para a inconstitucionalidade formal ou orgânica das convenções internacionais⁽¹⁰¹⁾. Parece, assim, que a inconstitucionalidade material dos tratados e convenções internacionais está *a contrario sensu* incluída no art. 280.º n.º 1, cabendo-lhe, portanto, o regime geral do n.º 2 deste artigo, e que os tratados internacionais apenas suscitam, em sede de controle da constitucionalidade, uma especificidade, que se traduz numa atenuação especial dos efeitos típicos deste vício, quando se esteja apenas perante uma inconstitucionalidade orgânica ou formal⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾. Seja como for, o que se afigura

(99) (n. 56), p. 23.

(100) Este preceito é também invocado por ALBINO SOARES, (n. 62), p. 31, GOMES CANOTILHO, *Ordem Constitucional, Direitos Fundamentais e Partidos Políticos*, in *Nação e Defesa*, n.º 10, p. 103, e JORGE MIRANDA. *As competências constitucionais no domínio da política externa*, in *Nação e Defesa*, n.º 14, p. 37. E note-se que a solução não decorre apenas da prática, por nós já criticada (*supra*, nota 10), que tem vindo a fazer aprovar os tratados, para ratificação, através de lei da Assembleia da República, e não de resolução. Com efeito, ainda que se seguisse a forma que cremos correcta — a aprovação através de resolução — sempre a resolução careceria, para poder ser publicada, da promulgação do Presidente da República (cfr. o art. 160.º, n.º 5 da Constituição), e nesse caso não deixaria de estar igualmente sujeita ao controle preventivo, que se aplica também aos «decretos» que consistam na aprovação de tratados ou acordos internacionais (n.º 1 do art. 277.º) — só assim não seria se o termo «decreto» apenas se referisse às propostas e projectos de lei aprovados na Assembleia da República, e ainda não promulgados, e não já às resoluções que se encontram em situação idêntica. Mas o vocábulo decreto parece dever abranger as duas hipóteses (assim, JORGE MIRANDA, *Decreto* (separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública, Coimbra, 1974, p. 11; expressamente no sentido de que os tratados e convenções internacionais estão sujeitos à fiscalização preventiva na Constituição de 1976, cfr. JORGE MIRANDA, *Sobre a possível criação de um Tribunal Constitucional*, in *Democracia e Liberdade*, n.º 15, p. 72.) Aliás, e posto que se não alcance facilmente a justificação para a exigência de promulgação das resoluções da Assembleia da República que aprovam tratados internacionais, sobretudo quando se tem presente que semelhante regime não é o estabelecido para os actos idênticos de outros órgãos de soberania — Governo e Conselho da Revolução — é-se levado a pensar (e, expressamente neste sentido, cfr. G. CANOTILHO-VITAL MOREIRA, (n. 10), p. 339) que tais disposições visam apenas sujeitar ao controle preventivo os tratados internacionais aprovados para ratificação pela Assembleia da República — o que não deixa de ser insólito, se tivermos em conta que desse regime estão libertos os tratados cuja aprovação ca-

inarredável é a conclusão de que, sendo passíveis do juízo de inconstitucionalidade, os tratados internacionais não podem deixar de ser considerados como sujeitos à Constituição — e a ela hierarquicamente subordinados.

be ao Governo ou ao Conselho da Revolução. Mas não vemos outra forma de justificar o regime especial das resoluções parlamentares de aprovação de tratados internacionais previstos no art. 169.º n.º 5, da Constituição.

- (101) Regime especial que se caracteriza pela circunstância de a inconstitucionalidade formal ou orgânica das convenções internacionais não impedir a sua aplicação na ordem interna portuguesa, salvo se a impedir na ordem interna de outra ou das outras partes (art. 280.º, n.º 3 da Const.).
- (102) Neste sentido, cfr. GONÇALVES PEREIRA, (n. 10), p. 41-43, BESSA LOPES (n. 6), p. 100; VITAL MOREIRA-GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 482; JORGE MIRANDA, (n. 10), p. 150. e PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1981, p. 64. MARIA ISABEL JALLES, (n. 10), p. 98, refere como possível uma outra interpretação (a de o silêncio da Constituição, quanto à inconstitucionalidade material dos tratados internacionais, poder significar que, quanto a estes, o legislador constituinte se bastaria com o sistema de controle previsto no art. 277.º) para lhe levantar depois as maiores dúvidas.
- (103) O regime especial da inconstitucionalidade formal ou orgânica dos tratados internacionais consagrado na Constituição faz apelo à ideia de reciprocidade, na sua aplicação pelos outros Estados a eles internacionalmente vinculados, e tem sido fortemente criticado pela doutrina portuguesa (assim GONÇALVES PEREIRA, (n. 10), p. 43, e VITAL MOREIRA-GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 501-502). O mesmo acontece, aliás, nos países que têm optado por idêntica solução: ela não tem estado ao abrigo da crítica doutrinal que sublinha as suas vantagens, o risco e a insegurança que gera nas relações privadas e a impossibilidade prática, em que o juiz nacional se encontraria, de proceder às indagações necessárias para a sua aplicação. Assim, em França, e tendo em conta o art. 55.º da Constituição, cfr. COCATRE-ZILGIEN, (n. 80), p. 647 e ss., LOUIS DUBOUIS, *Le juge administratif français et les règles du droit international*, AFDI, v. XVII (1971), p. 21 e ss., CHARLES ROUSSEAU, *La Constitution de 1958 et les traités internationaux*, Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris, 1962, Éditions A. Pedone, p. 471-472, PAUL LAGARDE, *La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne*, Revue, v. 64 (1975), p. 25-44, e *La réciprocité en droit international privé*, Recueil des Cours, v. 154 (1977 — I), p. 187-188, e MICHEL RENARD, *L'interprétation de l'article 55 de la Constitution par les tribunaux judiciaires dans l'application des traités internationaux*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Anos 1975-1977, p. 151-175; e na Grécia, em relação com o art. 28.º da Constituição de 1975, cfr. J. ROUCOUMAS (n. 81), p. 66-70.

Para além das razões alinhadas por estes autores cremos sobretudo ser de notar que a ideia de reciprocidade, se teve o seu lugar na construção de um Direito Internacional clássico, sobretudo baseado na regulamentação de relações interestaduais, é hoje manifestamente inadequada para um Direito Internacional cujo conteúdo se tem expandido ultimamente a sectores novos (ilustrando os passos dados pelo Direito Internacional em ordem a abrir zonas de pon-

Já para apoiar a segunda coordenada acima referida o texto constitucional vigente nos é de menor auxílio. Não há, com efeito, qualquer disposição da lei fundamental donde resulte claramente a natureza supra-legal do Direito Internacional Convencional recebido na ordem interna⁽¹⁰⁴⁾. Mas tão-pouco se encontrará um preceito que a afaste de forma determinante, de molde a impor o entendimento de que os Tratados

ta, de particular incidência na problemática científica dos nossos dias, veja-se a tentativa de criar uma regulamentação internacional que controle as práticas e experiências vulgarizadas sob a expressão de *manipulações genéticas* — cfr. a este propósito YVONNE CRIPPS, *A New Frontier for International Law*, I. C. L. Q., v. 29 (1980), p. 1, e EIKE von HIPPEL, *Weltprobleme als Herausforderung*, ZVglRWiss, 79 (1980), p. 262) e que mais do que pela busca de um equilíbrio nas relações entre os Estados, olhados singularmente e como portadores de vontades divergentes e porventura contrapostas, se caracteriza, antes, por procurar efectivar a tutela de interesses considerados comuns a toda a Humanidade e cuja protecção não pode ser levada a cabo apenas pelo Estados singularmente colocados (transformação esta do Direito Internacional que decorre paralelamente com a mutação da Sociedade Internacional a que fizemos referência *supra*, no n.º 2 deste trabalho — sobre tudo isto, cfr. WOLFGANG FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Londres, 1964, Stevens e Sons). E é claro que a noção de reciprocidade não tem qualquer lugar neste novo quadro, pois que, como é evidente, de nada importa aqui, não estando em causa a garantia do equilíbrio de interesses entre os Estados, o cumprimento pelos outros Estados das suas obrigações internacionais, para que cada uma das altas partes contratantes decida da sua execução na sua ordem interna. O ponto é isento de dúvidas numa matéria como aquela sobre que nos debruçamos — a protecção dos direitos do Homem —, atentas as suas especiais características que a integram perfeitamente no conjunto de temas que escapam à regulamentação do Direito Internacional clássico (e isto mesmo reconhece J. ROUCOUNAS (n. 81), p. 70, quando sublinha, invocando de resto nesse sentido o art. 60.º, §5.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que em matéria de protecção dos direitos do Homem não faz sentido falar em reciprocidade — afirmação que não pode deixar de merecer o nosso apoio em função das considerações precedentes). Mas, como vimos, mesmo no quadro do Direito Internacional clássico, a condição de reciprocidade parece de afastar, e à face do nosso sistema tem-se proposto a sua substituição pela fórmula consagrada no art. 46.º da Convenção de Viena, que admite a invocação, na ordem internacional, como elemento viciador do consentimento do Estado e gerador da sua nulidade, da circunstância de ter sido violada, de forma manifesta, uma regra de direito interno de importância fundamental referente ao *treaty making power* — solução que traduz igualmente uma certa predominância do Direito Internacional sobre o Direito Constitucional (assim PAUL REUTER, *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, Paris, 1970, Librairie Armand Colin, p. 11, e, de algum modo, ainda que menos afirmativamente, JEAN HOSTERT, *Droit International et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 Mai 1969*, AFDI, 1969, p. 92 e s., esp. a p. 121; nas págs. 100 a 109 deste estudo encontrar-se-á a análise do debate travado na Conferência a propósito da questão que nos ocupa) na ordem internacional e que, se introduzida no nosso ordenamento jurídico, implicaria de alguma forma a extensão à ordem interna de tal preponderância (para alguns problemas suscitados por aquela disposição, cfr. THEO-

estão afinal, e com todas as consequências, apenas numa posição de rígida equiparação às leis internas ⁽¹⁰⁵⁾. Em face do que, autores há que se limitam a sublinhar a dificuldade de interpretar o silêncio da lei, nada adiantando quanto à solução desta questão concreta ⁽¹⁰⁶⁾. Outros, porém, perfilham o ponto de vista a que aderimos, pronunciando-se pela superioridade do direito convencional recebido ⁽¹⁰⁷⁾.

Esta nos parece ser com efeito a melhor doutrina. Desde logo, tal posição é a mais consentânea com o sistema de recepção do Direito Internacional Convencional adoptado entre nós. Com efeito, sendo o Direito Internacional automaticamente recebido, como Direito Internacional que é, sem qualquer acto de «nacionalização» por parte da ordem jurídica portuguesa, parece que a razão de ser última desta solução — o interesse da conformidade da ordem jurídica interna à ordem jurídica internacional — só é realizado cabalmente através da solução que propomos, sem a qual tal interesse não logra a devida protecção. De facto, e esta é uma outra razão, ainda que incindivelmente ligada à anterior, é necessário garantir ao Direito Internacional, na hierarquia das fontes de

DOR MERON, *Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Ultra Vires Treaties): Some recent cases*, B.Y.I.L., v. 49 (1978), p. 175 e ss.). De qualquer modo, a solução entre nós adoptada é sem qualquer dúvida de repudiar. De resto, a condição de reciprocidade é hoje objecto de um juízo negativo também no direito internacional privado (cfr. PAUL LAGARDE, *La réciprocité, cit., passim* e, no direito processual civil internacional, enquanto pressuposto do reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras (cfr. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado — Aditamentos: Do Reconhecimento e Execução das Setenças Estrangeiras*, Coimbra, 1973, p. 48-50).

- (104) Veja-se, no entanto, em sentido contrário, a posição do Prof. AFONSO QUEIRÓ (n. 10), p. 330, que faz decorrer directamente tal conclusão do disposto no art. 8.º n.º 2 da Constituição.
- (105) Neste sentido se pronunciam no entanto GONÇALVES PEREIRA (n. 10), p. 40, e GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA (n. 10), p. 44-45. Estes autores, depois de afirmarem que das palavras finais do n. 2 do art. 8.º (*enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português*) não decorre para o Estado o dever de não criar na ordem interna normas que contrariem as disposições convencionais recebidas, concluem pela equiparação tratado-lei interna. Idêntica é a opinião de ANDREW DRZEMCZEWSKI, *The domestic status of the European Convention on human rights: new dimensions*. Legal issues of European integration, 1977 — 1, p. 1 e ss. a p., 53.
- (106) Assim BESSA LOPES, (n. 6), p. 97. GOMES CANOTILHO, (n. 62), p. 440 e 441, salienta igualmente o carácter duvidoso da questão.

Direito, um lugar que o subtraia de todo às vicissitudes de humor do legislador ordinário — sem o que não se assegurará de forma alguma a mínima eficácia às normas de Direito Internacional recebido. O que, não só impossibilitará que estas cumpram a missão que lhes é destinada, como ainda irá esvaziar de todo o sentido o sistema da recepção automática. Com ele se quis, efectivamente, que a vinculação internacional a um tratado fosse condição necessária e suficiente ⁽¹⁰⁸⁾ para a aplicação das normas na ordem interna. Mas o cabal entendimento deste princípio exige que a aplicação na ordem interna só deixe de ter lugar quando cessar a vinculação da ordem internacional — o que implica que o Estado, se tal pretender, deverá denunciar o acordo internacional e não limitar-se à cómoda solução de criar normas internas que o contrariem. E tal desiderato só será prosseguido, havendo normas internas posteriores contrárias ao Direito Internacional recebido, se se reconhecer ao tratado um valor supra-legal. A natureza reconhecida ao Direito Internacional, e o sistema entre nós adoptado para o seu relacionamento com a ordem jurídica interna, apontam pois nesse sentido. Por outro lado, esta é, como vimos ⁽¹⁰⁹⁾, a solução tradicional que a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm dado à questão, o que faria supor que o legislador constituinte, se dela se quisesse demarcar, se não teria ficado pelo silêncio, antes se preocupando em a afastar de forma clara.

Em face do que devemos, assim, concluir pelo reconhecimento, à face da ordem jurídica portuguesa, do valor supra-legal dos tratados internacionais recebidos na nossa ordem interna. O que arrasta o corolário, pertinente ao acaso que nos ocupa, de que os direitos reconhecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem não podem, pois, em Portugal, ser afastados por legislação ordinária posterior que os contrarie.

(107) Assim JORGE MIRANDA (n. 10), p. 301, e AZEVEDO SOARES (n. 62), p. 29-30. A argumentação destes autores baseia-se na frase citada *supra*, na nota 105, a que dão o sentido que nela não vêem GONÇALVES PEREIRA e GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA. Para ambos (ainda que JORGE MIRANDA, a págs. 302, nota 49, revele ter dúvidas) a norma interna que contrarie um tratado anterior estará ferida de inconstitucionalidade material. No mesmo sentido se pronuncia MARIA EDUARDA GONÇALVES (n. 62), p. 672 e 675, que invoca em apoio desta tese os trabalhos preparatórios da Assembleia Constituinte.

(108) Para além da publicação deste na ordem interna, claro está.

C) *A interpretação do Direito Internacional pelos Tribunais Portugueses*

19. Tendo analisado o estatuto do Direito Internacional Convencional à face da ordem jurídica portuguesa, na dupla perspectiva de indagar em que termos se processa a sua inserção nesta, e qual o posicionamento hierárquico que acaba por nela ser reconhecido aos seus preceitos, importa agora dilucidar um último ponto, de carácter geral, e que é o de saber quais são os quadros interpretativos de que se deverá lançar mão para a compreensão cabal do sentido das normas de Direito Internacional recebidas na ordem interna. É, pois, à problemática da interpretação dos tratados, justamente considerada um dos problemas praticamente mais relevantes e, por isso, mais discutidos, do Direito Internacional ⁽¹⁰⁹⁾, que respeitarão as breves considerações que a seguir faremos. Mais precisamente, curaremos apenas de alguns aspectos relevantes no seio da chamada interpretação interna — aquela que é realizada por órgãos estaduais — deixando totalmente de lado a chamada interpretação internacional (que, porque levada a efeito por órgãos internacionais, exorbita manifestamente do âmbito deste trabalho) ⁽¹¹¹⁾. E, mesmo nesta sede, abordaremos apenas um pequeno grupo de questões, que não poderão deixar de se colocar em todos os casos em que, confrontados com a necessidade de aplicar qualquer dos preceitos de uma convenção internacional, os tribunais portugueses tiverem necessidade de proceder à sua interpretação.

20. O primeiro problema tem a ver com a definição de quais as instâncias estaduais a quem estão cometidos os poderes de interpretar os tratados internacionais e com as possíveis relações entre os actos interpretativos oriundos de fontes diferentes. Sabe-se como é usual distin-

(109) Cfr. *supra*, n.º 17. Utilizando também o argumento a que em último lugar nos referimos no texto cfr. MARIA EDUARDA GONÇALVES, (n. 62), p. 673.

(110) Neste sentido WILHELM F. BAYER, *Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte*, Rabels, v. 20 (1955), p. 603.

(111) Sobre esta e outras classificações utilizadas nesta sede, cfr. AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 144.

guir, a este respeito, entre a interpretação jurisdicional (a que provém dos tribunais) e aquela que, decorrente de órgãos do poder executivo, é geralmente referida como interpretação governamental ⁽¹¹²⁾. E não se ignora igualmente que, apesar da total irrelevância jurídica que tem, na ordem internacional, a fixação por um Governo de um Estado, parte do Tratado, do conteúdo e extensão dos compromissos assumidos e da interpretação das cláusulas daquele ⁽¹¹³⁾ — o que se explica, desde logo, pelo carácter unilateral desta atitude — não deixa de ser verdade que, em algumas ordens jurídicas, está garantida por força da lei, da jurisprudência ou dos usos, a precedência da interpretação governamental. O tratado seria assim objecto de uma interpretação oficial a nível interno — que não poderia legitimamente qualificar-se como autêntica, por provir apenas de um dos Estados contratantes — que se imporia aos órgãos nacionais de aplicação do direito ⁽¹¹⁴⁾.

Semelhante situação parece-nos uma vez mais estreitamente vinculada a um estágio das relações internacionais hoje ultrapassado, referindo-se a uma utilização do instrumento convencional que não é a que tem já livre curso na actualidade. Seria porventura compreensível que, entendido o Tratado unicamente como forma de regular as relações entre os Estados, como puro instrumento de relação, numa sociedade que tem como únicos elementos os Estados soberanos, a sua aplicação, na ordem interna, não pudesse prescindir dum controle rígido pelo mesmo Estado, controle que pertenceria à entidade que interviesse na sua negociação e que seria responsável assim pela sua uniforme e autêntica

(112) Para maiores esclarecimentos sobre este ponto, cfr. AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 145-146.

(113) Assim JORGE CAMPINOS, (n. 20), p. 51.

(114) É esta a solução vigente, por exemplo, em França. Neste país é, com efeito usual o recurso dos tribunais às instâncias governamentais, a fim de obterem o sentido exacto das disposições convencionais aplicáveis na ordem interna francesa. Recurso que, no caso dos tribunais administrativos, é de preceito, salvo quando se possa dizer que as normas em questão são absolutamente claras e isentas de dúvidas mas que, tratando-se de tribunais judiciais, já ocorre apenas nas matérias que suscitam questões de Direito Internacional Público, sendo aplicadas sem mais e em toda a linha as disposições que apenas se referem a interesses privados. Sobre a questão, cfr. p. ex. PAUL REUTER, (n. 17), p. 64, H. MOSLER, (n. 27), p. 670, J. RIDEAU (n. 80), p. 14-16 e 73-76, MICHEL RENARD, (n. 103), p. 146-150, e JORGE CAMPINOS, (n. 20), p. 51, nota 108 e 52.

interpretação. Mas o mesmo já se não poderá dizer nos dias de hoje, em que os tratados, ainda que celebrados entre os Estados, regulam muitas vezes interesses que são de toda a Humanidade (globalmente considerada) e dos homens que a compõem, pelo que não fará sentido que, para fixar o seu conteúdo, os tribunais se dirijam ao Governo do seu país, que mais não é do que uma das partes na sua celebração ⁽¹¹⁵⁾ — por uma razão idêntica àquela porque se não dirigem também aos parlamentares que votaram uma lei, tentando estabelecer o sentido desta.

Na nossa ordem jurídica não se estabelece, no entanto, qualquer monopólio (ou qualquer sistema preferencial, sequer) a favor de algum órgão do Estado, no que concerne à interpretação dos tratados, sendo antes esta uma tarefa em que participam com igual legitimidade e competência todas as instâncias responsáveis pela aplicação do direito. Pode pois afirmar-se, sem qualquer risco, que os tribunais são entre nós perfeitamente livres, também neste caso, no exercício da função interpretativa ⁽¹¹⁶⁾. E não será igualmente errado sustentar-se que é duvidoso que um tal sistema, se viesse a ser porventura estabelecido, não estivesse ferido de inconstitucionalidade, atenta a independência que a nossa lei fundamental reconhece aos tribunais ⁽¹¹⁷⁾.

E nem se pretenda que a situação entre nós vigente acarreta particulares desvantagens. Na medida em que é este o estatuto do juiz ao interpretar as leis internas — onde estão igualmente presentes importantes interesses estaduais — não se vê porque a sua simples natureza devesse justificar, para as normas das convenções internacionais, um regime diferente. O sistema da liberdade de interpretação das normas de Direito Internacional pelos juizes nacionais, pode apenas pôr em causa um único interesse, mas esse é de ordem internacional, e não de ordem interna: é o interesse da garantia da uniformidade de sentido na aplicação das normas internacionais, seja qual for o Estado onde se suscite tal questão.

(115) Na posição dos tribunais judiciais franceses referida na nota anterior poderá ver-se, também, um eco, ainda que insuficiente, a nossos olhos, destas considerações.

(116) Cfr. o art. 208.º da Constituição. Da mesma forma argumentava MIGUEL GALVÃO TELES perante o preceito correspondente da Constituição de 1933 (cfr. *loc. cit.* na nota 117).

(117) Assim também AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 146 e (n. 10), p. 335, MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 86, nota 88 e JORGE CAMPINOS (n. 20), p. 53.

Mas a tutela deste interesse só pode conseguir-se através do recurso a uma instância internacional, que teria poderes exclusivos de interpretação das normas de Direito Internacional Convencional ⁽¹¹⁸⁾ — e não, evidentemente, através do estabelecimento de consultas a órgãos nacionais.

De qualquer modo, não existe no nosso sistema jurídico qualquer privilégio interpretativo a favor do Executivo, sendo os tribunais perfeitamente livres perante as normas internacionais de fonte convencional — tão livres, pelo menos, como perante as normas de fonte interna.

21. Um outro problema — e agora de bem maior importância — é o de saber, à luz do nosso sistema jurídico, quais são os critérios que deverão presidir à actuação dos órgãos munidos de poderes interpretativos, quando no exercício das suas funções. Não se trata, propriamente, de inventariar as regras que, em boa análise, deverão ser consideradas

(118) Neste sentido se pronuncia igualmente WILHELM BAYER (n. 110), p. 641-642, que sublinha a necessidade do recurso a instâncias judiciárias internacionais. A esta preocupação não foi estranho o Conselho da Europa, tendo chegado a ser elaborado no seu seio um projecto de acordo que cometia a interpretação dos tratados «europeus» ao Tribunal de Estrasburgo — para uma análise crítica deste projecto, cfr. FRANCESCO CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme dei trattati europei*, Rivista, v. XLIII (1960), p. 3 e ss. Concretamente, a convicção da referida necessidade levou a que, no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, fosse sugerido o aditamento a esta de uma nova disposição (o art. 54.º *bis*) que, à semelhança do art. 177.º do Tratado de Roma, permitisse ao Tribunal de Estrasburgo pronunciar-se, a título prejudicial, sobre qualquer questão de interpretação da Convenção que surgisse nalgum processo pendente nos tribunais nacionais de última instância (cfr. KARL VASAK, (n. 28), p. 249). Na inexistência deste mecanismo continuam a ser possíveis divergências interpretativas, na medida em que os Tribunais dos diferentes Estados, ao tentarem definir directamente o sentido dos preceitos convencionais recebidos nas suas ordens jurídicas nacionais, podem fazê-lo de forma diversa (e não falamos já das faltas de sintonia a nível interno, pois que estas poderão na maior parte dos casos ser objecto de harmonização a esse nível). E, neste caso, parece que, ao contrário do que se passa com as leis uniformes, não seria de admitir o recurso às regras de conflitos para reduzir tais divergências (sobre este ponto, cfr. PAUL LAGARDE, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois?* Revue, v. 53 (1964), p. 244-245). Com efeito, na lei uniforme opera-se a substituição do direito estadual pelos preceitos de fonte internacional o que claramente justifica que, como preceitos internos que passam a ser, lhes seja aplicado também o mecanismo conflitual. Ora, não é isso o que se passa naquelas convenções que, embora aplicáveis na ordem interna, não substituem o direito estadual, ainda que a ele se sobreponham. A sua natureza de instrumento internacional não se perde em tão grande medida, ou seja, a sua inserção na ordem interna não os descaracteriza tanto como à lei uniforme (que passa a ser um

aptas a guiar o intérprete na averiguação do sentido de qualquer norma jurídica, mas de uma questão que lhe é anterior, e que tem a ver com a definição da autêntica *sede* ou origem desses critérios. Com efeito, a dificuldade está em saber se esses critérios ou regras deverão ser os consagrados nos sistemas jurídicos internos ou, pelo contrário, os pertinentes à ordem jurídica internacional. Perante a ausência de coincidência total entre os critérios com curso nestes dois ordenamentos, importará assim começar por definir se, na interpretação das normas de Direito Internacional recebido — que são preceitos internacionais, mas se acham integrados nas ordens jurídicas internas — se devem utilizar critérios internos ou internacionais.

A questão parece poder assim pôr-se noutros termos; e dir-se-á que o que a decidirá será, ao fim de contas, saber qual o aspecto que predomina na natureza do Direito Internacional recebido. Se é a circunstância de ele ser originariamente Direito Internacional, que, como tal, não deixa de ser considerado, pelo simples facto de ter estendido também a sua obrigatoriedade a um ou mais sistemas jurídicos nacionais, ou, pelo contrário, se a recepção apaga de tal modo a sua origem internacional que, ao interpretar as suas normas, o juiz estadual deverá agir nos mesmíssimos termos em que agiria perante normas de origem interna. O problema é, pois, o da natureza e conseqüente estatuto do Direito Internacional recebido: é ele, ainda, Direito Internacional ou deve antes ser considerado mero direito interno? Resolvido este ponto, a questão aparece-nos despida das suas dificuldades: não se duvidará, então, que, a prevalecer a sua componente internacional, deverá reconhecer-se-lhe autonomia interpretativa em relação aos critérios utilizados para as fontes nacionais; ao contrário, se dever ser indistintamente considerado como mero direito interno, não obstante a sua origem internacional, então a sua interpretação haverá de obedecer aos quadros elaborados para as demais normas de fonte estadual.

Creemos, a este propósito, com a maioria da doutrina ⁽¹⁹⁾, que o Direito Internacional, não só não perde essa sua natureza com o ser integrado e receber vigência nas ordens jurídicas estaduais, como que o elemento que nele avulta depois de recebido, é ainda o que releva da sua origem e sede internacional. O que redundará afinal em afirmar que, ao aplicar os preceitos de uma convenção internacional, depois de ratificada e publicada, o juiz estadual está a actuar normas de Direito Interna-

cional, e não de direito interno. Razão pela qual é aos critérios próprios do Direito Internacional ⁽¹²⁰⁾ e não aos acolhidos no seu sistema interno que o aplicador do Direito deve recorrer para colher o seu sentido e alcance.

Tal conclusão aparece-nos sobretudo reclamada pela própria coerência e identidade do Direito Internacional que, caso contrário, se esfrangalharia num conjunto de regulamentações estaduais que lhe fariam perder a sua unidade. O Direito Internacional defontar-se-ia assim com o paradoxo de a sua generalização e aceitação provocar necessariamente a descaracterização dos seus comandos. Em ordem a evitá-lo haverá, pois, que buscar ao máximo a maior conformidade de conteúdo e regime da suas normas, quer quando são objecto de aplicação na ordem internacional, quer quando são actuadas nos vários sistemas jurídicos estaduais. O que, é bom de ver, só será obtido quando a sua interpretação se desprender de todo dos cânones interpretativos vigentes nas várias ordens jurídicas nacionais e se fizer em obediência a critérios únicos que só poderão ser os da própria ordem jurídica internacional.

E a esta razão, decorrente da própria natureza do Direito Internacional, não se opõem sequer quaisquer dados do nosso ordenamento ju-

mero direito interno, para todos os efeitos, pelo que se justifica aqui, empregando uma expressão de PAUL LAGARDE, que se «abstraia do carácter sistemático da ordem jurídica interna». Nesta medida a Convenção internacional será aplicada como um texto de Direito Internacional, ignorando-se, quando não puderem ser eliminadas, as divergências interpretativas entre os vários Estados.

(119) Cfr. neste sentido por ex. PAUL REUTER, (n. 17), p. 58-59, MOSLER, (n. 27), p. 673, LASOK, (n. 15), p. 981, A. QUEIRÓ, (n. 10), p. 335-336, ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, (n. 38), p. 303, MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 86-88 e ALBINO SOARES, (n. 62), p. 14. Diferentemente, WILHELM BAYER (n. 110), p. 629-634 sublinha os inconvenientes que adviriam de utilizar apenas os critérios interpretativos do Direito Internacional (como de resto também do direito nacional) e salienta a necessidade de procurar conjugar os princípios das duas ordens jurídicas. A favor da natureza predominantemente interna das normas de Direito Internacional recebido parece contudo pronunciar-se entre nós FERRER CORREIA, (n. 58), p. 34 e nota 1.

(120) Critérios estes que em boa verdade se demarcam de forma visível dos empregues em direito interno para a interpretação das normas jurídicas. É nítida aqui, com efeito, a tendência para fazer pesar, de forma mais decisiva do que em direito interno, elementos como as intenções das partes contratantes e as circunstâncias que rodearam a celebração do Tratado. Também o elemento gramatical assume neste caso maior preponderância, sendo lícito afirmar-se ser

rídico; com efeito, a este propósito dissemos já que a nossa lei consagra o princípio da recepção automática geral ou plena do Direito Internacional Convencional, afastando o sistema da transformação ⁽¹²¹⁾. Caso se tivesse seguido este último sistema, então sim, consagrando-se uma autêntica nacionalização do Direito Internacional este passaria a ser direito interno, e não haveria portanto que abandonar ou prescindir, na sua interpretação, dos critérios do sistema jurídico estadual. Mas o nosso ordenamento, ao contrário, recebe o Direito Internacional tal qual ele é, não o transformando por acto especial em direito interno, pelo que tudo indica que, para assegurar a conformidade dos preceitos aplicados na ordem interna ao seu conteúdo, eles hajam de ser entendidos como autênticas normas de Direito Internacional — o que reclama uma interpretação autónoma e baseada nos critérios próprios da ordem jurídica internacional.

No que toca particularmente à interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Comissão Europeia e o Tribunal Europeu afirmaram já ⁽¹²²⁾ que a interpretação deste texto se deveria fazer tendo em atenção os preceitos pertinentes ⁽¹²³⁾ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Apesar deste instrumento internacional só há pouco mais de um ano (27 de Janeiro de 1980) ter entrado em vigor, não tendo até ao presente recolhido um número de ratificações muito

ele aqui o dado nuclear da interpretação. Sobre os critérios com curso na interpretação dos tratados internacionais, hoje codificados nos arts. 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cfr. D. LASOK, (n. 15), p. 981-984, H. MOSLER, (n. 27), p. 673-675, P. REUTER, (n. 18), p. 101-105, WILHELM BAYER, (n. 110), p. 620-629, A QUEIRO, (n. 19), p. 147-154, GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 186-190 (que coloca reservas à admissibilidade de critérios de interpretação próprios e exclusivos apenas para um sector da ordem jurídica) SILVA CUNHA, *A Interpretação dos Tratados na Jurisprudência e na Doutrina*, Revista, v. 14 (1960), p. 88 e ss., I.M. SINCLAIR, *The principles of treaty interpretation and their application by the english courts I*. C. L. Q., v. 12 (1963), p. 508 e ss, e C. H. SCHREUER, *The Interpretation of treaties by domestic courts*, B.Y.I.L., v. 45 (1971), p. 255 e ss. Estes critérios devem ser de qualquer forma entendidos com referência à ideia de justiça, ainda que esta palavra não seja mencionada nos artigos referentes à matéria adoptados pela Convenção de Viena (neste sentido ILMAR TAMMELO, *Treaty Interpretation and Considerations of Justice*, R.B.D.I., v. 5 (1969), p. 80). Para uma análise das disposições da Convenção de Viena que se referem a esta questão cfr. MUSTAFA KAMIL YASEEN, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, Recueil des Cours, n. 151 (1976 — III), p. 1. Vejam-se ainda as observações de P. REUTER, (n. 17), p. 125, sobre alguns aspectos particulares da situação internacional com relevância na interpretação dos tratados.

superior ao mínimo para aquele efeito necessário (35 segundo o artigo 84.º), aqueles órgãos consideraram que os seus preceitos, no que tange ao problema da interpretação, representam a consagração de princípios de Direito Internacional consuetudinariamente aceites, pelo que a sua vigência não se encontra dependente da entrada em vigor da Convenção de Viena. Além deles, no entanto, a interpretação deverá ainda ter em

(121) Cfr. *supra*, n.º 11, p. 125 e ss.

(122) A Comissão, em Junho de 1973, e o Tribunal em 21 de Fevereiro de 1975 a propósito da decisão proferida no caso *Golder, versus Reino Unido*. Um comentário a esta decisão, importante a vários níveis, pode encontrar-se em ROBERTO BARSOTTI, *Tendenze evolutive nell'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti del uomo*, Rivista, v. 59 (1976), p. 268 e ss. Para além do ponto referido em texto a sentença merece ainda ser citada pela forma como contraria o recurso à interpretação restritiva das disposições dos tratados internacionais relativos à matéria dos Direitos do Homem, marcando a sua preferência por critérios mais liberais, ao tender a sufragar a conveniência de ir até à interpretação extensiva, ainda que à custa de restrições à liberdade dos Estados nas suas relações com os seus súbditos. A este propósito veja-se, por último, MARC ROSSUYT, *L'arret Marckx de la Cour Européenne des droits de l'homme*, R.B.D.I., v. 15 (1980), p. 53 e ss., especialmente p. 70 e ss.

(123) Trata-se dos artigos 31.º a 33.º É claro que não podemos sustentar que se imponha necessariamente o recurso obrigatório aos preceitos da Convenção de Viena, em matéria de interpretação da Convenção Europeia, só porque tal foi afirmado pelo Tribunal de Estrasburgo. Não só tal proposição surge a nível incidental na sentença referida (como em algumas outras mais) não sendo sobre esse ponto que o tribunal se debruçou directamente, como as decisões daquela instância jurisprudencial internacional não são automaticamente vinculativas no plano interno, não constituindo o seu desrespeito pelos tribunais nacionais uma violação da Convenção, dada a circunstância de estes se não encontrarem hierarquicamente vinculados ao Tribunal de Estrasburgo (neste sentido cfr. ROSALYN HUGGINS, *The Execution of the decision of Organs under the European Convention of Human Rights*, Rev. Hell., v. 31 (1978), p. 30-31, ANDREW DRZEMCZEWSKI, *The Authority of the findings of the organs of the European Human Rights Convention in domestic Courts*, Legal issues of european integration, 1977 — 1 p. 1 e ss. e GEORG RESS, *The Legal Effect of the Judgements of the European Courts of Human Rights on the Internal Law and before domestic courts of the contracting States*, Estrasburgo, 1980, p. 1 (sobre a aplicação em geral das sentenças internacionais, cfr., por último, ABDELHAMID EL OUALI, *La sentence internationale directement applicable*, Mélanges offertes à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité, Paris, 1981, Éditions A. Pedone, p. 269 e ss.). O que não significa que estas decisões não devam gozar de grande autoridade, sobretudo em países como o nosso em que a Convenção constitui direito vigente. A razão é outra, e resulta do facto de ser o Tribunal de Estrasburgo o órgão por excelência de interpretação da Convenção. Se ele usa os princípios referidos, a única forma de assegurar a interpretação uniforme dos seus preceitos (aos níveis interno e internacional, simultaneamente) será a adopção dos mesmos critérios pelos tribunais nacionais. Critérios esses, além disso, que, se constituem, na verdade, como se pretende, princípios gerais de

conta a especial natureza da Convenção ⁽¹²⁴⁾ e as regras pertinentes da organização onde ela teve a sua génese, isto é, no nosso caso, o Conselho da Europa. Serão portanto os critérios aí referidos que deverão guiar os tribunais portugueses quando estes forem chamados a interpretar a Convenção e houverem de averiguar o sentido das suas normas.

22. E nem se pretenda que à doutrina exposta se opõem, de forma conjugada, a acima afirmada superioridade do Direito Constitucional em relação ao Direito Internacional recebido e um princípio fundamental que o juiz sempre deverá ter presente ao exercer a tarefa interpretativa — o princípio da interpretação conforme a Constituição. Mais precisamente, não cremos que a natureza geral deste princípio implique o reconhecimento do necessário recurso a quadros de ordem interna, também na interpretação dos tratados internacionais.

Com efeito, o que decorre do princípio da interpretação conforme à Constituição ⁽¹²⁵⁾ parece ser, apenas, que os preceitos de uma determinada ordem jurídica só poderão valer com um sentido que não contrarie os princípios e valores da lei fundamental (o que implica igualmente que lhes não possa ser negada força jurídica enquanto lhes puder ser dado um sentido que seja conforme a estes últimos) e que, perante a possível pluralidade de sentidos de uma norma, seja de optar por aquele que se revele mais próximo da concretização dos valores constitucionais. O princípio referido surge-nos assim, por um lado, como limite ao juízo de censura que a arguição de inconstitucionalidade sempre contém — implicando que tal censura só é legítima se nenhuma das possíveis interpretações dos textos legais for passível de ser reconduzida à fidelidade à Constituição; e, por outro lado, como orientação que deverá guiar o juiz

Direito Internacional consuetudinariamente aceites, serão também por esse simples facto vinculantes na ordem interna portuguesa (cfr. o art. 8.º, n.º 1 da Const.).

(124) Cfr. a este propósito ANDREW DRZEMCZEWSKI, *The sui generis nature of the European Convention of Human Rights*, I.C.L.Q., v. 29 (1980), p. 54.

(125) Vejam-se p. ex. GOMES CANOTILHO, (n. 62), p. 275 e EDOUARD CAMPICHE, *Die Verfassungskonforme Auslegung. Stellung in der Auslegungstheorie und Abgrenzung iur Normenkontrolle*, Zürich, 1978, Schulthess Polygraphischer Verlag.

na eleição de um dos sentidos possíveis que uma determinada norma jurídica comporte — sentido que, inexistindo outros elementos determinantes, seria aquele que mais se aproxima dos valores referidos na lei fundamental.

Sendo este o conteúdo usualmente reconhecido ao princípio referido na ordem interna, há agora que indagar qual o seu funcionamento quando nos encontramos perante a interpretação de normas contidas em tratados internacionais. Assim, e no que toca à sua primeira vertente, não se lobrigam quaisquer dificuldades. Parece poder concluir-se directamente da atrás acentuada superioridade da Constituição sobre o Direito Internacional Convencional recebido que qualquer preceito contido num tratado internacional carecerá de validade, na ordem interna, quando contrariar frontalmente os valores expressos na lei fundamental (e, correlativamente, que tal juízo só será de emitir quando não se puder reconduzir o preceito referido a um sentido conforme à Constituição).

Já quanto à função positiva do princípio o problema poderá pôr-se em moldes diferentes. Com esta vertente afirma-se a proeminência, de entre os vários sentidos possíveis e constitucionalmente aceitáveis, de uma determinada norma, daquele que se mais ajustar à realização dos valores contidos na lei fundamental. Ora, tal raciocínio supõe que, esgotados todos os demais mecanismos do arsenal interpretativo, nos encontremos numa situação de indiferença quanto à eleição de um de entre vários sentidos possíveis de uma norma; nessa altura deveríamos então socorrer-nos do princípio da *verfassungskonforme Auslegung*. Mas, se bem vemos as coisas, não parece que tal situação se nos represente com facilidade na interpretação de uma norma de Direito Internacional recebido, pois aí haverá sempre uma preferência de sinal superior (e que, de certa forma, funciona anteriormente a esta): de entre uma série de sentidos possíveis de uma norma internacional (todas elas constitucionalmente aceitáveis face à lei fundamental que enforma e valida a ordem jurídica interna) o sentido a eleger será antes de mais aquele a que se chegará em termos de uma interpretação fundada em critérios internacionais. Apenas esta opção poderá dizer-se não contrariar o sentido da recepção do Direito Internacional na ordem interna, e a própria justificação da autonomia interpretativa que, para as normas deste, mais atrás reclamámos — sentido e autonomia que se reconduzem às implicações do interesse que as inspira, o interesse da conformidade da ordem jurídica in-

terna à ordem internacional ⁽¹²⁶⁾. Tudo se passa como se em função deste interesse haja uma interpretação própria do Direito Internacional recebido — aquela que resulta dos critérios interpretativos da ordem internacional. Não se discute que tal interpretação, se contrária à Constituição do Estado, implique o afastamento da validade do preceito, pelas razões que atrás referimos ⁽¹²⁷⁾. O que se nega é que seja possível salvar a validade do preceito imputando-lhe um sentido possível à face dos valores constitucionais mas repudiado à luz dos critérios interpretativos da ordem internacional. Há que não esquecer que o Direito Internacional recebido, sendo embora direito vigente na ordem interna só o é enquanto for Direito Internacional — não podendo pois os seus preceitos valer na ordem interna com um sentido que não possam ter na ordem internacional.

Por outro lado, tratando-se agora de escolher um de entre vários sentidos de um preceito de natureza convencional, quando ambos eles sejam legitimados pelos critérios interpretativos próprios da ordem internacional, não nos repugna já (pois que eles são ambos possíveis à luz de uma interpretação fundada em critérios internacionais) que se eleja aquele que mais se aproxima das metas da Constituição. Mas apenas neste caso. Ou seja, o princípio da interpretação conforme à constituição apenas seria admitido a exercer a arbitragem entre os vários sentidos possíveis de um texto de fonte convencional quando estes sentidos fossem possíveis à face dos critérios interpretativos próprios da ordem internacional. Quando a aplicação destes critérios apontar univocamente para uma interpretação única, essa será a seguida (a menos que, no nosso sistema, contrarie a Constituição), ainda que não seja este, dentre os possíveis sentidos de que o texto poderia ser passível quando «lido» com os olhos do intérprete da ordem interna, aquele que melhor se coadunas-se com a realização dos valores da lei fundamental.

É pois dentro destes limites, apenas, que o princípio da interpretação conforme à Constituição deve jogar na nossa ordem jurídica interna no que toca à interpretação das normas de Direito Internacional recebido. Com este preciso âmbito deve pois ele valer na interpretação dos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ⁽¹²⁸⁾ ⁽¹²⁹⁾.

(126) No mesmo sentido veja-se MIGUEL GALVÃO TELES, (n. 14), p. 90, nota 89-a).

(127) *Supra*, n.º 18, p. 144.

(128) A circunstância de a Convenção Europeia conter um catálogo de direitos fundamentais não totalmente coincidente com o da Constituição Portuguesa obriga-nos no entanto a uma precisão. E é ela a de que as considerações expendidas no texto não conduzem a mais do que nelas explicitamente se afirma, isto é, que o catálogo de direitos da Convenção deve entre nós ser interpretado no espírito desta, e não em qualquer outro. Mas as reflexões feitas não nos levam por isso a sustentar que a autonomia interpretativa desse catálogo sirva para algo mais, designadamente para impugnar ou prejudicar a validade e prevalência de uma teoria dos direitos fundamentais conforme à Constituição portuguesa. A interpretação do modelo dos Direitos Fundamentais consagrado na Constituição portuguesa (e sobre a busca deste vejam-se VIEIRA DE ANDRADE, (n. 1), p. 67, CASTRO MENDES, *Direitos, Liberdades e Garantias — Alguns aspectos gerais*, Estudos sobre a Constituição, 1.º volume, Lisboa, 1977, Livraria Petrony, p. 93, HEINRICH E. HÖRSTER, *O Imposto Complementar e o Estado de Direito*, RDE, v. 3 (1977), p. 92, GOMES CANOTILHO, (n. 62), esp. p. 528-540, (n. 100) e *A teoria constitucional dos direitos fundamentais*, Fronteira, Ano II, n. 5, p. 46-54, p. 89, GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, (n. 10), p. 50 e s. e JORGE MIRANDA, (n. 10), p. 303 e s.) deve pois basear-se na própria Constituição e não fora dela. Com o que se escreveu não se pretende a colonização da ordem constitucional portuguesa em matéria de direitos fundamentais, qualquer que ela seja (tentativa esta contra que se ergue veementemente GOMES CANOTILHO (n. 100), p. 83). Mas, apenas, que a ordem do catálogo de Direitos Fundamentais prevista na Convenção Europeia é ela também, autónoma, tanto quanto o é a ordem do catálogo contido na Constituição Portuguesa. É claro que em caso de conflito aberto a segunda prevaleceria — se esse conflito for mais que hipotizável. E por isso não temos qualquer reboço em concordar com GOMES CANOTILHO (n. 100) quando escreve (a p. 105) que a Convenção não pode ser utilizada para restringir ou aniquilar direitos previstos na Constituição Portuguesa. Mas o certo é que, como o Autor também afirma, poderá servir para garantir o reconhecimento (com o estatuto de direitos fundamentais — cfr. o art. 17.º da Const.) de novos direitos não previstos no elenco da Constituição Portuguesa — e nesse caso, repetimos, estes novos direitos haverão já de ser vistos como os

conforma a Convenção e não como eles seriam se interpretados pelo diferente prisma da ordem constitucional consagrada na lei fundamental portuguesa. Resultado que talvez se não apresentasse com a mesma limpidez se fosse lícito invocar aqui, contrariamente ao que julgamos, o princípio da interpretação conforme à Constituição.

- (129) Deve no entanto salientar-se que, provavelmente, seria a resultados não muito diversos que chegaríamos se utilizássemos sem mais, na interpretação das disposições da Convenção Europeia, os critérios da ordem interna portuguesa. E isto porque na matéria dos direitos fundamentais (que é aquela a que se reportam as normas da Convenção Europeia) vale entre nós um critério interpretativo especial, com assento constitucional, de acordo com o qual «os preceitos (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem» (art. 16.º, n.º 2 da Const). Sobre o sentido e alcance deste preceito vejam-se AFONSO QUEIRÓ (n. 10), p. 325-326, JORGE MIRANDA (n. 10), p. 184-191 e *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição*, in Estudos sobre a Constituição, 1.º volume, Lisboa, 1977, Livraria Petrony, p. 57-61 e GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, (n. 10), p. 73-74). Ora é sabido que a Convenção Europeia se funda na Declaração Universal e que a si mesma se apresenta como um conjunto de providências para assegurar a garantia de alguns dos direitos previstos nesta (cfr. neste sentido, o preâmbulo da Convenção Europeia). Tal facto legitima a asserção de que é comum a matriz inspiradora dos dois catálogos de direitos. Assim sendo, é possível concluir que a interpretação das disposições pertinentes aos direitos fundamentais se faz na ordem interna portuguesa por recurso a uma ordem valorativa que é a que inspira igualmente as disposições da Convenção Europeia. E como na ordem internacional (como dissémos acima) um dos elementos particularmente relevantes para a interpretação das normas jurídicas é constituído pelas finalidades que se propõe o legislador convencional a similitude de resultados seria flagrante, pois que estas são as consubstanciadas na Declaração Universal. De todo o modo, e ainda que por este processo se pudesse demandar o mesmo porto, não deixa de ser verdade que a via que apontamos no texto é a única pertinente no caso concreto.

A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA:

LIMITES À SUA RECEPÇÃO

Capítulo II

23. Ao longo das páginas precedentes, tivemos ocasião de analisar o estatuto das convenções internacionais na ordem jurídica portuguesa. E, a partir dos dados a que fomos chegando, podemos agora tirar conclusões quanto aos problemas levantados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu relacionamento com o nosso sistema jurídico. Flui, assim, de tudo o que temos dito, que este importante instrumento convencional de ordem internacional (^{129-a}) é hoje também direito vigente entre nós, em virtude da recepção dele operada pela nossa ordem jurídica, devendo, nessa conformidade, os seus comandos serem actua-dos pelas várias instâncias de aplicação do direito, de modo análogo ao que acontece com as disposições normativas criadas pelas fontes nacio-nais. Mais do que isso concluiu-se, ainda, que aos preceitos convencionais está entre nós garantida uma especial estabilidade, sendo-lhes reco-nhecido um valor superior ao da lei ordinária, o que coloca assim a sua modificação fora do alcance do legislador interno comum (conquanto se mantenha a sua subordinação aos princípios constitucionais). Finalmen-te, pudémos constatar que a recepção das disposições convencionais não anula a sua natureza internacional, circunstância que implica que, no-meadamente no momento da sua interpretação e integração, o intérprete lance mão dos critérios pertinentes à ordem jurídica internacional, siste-ma a que em boa verdade pertencem aqueles comandos.

Aqui chegados, pareceria, em princípio, termos esgotado o nosso objectivo inicial, podendo dizer-se clarificada a posição do Direito Inter-nacional Convencional, e, como tal, da Convenção Europeia, na ordem jurídica portuguesa, O catálogo de direitos nela contido (^{129-b}) teria pois

valor jurídico entre nós, e os indivíduos poderiam invocar as prescrições que o consubstanciam quando se encontrassem perante actos do poder público que lesassem, de forma por aqueles considerada inaceitável, os seus direitos e interesses.

Não é, no entanto, com esta facilidade e rapidez que somos conduzidos a tal conclusão: no caso da Convenção Europeia ocorre ainda um dado que não pode deixar de ser tido em conta. E é ele o de que a própria Convenção prevê e contém restrições aos direitos por ela garantidos ⁽¹³⁰⁾. Restrições que são de vários tipos: por um lado, a própria Convenção limita o conteúdo dos direitos que reconhece, ao enumerar certos comportamentos que considera não incorrerem na sua violação ⁽¹³¹⁾. Por outro, admite em certos termos a formulação de reservas. Ainda, prevê expressamente que, em determinados condicionalismos, especiais e nela enumerados ⁽¹³²⁾, os Estados possam, dentro de certos limites, tomar providências que derroguem as obrigações assumidas através da Convenção. Finalmente, e como medida de defesa da ordem de valores em que se inspira, determina a perda do direito de invocar as disposições da Convenção a quem quer (indivíduo, grupo ou Estado) que nelas preten-

(129-a) Para uma breve descrição do sistema por ele consagrado, veja-se PIERRE-HENRI TEITGEN, *Introduction à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, t. 29 (1981), p. 13 e ss..

(129-b) Para uma apreciação do sentido e alcance com que alguns direitos — os pertinentes ao respeito da intimidade da vida privada e familiar — são reconhecidos na Convenção, cfr. os trabalhos do terceiro Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que decorreu em Bruxelas entre 30 de Setembro e 3 de Outubro de 1970 (*in Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, 1973, Bruylant, e JEAN PAUL JACQUÉ, *Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention*, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, t. 29 (1981), p. 125 e ss.

(130) Cfr. a este propósito KAREL VASAK, (n. 28), p. 67 e ss.

(131) Assim, por exemplo, vejam-se o n.º 2 do art. 2.º, o n.º 3 do art. 4.º, as várias alíneas do n.º 1 do art. 5.º, o n.º 2 do art. 7.º, o n.º 2 do art. 8.º, o n.º 2 do art. 9.º, o n.º 2 do art. 10.º, o n.º 2 do art. 11.º e, de outro modo, o art. 16.º Para uma análise do alcance destas disposições cfr. *Les droits de l'homme et leurs limitations*, Strasbourg, 1974, (polic.), texto que renejeia as decisões da Comissão, do Tribunal e do Conselho de Ministros que se lhe referem.

(132) Cfr. o art. 15.º da Convenção. Note-se, contudo que os Estados podem através de reservas contribuir para o elenco destes condicionalismos. Foi o que fez a França ao precisar numa re-

da ver reconhecido um qualquer direito de levar a cabo actividades ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na Convenção, ou a proceder à sua limitação de forma mais ampla que aquela por esta prevista ⁽¹³³⁾.

A extensão e alcance dos direitos compendiados na Convenção tem pois de ser vista de acordo com estas restrições, que acabam por definir afinal o seu real conteúdo. Importa, pois, ter em conta as restrições em causa, que poderão afectar o âmbito dos direitos que, em virtude da Convenção e da sua recepção, são reconhecidos aos cidadãos portugueses. Na falta de situações concretas em que tais restrições decorram de derrogações resultantes de providências tomadas pelo Estado Português ⁽¹³⁴⁾ ou da interpretação que os nossos órgãos de aplicação do direito fa-

serva ao artigo 15 da Convenção Europeia que as circunstâncias enumeradas no artigo 16 da Constituição francesa, na lei sobre a declaração do estado de sítio e na lei sobre a declaração do estado de urgência, e que permitem pôr em aplicação as disposições destes textos, devem ser entendidas como conformes ao artigo 15 da Convenção Europeia — cfr. a propósito VINCENTE COUSSIRAT — COUSTÈRE, *La réserve française à l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Clunet, v. 102 (1975), p. 269 e ss. Sobre as limitações às disposições da Convenção Europeia, cfr. TORSTEN STEIN, *Die Ausserkraftsetzung von Garantien Menschenrechtlicher Verträge*, Strasbourg, 1980 (polic.).

(133) Cfr. o art. 17.º da Convenção. Foi com base nesta disposição que a Comissão Europeia não aceitou em 1957 a reclamação do Partido Comunista Alemão que protestava contra a decisão do Supremo Tribunal Constitucional Alemão que ordenou a sua dissolução (sobre tal decisão vejam-se MARC CHARTIER, *La Jurisprudence du Bundesverfassungsgericht sur les partis politiques*, in *Essais sur les Droits de l'Homme en Europe* (première série), 1959, L.G.D.J., p. 99 e 110-127 e, entre nós, ANTÓNIO MARIA PEREIRA, *Direitos do Homem e Defesa da Democracia*, Nação e Defesa, n.º 8, p. 66, GOMES CANOTILHO, (n. 100), p. 100 e ss. A latitude com que a Comissão interpretou na altura o art. 13.º viria depois a ser matizada, o que se pode ver desde logo a partir da decisão proferida pela mesma Comissão, e posteriormente pelo Tribunal Europeu, no caso *Lawless* (respectivamente, decisão de 30 de Agosto de 1958, proferida sobre a reclamação n.º 332/57, e sentença de 1 de Julho de 1969).

(134) Derrogação que a prática da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal Europeu têm continuamente considerado serem passíveis de controle internacional rigoroso, a ser exercido, na circunstância, pelos órgãos por ela criados. Assim cfr. JOHN KELLY, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les États Parties. Contrôle International des Restrictions et Limitations*, Strasbourg, 1980, p. 3-5, JACQUES VELU, *Le controle des organes prévus par la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention*, Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, 1964, Éditions A. Pedone, p. 462, ROSALYN HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, B.Y.I.L., v. XLVII (1976-1977), págs. 288 e ss., o documento citado na nota

çam, quer das limitações previstas na Convenção ⁽¹³⁵⁾, quer da cláusula geral do art. 17.º ⁽¹³⁶⁾, iremos apenas referir-nos às que resultam das reservas formuladas por Portugal no momento da ratificação ⁽¹³⁷⁾.

Com efeito, o nosso país não se limitou a adiantar o seu consentimento pleno e irrestricto às normas constantes da Convenção e a assumir em consequência a obrigação de as acatar na ordem internacional (e depois também na ordem interna). Antes esse consentimento envolveu a formulação de reservas em relação a algumas disposições convencionais — procedimento que aparece justificado pela circunstância de o seu conteúdo contrastar com preceitos da ordem interna que se consideravam ter suporte constitucional. Assim, o legislador pretendeu não se comprometer totalmente em relação a essas disposições. Não tanto por tal prejudicar a vigência interna de normas anteriores que se queria ver preservadas — porque se tais normas tinham natureza constitucional elas não deixariam de prevalecer sempre sobre os preceitos convencionais. Mas, antes, porque, subscrevendo a convenção no seu todo, o Estado Português assumiria na ordem internacional a obrigação de cumprir integralmente os seus preceitos. Ora, não os podendo actuar na ordem interna, ainda que em virtude de disposições constitucionais que os contrariassem, o Estado incorreria em responsabilidade na ordem internacional ⁽¹³⁸⁾ ao violar compromissos que nessa sede tinha assumido ⁽¹³⁹⁾, pelo que

131, a págs. 2 e ss. e, por último, a propósito da extensão do poder de derrogação em tempo de crise, a decisão do Tribunal de Estrasburgo proferida a 18 de Janeiro de 1978 no *affaire* n. 5310/71 onde a República da Irlanda punha em causa a conformidade à Convenção Europeia da legislação de excepção adoptada pela Grã-Bretanha na Irlanda do Norte para combater os actos de terrorismo aí verificados (veja a propósito PATRICE ROLLAND, *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Clunet, v. 107 (1980), p. 445 e ss., especialmente por 454 e ss.

(135) Não existem, com efeito, ao que sabemos, até ao presente, dados sobre a interpretação da Convenção pelos tribunais portugueses que permitam levantar esta hipótese.

(136) Vejam-se os autores e os trabalhos citados na nota 133.

(137) Tais reservas constam dos arts. 2.º e 4.º da Lei n.º 65/78.

(138) Com efeito, constituindo as leis nacionais um simples facto perante o juiz internacional elas não revestem a natureza de causas de exclusão da responsabilidade decorrente da violação de obrigações internacionais.

a única forma de evitar tal situação consistia em afastar a vinculação internacional, nos casos em que ela recaísse sobre comandos que não era sua intenção aplicar na ordem interna. Tendo actuado desta forma, distanciando-se de algum modo de alguns dos preceitos da Convenção, o Estado Português diminuiu a extensão das suas responsabilidades e o núcleo dos comandos convencionais que verdadeiramente assumiu — o que reduz, nessa medida, os efeitos da vinculação à Convenção Europeia e a sua projecção na ordem interna portuguesa.

Para termos a noção completa e cabal do posicionamento daquele instrumento convencional face à nossa ordem jurídica importa, pois, verificar o que se pretendeu deixar fora do compromisso contraído pelo Estado a nível internacional. Isso exige-nos uma referência às reservas em concreto formuladas pelo Estado Português. Referência que só resultará perceptível se, em traços muito gerais embora, afluirmos a problemática das reservas aos tratados, sua justificação, sentido, limites e regime — em geral e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. É o que começaremos assim por fazer, deixando para depois a abordagem dos efeitos das reservas formuladas por Portugal, permitindo então que tal análise seja iluminada pelas considerações de carácter geral de que partiremos.

(139) Responsabilidade que no caso da Convenção Europeia podia ser desencadeada de forma ainda mais fácil que nos termos gerais: com efeito, o art. 25.º prevê um mecanismo de recurso para a Comissão quando estejam a ser violados direitos reconhecidos na Convenção — mecanismo que pode ser accionado mesmo por simples particulares e ainda que o violador seja o Estado de que são nacionais. Assim se dispensa a actuação do sistema tradicional no qual a responsabilidade internacional seria sempre uma relação de Estado a Estado, o indivíduo não podendo assumir a condição de sujeito que caberia antes a um Estado que tomaria como base a causa do seu nacional. É toda a questão da protecção diplomática que aqui entra em cena. Sobre ela e as suas dificuldades, cfr. PAUL REUTER, (n. 17), p. 234, R.B. LILICH, *The Diplomatic Protection of nationals abroad: an elemental principle of international law under attack*, AJIL, 1975, p. 359, L. SIORAT, *La Protection Diplomatique*, Jurisclasseur de Droit International, v. II, fasc. 250 A e ss., LOUIS CAVARE, *La Protection Diplomatique envisagée dans ses aspects récents*, curso proferido no Instituto des Hautes Études Internationales em 1958-1959, JACQUES MICHEL GROSSEN, *Nationalité et Protection Diplomatique*, in Ius et Lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel, 1959, p. 489, GEORGES BERLIA, *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*, AFDI, 1957, p. 63 e LOUIS DUBOIS, *La distinction entre le droit de l'état réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique*, Revue v. 67 (1978), p. 615.

A) *O problema das reservas aos tratados*

24. A questão das reservas é, sem dúvida, uma das que mais apaixonadas e controversas tomadas de posição suscitou no domínio do Direito Internacional e cujo estudo maior interesse apresenta, na medida em que é inegável que a evolução da forma por que foi encarada se encontra estreitamente ligada às mutações sofridas pela Sociedade Internacional, à extensão da participação dos Estados na criação do Direito Internacional e ao seu reflexo nas técnicas jurídicas para tanto utilizadas. Se, como se pretendeu ⁽¹⁴⁰⁾, a análise da génese e do desenvolvimento desta instituição indica a sua fonte e a sua tendência histórica, acrescentaríamos não ser menos verdade revelar ela igualmente a alteração das estruturas de base em que assenta a Sociedade Internacional e as perspectivas de evolução que se podem detectar no seu desenvolvimento.

De acordo com o conceito retido pela Convenção de Viena ⁽¹⁴¹⁾, uma reserva é uma declaração unilateral feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ^(141-a) ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico do tratado ou sua aplicação a esse Estado ^(141-b). A partir desta noção ficam de algum modo claros os dois traços fundamentais da figura: a sua natureza unilateral e o seu objectivo, traduzido na intenção de alterar os efeitos próprios dos tratados na sua aplicação ao Estado que a formula. Mas ela não nos elucida já sobre as suas determinantes e os condicionalismos que comandam o seu regime. O esclarecimento destes pontos supõe um lance de olhos sobre as circunstâncias que rodearam o seu aparecimento nos instrumentos convencionais.

A generalidade dos autores que se debruça sobre a questão ⁽¹⁴²⁾ é unânime em situar o aparecimento das reservas na segunda metade do século passado. A partir de então a frequência do seu surgimento tem vindo em crescendo e o seu regime não deixa de pôr alguns problemas.

Problemas que, no entanto, apenas têm sentido próprio nos tratados multilaterais. Com efeito, se, como no tratado bilateral, são apenas dois os signatários do texto convencional, a declaração de uma das partes de que pretende modificar alguns dos seus efeitos põe em causa o equilíbrio conseguido e é em princípio entendida como um pedido de reabertura das negociações que desembocarão ou não num novo acor-

do. Nesta última hipótese, o novo texto, ou consagrará sem mais a posição da parte autora da reserva, ou marcará o seu afastamento, ou, finalmente, podendo embora aceitá-la, virá a contemplar outras alterações pelas quais se refaça o equilíbrio inicial posto em causa pelas reservas⁽¹⁴³⁾.

Já nos tratados multilaterais as coisas se não podem compreensivelmente passar da mesma forma. Com efeito, sobretudo em face de instrumentos convencionais assumidos por um grande número de Estados, e cujo conteúdo resulta duma bem difícil e delicada concertação de posições que parte de pontos de partida muitas vezes assaz contrastados, não é admissível que toda a teia de compromissos venha a ser posta em causa quando um

(140) MANFRED LACHS, (n. 18), p. 311.

(141) Cfr. o art. 2.º, n.º 1, alínea d) deste instrumento convencional.

(141-a) Temos unicamente em atenção, nesta sede, as reservas formuladas em relação a actos de natureza convencional. Não se visam, em consequência, com as considerações que seguem, as reservas aos actos unilaterais das organizações internacionais, questão que apresenta algumas especificidades. A propósito deste último problema e com referência às resoluções das Nações Unidas, cfr. JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *Les réserves aux résolutions des Nations Unies*, R.G.D.I.P., v. 85 (1981), p. 5 e ss.

(141-b) Neste conceito não se incluem assim expressamente as chamadas *declarações interpretativas*, isto é, aquelas declarações pelas quais um Estado procura interpretar um tratado, ou parte dele, de uma forma particular, indicando assim a forma como concebe as obrigações que daquele instrumento convencional para si decorrem. É evidente que tais declarações podem caber (se se entender que excluem ou modificam o efeito legal do tratado) na definição referida em texto, sendo nesse caso de se lhe aplicar a disciplina respectiva. Sobre o problema de saber se o regime previsto para as reservas, na Convenção de Viena, convém ou não às simples declarações interpretativas, cfr. D. M. MCRAE, *The legal effect of interpretative declarations*, B.Y.I.L., v. 49 (1978), p. 155 e ss..

(142) Cfr. por exemplo DIETRICH KAPPELER, *Les réserves dans les traités internationaux*, Bâle, 1958, Verlag für Recht und Gesellschaft S. A., p. 5.

(143) É este de facto o entendimento generalizado. Veja-se por exemplo PAUL REUTER, (n. 18), p. 89, KAYE HOLLOWAY, *Modern Trends in Treaty Law*, Londres, 1969, Stevens & Sons, p. 476, J.M. RUDA, *Reservations to Treaties*, Recueil des Cours, n.º 146 (1975 — III), p. 109, AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 85 e (implicitamente) GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 177.

qualquer dos participantes não pode aceitar, na sua globalidade, o texto elaborado. A impossibilidade de reabrir o processo negocial não deixa assim mais do que duas alternativas: ou o Estado que não pode aderir na sua integralidade ao novo *corpus iuris* permanece de lado, ou se aceita que venha a assumi-lo apenas parcialmente, ficando na sombra, no que lhe respeita, todas as obrigações que não possa subscrever.

A primeira hipótese não é em si benéfica dado que acarreta logo a diminuição de um dos efeitos fundamentais dos tratados multilaterais, qual seja o da máxima generalização do regime jurídico por eles criado. Para a evitar, outro recurso não há pois que o de admitir a possibilidade de, ao menos em certos casos, um Estado poder ser parte de um tratado multilateral sem ficar vinculado a este no seu todo, ou, ao menos, podendo dar um certo sentido (por vezes limitado) ao conteúdo dos seus compromissos. A tanto se destinam as reservas.

Simplesmente, a reserva, ao permitir que o tratado valha, em termos diferentes, para os vários Estados, vem contrariar uma ideia fundamental que subjaz (também) à prática internacional: a de que todo e qualquer acordo, visando harmonizar interesses divergentes, e acarretando vantagens e concessões recíprocas, se funda num princípio de equilíbrio entre as partes (decorrente da própria ideia de justiça) que como que exige uma efectiva reciprocidade nas obrigações convencionais⁽¹⁴⁴⁾. Reciprocidade que desaparece, desde o próprio momento da constituição da obrigação, se as partes puderem sem mais evadir-se ao cumprimento das cláusulas em que tal equi-

(144) Tal reciprocidade nas obrigações, a nível internacional, prolonga no campo do Direito Internacional Público ideias inicialmente desenvolvidas sobre os acordos convencionais ao nível do direito privado interno — veja-se desde logo a justificação do instituto da lesão, quase universalmente admitido em matéria contratual. E não é apenas a figura das reservas que, no campo do Direito Internacional, reflecte essa exigência de equilíbrio que se entende deverá presidir à vida das obrigações convencionais. No mesmo sentido depõe ainda a invocação da nulidade dos tratados desiguais (veja-se a questão levantada pelo regime das capitulações) que igualmente ferem o equilíbrio das relações convencionais, também logo no momento da sua constituição. O mesmo se diga da possibilidade de invocar uma alteração fundamental das circunstâncias que existiam no momento da celebração do tratado como justificação para pôr fim a este — faculdade admitida em certos termos no artigo 62.º da Convenção de Viena — o que traduz de forma bem clara a preocupação de preservar a mesma ideia de equi-

líbrio se corporiza. Entendendo-se como fundamental a preservação deste equilíbrio, há que construir, como condição de admissibilidade das reservas, um regime que permita que ele não seja afectado. E é assim que, numa primeira fase, apenas são admitidas as reservas previstas no próprio instrumento convencional ou aquelas que, embora nele não previstas, viessem a merecer a unanimidade dos Estados partes do tratado ⁽¹⁴⁵⁾. Num como noutro caso as reservas eram expressamente aceites pelos demais contratantes (seja no momento da celebração do tratado, seja posteriormente), o que garantia que o equilíbrio inicial não era por elas posto em causa.

25. O condicionalismo descrito adaptava-se à perfeição ao estágio de evolução do direito dos tratados vigente nos fins do séc. XIX e nas primeiras décadas deste século. Com efeito, numa Sociedade Internacional ainda concebida como constituída apenas por Estados, em que a adopção do texto dos tratados se fazia, por via de regra, com recurso à regra da unanimidade, e em que apenas estavam em presença uma vintena de Estados mais ou menos unidos na aceitação de regras cujo fundamento assentava numa base moral e ideológica comum a todos eles, as consequências da adopção

líbrio na evolução das obrigações convencionais (sobre o ponto cfr. AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 131; GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 196, PAUL REUTER, (n. 18), p. 179, J.H.W. VERZIJJL, *Le principe rebus sic stantibus en droit international public*, Internationaalrechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen, Düsseldorf, 1960, Gebr. Hermes, p. 151 e ss. e GORGY HARASZTI, *Treaties and the Fundamental Change of Circumstances*, Recueil des Cours, n.º 146 (1975 — III), p. 7). Finalmente, a ideia de reciprocidade projecta-se ainda ao nível da sanção das obrigações convencionais, na medida em que se admite, como acontece em certos termos no art. 60.º da Convenção de Viena, que uma das partes de um tratado possa provocar a sua extinção, ou a suspensão da sua aplicação, em resultado da sua violação pela outra parte — cfr. a propósito PAUL REUTER, (n. 18), p. 186, JOSEPH NISOT, *L'exception «non adimpleti contractus» en droit international*, R.G.D.I.P. v. 74 (1970), p. 668 e ss., e AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 127. Para uma visão geral do funcionamento da ideia de reciprocidade em Direito Internacional Público, cfr. EMMANUEL DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, 1980, L.G.D.J.

(145) Assim AFONSO QUEIRÓ, (n. 19), p. 86, GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 178, PAUL REUTER, (n. 19), p. 89, J.M. RUDA, (n. 143), p. 111, KAYE HOLLOWAY, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, 1958, L.G.D.J., p. 101 e DIETRICH KAPPELER, (n. 142), p. 30.

do regime acima descrito — a necessidade de o Estado que formulasse uma reserva fora daquele quadro não ser considerado parte do tratado — não pareciam extremamente graves.

Mas o mesmo se não dirá já perante a situação em que vamos encontrar a Sociedade Internacional após a segunda guerra mundial. Por um lado, ao proclamar-se, quer a necessidade de alargar o âmbito das matérias cobertas pelo Direito Internacional, quer o imperativo da aceitação dos comandos deste por parte do maior número possível de Estados, não se pode continuar a olhar com indiferença um regime que condena à marginalidade em relação a um tratado os Estados que não possam deixar de, em relação a este, formular reservas nele não previstas, ou que não colham a unanimidade dos demais participantes. Por outro lado, a prática (desenvolvida no seio das organizações internacionais, nomeadamente das Nações Unidas) de, em nome do desenvolvimento e da expansão do Direito Internacional, fazer aprovar os tratados apenas por maioria, ainda que qualificada (geralmente de 2/3 ⁽¹⁴⁶⁾), se vem, coerentemente com a evolução da Sociedade Internacional, introduzir a ideia de que esta tem interesses comuns a defender, para o tratamento dos quais se recorre à regra da maioria (de algum modo afectando o princípio da plenitude da soberania estadual), não deixa de levantar o problema da protecção dos interesses das minorias. Estas, com efeito, podem ver-se obrigadas (a manter-se o regime acima descrito) a renunciar à participação num tratado sempre que a maioria não aceite as suas posições.

Tudo isto faz surgir a necessidade de um menor rigor em matéria de requisitos de admissibilidade das reservas ^(146-a). Trata-se assim de estabelecer uma vida média entre dois princípios gerais necessariamente contrapostos: o da integridade dos tratados, que pretende que a sua vinculação opere de forma uniforme para o conjunto dos Estados e que fundava a solução tradicional em matéria de admissibilidade das reservas, e o da universalidade, que se propõe garantir o máximo da participação dos Estados na cria-

(146) Regra que a Convenção de Viena, no seu art. 9.º n.º 2, vem generalizar a todos os tratados aprovados em conferências internacionais.

(146-a) Pode ver-se um circunstanciado elenco dos sistemas a este propósito defendidos em EDWIN GLASER, *Reservele la tratatele internationale*, Bucareste, 1971, Editura Academia Republici Socialiste România, p. 95 e ss.

ção e subsequente vinculação às normas internacionais convencionais, fazendo jus à ideia de que é preferível uma vinculação limitada à total ausência de vinculação — e que, na linha deste objectivo, aponta para o aligeirar do regime das reservas.

A bondade do primeiro princípio não é praticamente discutida, e tem por si a aceitação pacífica de que gozou ao longo de várias décadas. Mas a sua adequação à situação vivida pela Comunidade Internacional num dado momento é também o sinal de que entraria em rotura quando os pressupostos dessa situação são abalados e ela é substituída por outra — quando, em suma, como aconteceu depois de 1945, aumentou de forma brutal o número de sujeitos de Direito Internacional (com o súbito aparecimento de novos Estados) e se pulverizou a unidade ideológica que constituía o substrato daquele ⁽¹⁴⁷⁾. Nesta altura, a falta de unidade ideológica entre os Estados não só faz com que a possibilidade de estes pretenderem recorrer ao mecanismo das reservas cresça de forma notória como ainda impõe um cada vez maior recurso aos instrumentos convencionais, e à utilização, na elaboração e aprovação destes, da regra da maioria — única forma de procurar preencher o vazio que a contestação das normas de Direito Internacional clássico (fundadas numa filosofia que não era mais comum à Sociedade Internacional no seu todo) viera provocar.

Daí que o afastamento das consequências do princípio da integridade não traduza uma refutação da bondade dos seus fundamentos ou da ignorância das razões que em seu favor militam ⁽¹⁴⁸⁾. Tão pouco se ignoram os inconvenientes que um maior liberalismo em matéria de reservas acarreta, ao enfraquecer a vontade convencional e sugerir uma certa desagregação do Direito Internacional, necessariamente consequente ao reforço da soberania estadual. Antes, o relevo dado à ideia de universalidade resulta da necessidade de atender a dados novos da situação da Sociedade Internacional que solicitam um tratamento diferente. A querela sobre as reservas não deve, pois, ser vista como resultante da contraposição frontal de dois princí-

(147) Para uma descrição e pormenorização deste processo consulte-se a obra de ADRIANO MOREIRA, *A Comunidade Internacional em Mudança*, São Paulo, 1976, Editora Resenha Universitária, *passim*.

(148) Fundamentos e razões que podem consultar-se em KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 141.

pios opostos e bem extremados, mas como a busca de uma composição entre eles, tornada necessária pelos dados de facto que a Sociedade Internacional apresentava.

Ilustração do que acabamos de dizer, de que o que está em questão é, afinal, a procura de um equilíbrio e não o abandono de uma solução, com a conseqüente consagração da oposta, é o sistema elaborado pelos países latino-americanos no seio da Organização dos Estados Americanos. Nele se consagra, com efeito, o princípio da liberdade das reservas, mas temperado com um processo de consultas que se destina a averiguar a existência de um certo grau de consentimento (que não tem todavia de ir até à unanimidade dos Estados) — consentimento sem o qual a cláusula de reserva é considerada nula. Admitida a reserva, pelo contrário, face à não oposição de certos Estados, o país que a formula torna-se parte da convenção, sem que esta afecte, no entanto, as suas relações com os Estados que se opuseram à reserva ⁽¹⁴⁹⁾.

O sistema parece ter provado bem, o que resultará, sobretudo, de os inconvenientes geralmente ligados ao abandono da regra do consentimento unânime serem minimizados pela *comunidade de direito* (para usar uma expressão de SAVIGNY) de que arrancam os Estados americanos, e que justificou, como é sabido, a elaboração de um Direito Internacional próprio, cujas normas apresentam um âmbito regional de aplicação ⁽¹⁵⁰⁾. Mas a vigência das suas soluções ficou limitada ao espaço territorial para as quais foram concebidas. Importa por isso, agora, ver como e em que sentido se

(149) Para maiores esclarecimentos sobre a prática da OEA. cfr. J.M. RUDA (n. 143), p. 115.

(150) Em matéria de protecção internacional dos direitos humanos o sistema dos países americanos, na actualidade, é o consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de Novembro de 1969 em S. José da Costa Rica e que entrou em vigor em 17 de Julho de 1978. Para uma análise dos direitos protegidos nesta Convenção, cfr. ANGEL D. CHUECA SANCHO, *Los Derechos Humanos Protegidos en la Convencion Americana de San Jose de 1969*, REDI, v. XXXII (1980), p. 33. Nos trabalhos de HECTOR GROS ESPIELL (*Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme*, Recueil des Cours., n.º 145 (1975 — II), p. 7, PIERRE MICHEL FONTAINE, *Les projets de Convention interamericaine des droits de l'homme: analyse juridique et considerations politiques*, R.B.D.I., v. 5 (1969), p. 146, e THOMAS BUERGENTHAL, *The Inter-American Court of Human Rights*, A.J.I.L., v. 76 (1982), p. 231 e ss. encontrar-se-á a descrição do sistema americano da protecção dos direitos do homem, sua caracterização e precedentes.

procurou, a nível da Sociedade Internacional no seu todo, a composição entre os dois princípios acima referidos que a situação concreta da vida internacional conclamava.

26. O equilíbrio a que se chegou está hoje consagrado nas normas que a Convenção de Viena dedicou ao problema ⁽¹⁵¹⁾. Mas a fórmula nelas retida fora já atingida num parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça ⁽¹⁵²⁾, pedido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a propósito de uma questão que mobilizou o interesse e a atenção dos internacionalistas, parecer cujas conclusões a mesma Assembleia Geral tinha recomendado a todos os Estados ⁽¹⁵³⁾.

A controvérsia fora suscitada pelas reservas formuladas por alguns Estados ao texto da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio ⁽¹⁵⁴⁾. Face à opinião discrepante emitida por vários Estados sobre o efeito jurídico da oposição que faziam a essas reservas (e à não conformidade de muitas delas com a tradicional regra da unanimidade do consentimento e suas consequências), o Secretário-Geral das Nações Unidas, depositário da Convenção, que nessa qualidade comunicara a todos os Estados signatários o conteúdo das reservas, entendeu levar o diferendo à Assembleia Geral daquela organização internacional ⁽¹⁵⁵⁾. A Assembleia Geral, que dispunha na altura de tomadas de posição da Comissão de Direito Internacional e do Secretário-Geral (ambas conformes

Sobre a influência da Convenção Europeia neste como noutros sistemas de protecção regional e nacional dos direitos do homem, cfr. KAREL VASAK, *The European Convention of Human Rights beyond the frontiers of Europe*, I.C.L.Q., v. 12 (1963), p. 1206 e ss.

(151) Cfr. os arts. 19.º e 20.º deste instrumento convencional.

(152) Parecer de 28 de Maio de 1951. Está publicado no *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances de la Cour Internationale de Justice* (1951), p. 15.

(153) Cfr. a Resolução 598 (VI), de 12 de Janeiro de 1952, da Assembleia Geral.

(154) Aprovada pela Resolução 260A (III), de 9 de Dezembro de 1948, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Pode ver-se o respectivo texto *in* BMJ, n.º 245 (Abril de 1975), p. 153.

(155) Para uma descrição minuciosa da controvérsia a que se alude no texto, veja-se fundamentalmente KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 130 e ainda J.M. RUDA, (n. 141), p. 134, KAYE HOLLOWAY, (n. 143), p. 498, DIETRICH KAPPELER (n. 142), p. 37 e GONÇALVES PEREIRA (n. 23), p. 178.

à regra tradicional do consentimento unânime), discutiu a questão na sua 6.^a Comissão, onde as posições se dividiram de forma tripartida: os partidários do regime considerado vigente, os defensores da solução pan-americana e os arautos de um novo sistema, que sustentava serem os Estados plenamente livres na formulação das reservas e concluía que estas apenas limitavam a vigência do tratado entre o Estado autor da reserva e os demais, no tocante às disposições que dela eram objecto ⁽¹⁵⁶⁾.

O debate encerrou-se por uma resolução ⁽¹⁵⁷⁾ em que a Assembleia Geral solicitava, simultaneamente, um relatório à Comissão de Direito Internacional e um parecer ao Tribunal Internacional de Justiça, sobre a questão do regime das reservas. A doutrina consagrada nos dois documentos viria, no entanto, a revelar-se contraditória. Enquanto a Comissão de Direito Internacional manteria o seu posicionamento anterior, em que se confinava à regra da unanimidade, o Tribunal Internacional de Justiça viria a inclinar-se abertamente para as teses mais liberais. Assim, pretendendo embora afastar ao mesmo tempo as duas doutrinas fundamentais em disputa (a da liberdade total em matéria de reservas e a que exige, para a sua admissibilidade, o consentimento unânime dos Estados partes do tratado), o Tribunal avança um critério novo — o da compatibilidade das reservas e das objecções ao objecto e ao fim do tratado — que deveria, na ocorrência, guiar o comportamento dos Estados. O Tribunal acrescenta depois que é a cada Estado em particular que cabe ajuizar de tal compatibilidade, aceitando embora os riscos que a divergência de opiniões entre os Estados a tal respeito não deixaria de gerar.

(156) Assim se afastando da solução pan-americana (cfr. *supra*, n.º 15, p. 174), segundo a qual a reserva tinha por efeito a não aplicação do tratado nas relações entre o Estado autor da reserva e aqueles que a ela tinham levantado objecções.

Esta posição partia dos Estados socialistas, cujas concepções eram na altura minoritárias no seio das Nações Unidas, e que assim pretendiam garantir a sua participação nos instrumentos convencionais internacionais, ainda que tivessem que opôr as maiores reservas ao seu conteúdo, limitando-o, por vezes, de forma drástica. A doutrina por eles defendida, que como veremos viria a ser consagrada na Convenção de Viena, defende *à outrance* os interesses dos Estados minoritários e vem a aproveitar aos países ocidentais (seus tradicionais atacantes) quando, a partir de 1960, e com a admissão nas Nações Unidas dos países em vias de desenvolvimento, a maioria ideológica nas Nações Unidas se inverte, quase sempre em prejuízo dos Estados ocidentais perante a aliança dos países em vias de desenvolvimento com o bloco socialista.

(157) Resolução n.º 478(V) de 18 de Novembro de 1950.

Apresentadas de novo as duas posições à Assembleia Geral esta discutiria uma vez mais o problema, acabando por dar a sua preferência à tese do Tribunal Internacional, que recomendaria aos Estados.

A regulamentação tradicional em matéria de reservas ficava assim abalada, ao mesmo tempo que aparecia uma regra nova, cujo fundamento e elaboração foram no entanto assaz criticados pela doutrina ⁽¹⁵⁸⁾. A situação permaneceu indefinida durante um largo período em que se assitiu à generalização das teses liberais, que seriam de novo acolhidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas ⁽¹⁵⁹⁾, reafirmadas pelo Tribunal Internacional de Justiça ⁽¹⁶⁰⁾ e que encontrariam um crescente eco nos projectos de artigos elaborados sobre a matéria pelos sucessivos relatores da Comissão de Direito Internacional ⁽¹⁶¹⁾.

O estado do Direito Internacional quanto a este ponto viria apenas a ser clarificado pelos preceitos adoptados pela Convenção de Viena ⁽¹⁶²⁾. De acordo com as propostas de HUMPHREY WALDOCK, que a Comissão de Direito Internacional ^(162-a) e a 6.^a Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovaram em 1965, e que traduziam o volte-face da posição tradicional daquele órgão, a Convenção seguiu um

(158) Cfr., por exemplo, o requisitório de KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 181 e p. 259.

(159) Cfr. a Resolução n.º 1452 (XIV)B de 7 de Dezembro de 1959.

(160) Cfr. a decisão de 6 de Julho de 1957 e a análise que dela faz KAYE HOLLOWAY (n. 145), p. 317.

(161) Referimo-nos aos projectos de HERSCH LAUTERPACHT (1953-1954), GERALD FITZMAURICE (1956) e HUMPHREY WALDOCK (1962 e 1965). Dos quatro apenas o segundo se atinha à regra tradicional da exigência do consentimento unânime como requisito da admissibilidade das reservas, enquanto que os restantes três consagravam, em maior ou menor medida, as exigências da universalidade, apontando para regimes mais flexíveis nesta sede. Sobre tais projectos, cfr. J.M.RUDA, (n. 143), p. 156, e KAYE-HOLLOWAY, (n. 145), p. 209 (que no entanto apenas comenta os dois primeiros projectos referidos). Sobre a prática convencional nesta matéria, podem consultar-se os dados fornecidos por KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 235.

(162) Ver os artigos citados *supra*, na nota 151.

(162-a) Para a evolução das posições sucessivamente defendidas no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, cfr. D.R. ANDERSON, *Reservations to Multilateral Conventions: a re-examination*, J.C.L.Q., v. 13 (1964), p. 450 e ss.

sistema largamente inspirado nas teses que tinham obtido vencimento no parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça, em 1951. Assim, se excluirmos o caso das reservas aos tratados que criam organizações internacionais (163), e a hipótese em que a questão das reservas está considerada no próprio tratado, os princípios a observar sobre o problema são os seguintes: no silêncio do instrumento convencional respectivo são possíveis todas as reservas que não contrariem o seu objecto e fim (apenas se mantendo a regra do consentimento unânime para a aceitação das reservas quando se possa afirmar, a partir do conteúdo e fins da convenção, que a aplicação integral do tratado é uma condição essencial da expressão do consentimento de todas as partes — o que significa que a regra anterior é totalmente afastada, só permanecendo na medida em que a aplicação da nova o exija). Concretizando, conclui-se que cabe a cada Estado ajuizar da conformidade de uma reserva ao conteúdo e fim do tratado, e que basta a aceitação de reservas por um único Estado para que o Estado autor da reserva seja considerado parte daquele. Finalmente, o Estado autor da reserva não será considerado parte do tratado em relação àqueles outros que, tendo feito oposição às reservas por ele formuladas, declarem não o considerar parte do tratado (164).

É fácil retirar do exposto que o Direito Internacional actual (se entendermos que a Convenção de Viena consagra normas gerais legitimadas pelo costume) recolhe em grande medida o princípio da liberdade dos Estados em matéria de formulação de reservas aos tratados (165), abdicando assim dos esforços no sentido de obstar a uma pulverização das regras internacionais e ao esvaziamento de um *corpus iuris* que seria aplicável integralmente à maioria dos Estados. Antes se consagrou um liberalismo que decorre directamente do princípio da soberania estadual, na linha, portanto, das estruturas clássicas da Sociedade Internacional (166), e que faz contravapor às tendências e necessidades, a que noutros locais deste trabalho fizemos referência, que apontam no sentido de uma maior e mais efectiva vertebração da Sociedade Internacional. Começando por tentar uma conciliação entre dois princípios de sinal oposto (que traduziam, efectivamente, coordenadas contrastadas da base em que assenta a Sociedade Internacional) o legislador internacional abandonou essa via, tomando nitidamente partido pela vertente que, de alguma forma, é expressão do dogma da soberania estadual, o que traduz, neste particular, um alinhamento claro por uma concepção da

Sociedade Internacional que é afastada de forma patente em muitos outros casos e, curiosamente, em função do mesmo fundamento que aqui presidiu à escolha das soluções retidas: a crescente complexidade da vida internacional e as respostas que o desafio por ela posto à organização da Sociedade Internacional reclama.

B) *A questão suscitada pelas reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*

27. Não é, no entanto, esta a ocasião para analisar os aspectos contraditórios da presente fase da vida da Sociedade Internacional. As considerações que acabamos de fazer, longe de o pretenderem, visam apenas tornar claro qual o estado do Direito Internacional Geral em ma-

(163) cuja solução é especialmente criticada por GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 181. Em particular sobre este problema cfr. M.H.MENDELSON. *Reservations to the constitutions of international organizations*, B.Y.I.L., v. 45 (1971), p. 131 e ss.

(164) Para um juízo sobre estas regras cfr. J.M.RUDA, (n. 143), p. 179, PAUL REUTER, (n. 19), p. 91, D.W. BOWETT, *Reservations to non-restricted treaties*, B.Y.I.L., v. XLVIII (1976-1977), p. 67 e ss. e GONÇALVES PEREIRA, (n. 23), p. 181. O regime das objecções às reservas (nomeadamente no que concerne aos seus efeitos) suscita ainda alguns problemas, que as disposições da Convenção de Viena deixam de alguma forma em aberto. A este propósito cfr. PIERRE-HENRI IMBERT, *La Question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République Française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, A.F.D.I., 1978, p. 29.

(165) De forma ainda mais lata que o fizera o parecer do Tribunal Internacional de Justiça de 1951, como o afirma PAUL REUTER (n. 17), p. 122). No mesmo sentido, PIERRE-HENRI IMBERT (*Les réserves aux traités multilatéraux. Évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour Internationale de Justice le 28 mai 1959*, Paris, 1979, A. Pedone) conclui que a combinação das regras da Convenção de Viena acima referidas torna a exigência do acordo das reservas com o objecto e o fim do tratado algo em branco, que afinal não produz qualquer efeito, pois que qualquer reserva pode ao fim e ao cabo vir a ser aceite desde que uma parte não se lhe oponha (p. 136 — na impossibilidade de consultar esta obra utilizámos as recensões de JOCHEN FROWEIM e RICHARD PLENDER, publicadas, respectivamente, em DÖV, ano 33 (1980), p. 849. e B.Y.I.L., v. 50 (1979), p. 197.

(166) Como o reconhece, de resto, PAUL REUTER, (n. 103), a pág. 17.

téria de reservas aos tratados. Apenas nos importa, aqui e agora, considerar, à face desta realidade, o problema do regime das reservas à Convenção Europeia.

Ao transpor tal regime para o instrumento convencional que aqui nos ocupa há fundamentalmente que dele reter a circunstância de, salvo quando uma proibição resulte, de forma expressa, do texto do tratado, as reservas serem sempre possíveis (e produzirem portanto os seus efeitos próprios) a menos que venham a ser consideradas, por todas as demais partes contratantes, como contrárias ao objecto e fim do tratado.

Sendo estes os princípios que sobre a matéria oferece o Direito Internacional, haveria apenas que os aplicar agora ao caso concreto que nos ocupa. Simplesmente, uma questão pode e deve pôr-se antes: a de saber se as convenções internacionais em matéria de direitos do homem estarão sujeitas ao regime comum em matéria de reservas (que é aquele que acabámos de descrever) ou se, pelo contrário, não justificarão elas um regime especial.

Neste último sentido militarizam algumas razões: por um lado, as convenções internacionais nesta matéria assumem-se geralmente (e a Convenção Europeia é disso exemplo) não como a organização da tutela de todas as manifestações da personalidade humana que se projectam no domínio do direito, mas antes, e apenas, como a enunciação daquele mínimo de direitos fundamentais que se considera não poderem deixar de ser efectivamente protegidos em todas as ordens jurídicas ⁽¹⁶⁷⁾. A ser assim, a ideia mesma de reservas seria neste caso descabida — ao permitir-se aos Estados membros manter de pé, nalguns destes domínios, o direito nacional, estar-se-ia a correr o risco de abrir as portas à não promoção e garantia dos direitos humanos no seio das ordens jurídicas em causa — o que equivaleria a sacrificar o escopo prosseguido ⁽¹⁶⁸⁾. Por ou-

(167) Assim RALPH BEDDARD, (n. 28), p. 206 e CLAUDIO ZANGHI, *L'effectivité et l'efficacité de la garantie des droits de l'homme inscrits dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1976, p. 216.

(168) Cfr. a comunicação de PIERRE-HENRI IMBERT, *La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme* (de que apenas pudémos consultar o sumário) apresentada no V Colóquio Internacional sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, realizado em Francfort, de 9 a 12 de abril de 1980.

tro lado, a aplicação do regime geral teria ainda outras consequências. É que um resultado que ele em princípio permite — o de um Estado não pretender, afinal, assumir as obrigações que decorrem do tratado a que se vincula, antes tendo em mente apenas estabelecer uma cortina de fumo, de miragens e ilusões, tendentes a enganar a opinião pública (nacional e internacional) — ser bem mais grave neste caso, em que o que se joga afinal são os direitos do Homem. Os Estados, na sugestiva expressão de HERSCH LAUTERPACHT ⁽¹⁶⁹⁾, concluiriam assim tratados, não para assumir verdadeiramente obrigações internacionais, mas para dar a impressão de que as tinham assumido. Ora, o combate a esta hipocrisia, que passaria por um maior rigor em matéria de reservas, não seria de dispensar neste domínio.

Finalmente, poderá ainda pensar-se que o sistema da Convenção de Viena se encontra concebido para instrumentos convencionais que, de forma semelhante às contratações entre os sujeitos privados, se apoiem na ideia de reciprocidade. Com efeito, o mecanismo da oposição às reservas e o seu regime parecem, sobretudo, pensados para as hipóteses em que a limitação dos efeitos do tratado, que um Estado pretende garantir através de uma reserva, traduz, na opinião do Estado que a esta se opõe, a introdução de um desequilíbrio de raiz nas relações entre as partes — desequilíbrio que para o último Estado se revela intolerável. O sistema parece assim sobretudo afeiçoado a tratados-contratos, mais do que a tratados-leis, ou seja, criado para acordos em que os Estados regulem entre si interesses disponíveis, que não para aqueles em que se pretenda estarem em causa os «fundamentos da justiça e da paz no mundo» ⁽¹⁷⁰⁾. Além disso, não sendo propriamente afectados, nas reservas que um Estado venha a fazer, os interesses dos outros Estados enquanto unidades jurídicas soberanas (mas os interesses dos homens em geral ou de alguns

(169) Citado por KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 356.

(170) Cfr. o preâmbulo da Convenção Europeia. Salientando também que um sistema concebido para regular a questão das reservas se não poderá basear unicamente na ideia de reciprocidade, também em tratados que se refiram a questões de direito privado, cfr. GEORGES A.L.DROZ, *Les réserves et les facultés dans les Conventions de la Haye de droit international privé*, Revue, v. 58 (1969), p. 381 e ss.

deles) não é de esperar que o mecanismo da objecção funcione nos mesmos termos em que actuaria se se tratasse de impedir a lesão de interesses próprios de um Estado.

28. A admitir-se o bem fundado das razões atrás aduzidas, teríamos que o regime comum das reservas aos tratados deveria aqui ceder o passo a outro sistema. Quais sejam os contornos desse outro sistema é que é ponto que urge dilucidar.

Um primeiro modelo possível consistiria em sustentar a ideia de que, pela sua especial natureza e escopo, os tratados que regulassem a matéria dos direitos do homem não admitiriam reservas ⁽¹⁷¹⁾. Desta forma se daria o máximo relevo às duas considerações que começámos por apontar. Mas, pelo contrário, uma tal solução esqueceria que a eficácia das convenções em matéria de direitos do homem passa também pelo máximo alargamento do número dos Estados que nelas participam — objectivo que não deixaria de se ver prejudicado se e quando a interdição das reservas os forçasse a uma adesão em globo ao normativo convencional. Por outro lado, importa não esquecer, igualmente, que é precisamente nestas convenções, em razão de preverem muitas vezes a instituição de órgãos internacionais com poderes de controle do cumprimento dos seus preceitos, que os Estados sentem por vezes a necessidade de acautelarem a continuidade da vigência de uma ou mais das suas normas — objectivo para o qual as reservas se apresentam como instrumento de fundamental importância ⁽¹⁷²⁾. O peso destas duas considerações não tem parecido negligenciável, em razão do que as reservas continuam presentes e expressamente admitidas nas convenções internacionais sobre direitos do Homem, e, designadamente, na Convenção Europeia ⁽¹⁷³⁾.

(171) Esta fora a posição assumida em 1950 pela Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas que rejeitou todas as propostas tendentes a admitir a formulação de reservas aos projectos de Pactos de Direitos do Homem. Cfr. KAYE HOLLOWAY, (n. 145), p. 243.

(172) Neste sentido cfr. PIERRE-HENRI IMBERT, (n. 168).

(173) Cfr. o art. 64.º da Convenção Europeia. O liberalismo deste artigo era, porém, ao início, muito menos marcado. Com efeito, a proposta da Comissão das Questões Jurídicas e Administrativas da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa apontava primeiro no sentido

Fechada esta primeira via, resta, para quem continue a admitir a inadequação do regime tradicional em matéria de reservas ao caso das convenções internacionais sobre direitos do Homem (agora sobretudo em função da circunstância de estes instrumentos convencionais se não basearem na ideia de reciprocidade — pressuposto que legitima o funcionamento dos mecanismos de oposição previstos na Convenção de Viena ⁽¹⁷⁴⁾) a hipótese de admitir, para elas, a existência de um regime especial. A sua justificação residiria na circunstância de, permitidas embora as reservas, resultar claro que nem todas poderão ser admitidas (como o sublinha já a Convenção de Viena). Reservas que contendessem fundamentalmente com o fim da Convenção haveriam assim de ser excluídas ⁽¹⁷⁵⁾. E, perante a insubsistência da ideia de caber aos Estados singulares o juízo de compatibilidade de uma reserva com os objectivos do tratado (o que decorreria do não funcionamento aqui do princípio da reciprocidade dos compromissos assumidos pelos Estados), a solução estaria em confiar tal controle aos órgãos que a própria Convenção institui, atribuindo-lhes a missão de assegurar o respeito pelas obrigações contraídas pelos Estados através da Convenção ⁽¹⁷⁶⁾. Atenta a forma lata com que a própria Convenção justifica a criação destes órgãos ⁽¹⁷⁷⁾, não se vê, de resto, como sustentar não lhes caber tal competência.

de se exigir uma vigorosa motivação das reservas e a sua sujeição à aprovação maioritária dos Estados já partes da Convenção. Além disso, os Estados que utilizassem tal instrumento ficariam obrigados a justificar, em relatórios periódicos, o porquê da manutenção em vigor das reservas. Cfr. CLAUDIO ZANGHI, (n. 166), p. 216.

(174) Cfr. *supra*, n.º 26, e também HERIBERT GOLSONG na discussão do relatório de CLAUDIO ZANGHI acima referido (n. 167), p. 270.

(175) Cfr. JOHN KELLY, (n. 134), p. 2 e HERIBERT GOLSONG, (n. 174), p. 269, que refere expressamente serem impossíveis reservas que limitem o alcance das disposições convencionais que regulam a constituição e o funcionamento dos órgãos e do sistema de controle criado pela Convenção.

(176) Neste sentido, HERIBERT GOLSONG (n. 167), p. 270, que cita um precedente em apoio desta tese. Levantando alguns problemas a esta solução, veja-se PIERRE-HENRI IMBERT, (n. 168). Este autor parece continuar a não aderir a este ponto de vista no trabalho por último citado (*supra*, n. 165). Neste sentido depõe uma das recensões a que atrás (n. 165) fizemos referência.

(177) Cfr. o art. 19.º da Convenção.

Podemos agora tentar concluir traçando o regime das reservas face à Convenção Europeia.

Em primeiro lugar, e pois que é a própria Convenção que o aceita (178), é admissível a formulação de reservas. Reservas que, no entanto, não podem ter carácter geral, antes se limitando a permitir a salvaguarda da continuação da vigência de uma ou mais normas nacionais que em princípio seriam prejudicadas pelas disposições convencionais. Tais disposições deverão ser objecto de enunciação, de forma que não se possa pretender mais tarde que o âmbito da reserva abrange outros comandos que não os inicialmente indicados (179). Semelhante condicionalismo torna igualmente claro que apenas podem ser objecto de reserva disposições já existentes no momento da ratificação da Convenção, e não normas a serem criadas futuramente (180). Para além disso, exige-se ainda que o Estado autor da reserva a faça acompanhar de uma breve descrição das leis internas cujo conteúdo pretende seja preservado (181).

Em segundo lugar, não se esgota neste condicionalismo formal o quadro de admissibilidade das reservas. Há requisitos de substância que não podem ser afastados. Assim, há certas reservas que não são admissíveis — as que paralistem o mecanismo de controlo previsto na Convenção, e ainda todas as que atinjam de forma intolerável o fim do tratado, isto é, que reduzam a quase nada a protecção dos direitos humanos que a Convenção colima. Não caberá, no entanto, aos Estados proferir este juízo de aceitabilidade das reservas avançadas pelos demais participantes no tratado — o que se justifica pela circunstância de não valer aqui o mecanismo da reciprocidade. Antes deverá competir aos próprios órgãos depositários dos instrumentos de ratificação da Convenção (182) e, em última análise, às instâncias de controlo por ela criadas, a palavra definitiva quanto a este ponto.

(178) Cfr. o art. 64.º da Convenção.

(179) Assim o prescreve o art. 64.º, *in fine*. No entanto, parece ter existido um certo laxismo na interpretação que a Comissão tem feito deste artigo. Assim KAREL VASAK (n. 28), p. 69, CLAUDIO ZANGHI, (n. 167), p. 218 e JOHN KELLY, (n. 134), p. 3.

(180) O que não impede, no entanto, que a Comissão tenha considerado que a reserva pode alcançar uma disposição posterior à entrada em vigor da Convenção, quando tal norma se limita a substituir, sem alargar o seu âmbito, um comando preexistente entretanto revogado. Cfr. o caso referido por CLAUDIO ZANGHI, (n. 167), p. 217.

C) *As reservas formuladas por Portugal*

29. Resta-nos, por último, uma breve referência às reservas efectivamente formuladas por Portugal, a fim de nos podermos aperceber de quais as restrições que o nosso país entendeu fazer à plena vigência e aplicação da Convenção Europeia na sua ordem jurídica — tarefa que não só servirá para traçar o âmbito da efectiva inserção da Convenção no nosso sistema jurídico, como, além disso, poderá iluminar alguns aspectos da questão dos direitos humanos tal como a vê o nosso direito.

As reservas portuguesas são em número de 8 (seis à Convenção e duas ao Protocolo n.º 1), foram todas objecto de aprovação na Assembleia da República, constando, na sua integralidade, da proposta de lei apresentada pelo Governo àquele órgão de soberania⁽¹⁸³⁾, e abrangem as mais diversas matérias. Pretende-se com elas a manutenção em vigor das normas da nossa legislação que prevêm a prisão disciplinar imposta a militares (Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril), que autorizam a incriminação retroactiva e o julgamento dos responsáveis da PIDE/DGS

(181) Exigência feita pelo n.º 2 do art. 64.º que, segundo KAREL VASAK ((n. 28), p. 69), nem sempre terá sido cumprida. Tal valerá, designadamente, para o caso das reservas portuguesas, se a breve descrição referida no n.º 2 do art. 64.º da Convenção se limitar ao que se pode ler nos arts. 2.º e 4.º da Lei n.º 65/78.

(182) De acordo com o art. 66.º n.º 1, este órgão é o Secretário-Geral do Conselho da Europa.

(183) A prática seguida revela que o nosso sistema parece assim inclinar-se (na senda do que julgamos ser a boa doutrina, sobretudo no que toca aos tratados internacionais do tipo da Convenção Europeia) para uma concepção lata no que se refere ao âmbito da intervenção dos Parlamentos na negociação dos tratados, pretendendo que estes órgãos não se devem limitar à pura e simples aprovação daqueles, como o sustentou em tempos RICCARDO MONACO (*Le réserve agli accordi internazionali e la competenza parlamentare*, Rivista, v. XXXVII (1957), p. 72), mas que devem, pelo contrário, funcionar também como juizes das reservas que o Estado venha a, por intermédio do Governo e do MNE, formular. Tal intervenção parlamentar teria a sua razão de ser na ideia de que a participação dos representantes eleitos pelo povo na orientação da política externa (*maxime* quando está em causa a aprovação de instrumentos convencionais cuja publicação na folha oficial provocará a recepção de comandos jurídicos que irão regular matérias da exclusiva competência da Assembleia da República — cf. o art. 167.º, al. c) da Const.) é um valor em si, apenas devendo ser reduzida ou limitada quando tal for exigido pelas funções e competências do Governo em matéria de relações internacionais — o que manifestamente não ocorre no caso que nos ocupa. Para uma discussão deste ponto cfr. *Parliamentary Control over Foreign Policy: Legal Essays* (editado por AN-

(nos termos das Leis 8/75, 16/75 e 18/75, respectivamente de 25 de Julho, 23 e 26 de Dezembro), que impedem que a televisão possa ser objecto de propriedade privada (art. 38, n.º 6 da Constituição), que proíbem o *lock-out* (art. 60.º da Constituição), que criam o serviço cívico obrigatório (art. 276.º da Constituição), que proíbem as organizações que perfilhem a ideologia fascista (art. 46.º, n.º 4 da Constituição), que possibilitam que certas expropriações possam ser levadas a cabo sem indemnização (art. 82.º da Constituição) e que consagram a nível constitucional alguns princípios básicos em matéria de ensino (arts. 43.º e 75.º da Constituição ⁽¹⁸⁴⁾).

A ideia fundamental que se pode retirar da sua formulação é a de que se pretendeu manter algumas opções do legislador constituinte, e uma do legislador ordinário, que contrariam a regulamentação sobre a garantia dos direitos do homem, tal como ela resulta do quadro mínimo da sua protecção que a Convenção Europeia se considera. A intenção do legislador foi, portanto, a de reafirmar na ordem externa a fidelidade a tais opções, que assim reconhece contrárias ao mínimo ético, às bases da ordem pública europeia que aquela Convenção pretende corporizar. O que significa que os indivíduos que, ao serem objecto dos comandos jurídicos ressalvados pelas reservas, pudessem pretender pôr em causa a sua aplicação, invocando para tanto a Convenção Europeia, ficam impedidos de o fazer, dado que a vinculação de Portugal ao clausulado deste tratado termina, mesmo a nível internacional, onde começa o respeito e a observância dos preceitos jurídicos objecto das reservas.

Só assim deverá deixar de se entender se pudesse sustentar-se que as reservas formuladas por Portugal contrariam o fim e o objecto visado

TONIO CASSESE), *Alphen aan den Rijn*, 1980, Sijthoff and Noordhoff; e, em particular à face da ordem jurídica espanhola, ANTÓNIO REMIRO BROTONS, *Las reservas a los tratados internacionales y la competencia de las Camaras Legislativas*, REDI, v. XXXI (1978-1979), p. 65.

(184) Na primeira proposta de lei apresentada pelo Governo — proposta de lei n.º 124/I (publicada no DAR n.º 142 (Suplemento), de 8 de Outubro de 1977, a págs. 5250 — (20) — apenas se previam 5 reservas. O texto não ressaltava quer a proibição do *lock-out*, quer a das organizações que perfilhassem a ideologia fascista, quer os preceitos constitucionais referentes ao ensino, certamente por os seus autores se não terem apercebido de que tais opções constitucionais contrariariam o espírito e a letra da Convenção Europeia.

pela Convenção. Tal não foi porém o juízo do órgão depositário dos instrumentos portugueses de ratificação ⁽¹⁸⁵⁾, pelo que, no presente momento, apenas as instâncias de controle criadas pela própria Convenção poderiam, se chamadas a pronunciar-se a esse respeito, levantar o problema da conformidade de uma ou algumas das reservas portuguesas ao objecto e fim do próprio tratado ⁽¹⁸⁶⁾.

Se e enquanto tal não acontecer, não restam dúvidas de que nada há a opor à validade das reservas, no plano do direito interno (como consequência da sua conformidade ao Direito Internacional), razão pela qual se deverá entender que a vinculação do Estado Português à Convenção Europeia não põe em causa a vigência e a obrigatoriedade das normas internas que a contrariam e que foram salvaguardadas através das reservas. O que é o mesmo que afirmar que o catálogo de direitos contido na

(185) ANTÓNIO MARIA PEREIRA, (n. 133), p. 61 refere no entanto a existência de reacções negativas a nível internacional à doutrina contida nas reservas. Cremos que se tratará possivelmente das cartas dirigidas ao secretário-geral do Conselho da Europa pelos governos de França, da República Federal da Alemanha e do Reino Unido onde se solicitava, a propósito da reserva portuguesa ao § 1.º do protocolo adicional (e que pretendia salvaguardar a vigência do art. 82 da Constituição), que esta «não pode pôr em causa os princípios gerais de direito internacional que prevêm uma indemnização pronta, adequada e efectiva nos casos de expropriação de bens estrangeiros» (cfr. o documento E 46. 420/06.1, do Conselho da Europa, a pág. 6.)

(186) O problema que a esse respeito se poderá pôr seria suscitado em especial por uma reserva: a que se refere às leis que possibilitam a incriminação retroactiva e o consequente julgamento e punição de pessoas por actos que não eram punidos, pela lei nem pelos princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos, no momento da sua prática. O quadro legal que assim dispõe tem sido objecto entre nós de muitas críticas (cfr. CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, Lisboa 1976, p. 7), chegando-se a defender, com apoio na teorização de OTTO BACHOF (*Normas Constitucionais Inconstitucionais*, tradução portuguesa, Coimbra, 1977, Atlântida Editora), a sua inconstitucionalidade, apesar de ele se encontrar expressamente abrangido na Constituição; e isto na medida em que, ofendendo princípios jurídicos fundamentais, «posterga, mais uma vez, o impostergável em matéria de direitos e garantias fundamentais» (AFONSO QUEIRÓ, (n. 10), p. 304. Contra, no entanto, JORGE MIRANDA, (n. 10), p. 195 e GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, (n. 10), p. 538). O princípio da irretroactividade da lei penal é com efeito um princípio jurídico de grau fundamental, que reconhece um direito de carácter básico dos indivíduos e que constitui o cerne da vida humana civilizada (sobre ele cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, v. 1, Coimbra, 1968, Livraria Almedina, p. 153, e JOHN J. CREMONA, *International human rights and the non-retroactivity of penal laws*, Studi in onore di Giorgio Balladore-Palieri, v. II, Milão, 1978, Vita e Pensiero, p. 194). Direito que não pode por isso ver-se limita-

Convenção sofre, de facto, restrições entre nós, e que estas resultam da circunstância de alguns dos direitos que o integram não poderem ser invocados pelos cidadãos portugueses, mau grado a existência e a vigência da Convenção na nossa ordem interna, na medida em que forem postergados por comandos legais cuja vigência e validade se salvaguardaram através das reservas oportunamente formuladas (187).

do sem irreparável dano ao que há de adquirido na «civilização» jurídica, e cujo conteúdo conhecido permanece imodificado e plenamente actual apesar do movimento de alteração de sentido sofrido pelos direitos fundamentais. Com efeito, tal alteração — que decorre sobretudo da circunstância de os direitos humanos deixarem de ser considerados, em exclusivo, como garantias dos cidadãos contra a actuação do Estado soberano absoluto — resulta em certo sentido da ideia de que a afirmação da dignidade humana não se esgota na dimensão que a visa proteger do arbitrio estadual, mas antes, impõe ainda o reconhecimento efectivo de uma outra área que incluiria a garantia de um *status minimum*, sem a qual, ainda que por mera omissão, aquela dignidade estaria a ser continuamente ofendida (sobre a alteração de sentido dos direitos humanos fundamentais cfr. VIEIRA DE ANDRADE, (n. 1), p. 31 e ss., GOMES CANOTILHO, (n. 62), p. 528 (que refere a análise à Constituição Portuguesa de 1976), JORGE MIRANDA, (n. 10), p. 303, REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado* (tradução portuguesa), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 176, GOTTFRIED DIETZE, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, *passim*, HANS H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Berlim, 1974, Verlag. W. Kohlhammer, p. 35 e s., HANS HEINRICH RUPP, *Vom Wandel der Grundrechte*, Archiv des öffentlichen Rechts, v. 101 (1976), p. 161 e ss., HELMUT COING, *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Maim, 1964, Vittorio Klostermann, p. 56 e ss., MARTIN KRIELE, *Die Menschenrechte Zwischen Ost und West*, Köln, 1977, Verlag Wissenschaft und Politik, p. 9, e RUI MACHETE, (n. 1), p. 31. Situando esta questão no contexto mais vasto da compreensão da Constituição, veja-se o que escrevemos em *Direito Internacional Privado e Constituição*, Coimbra, 1980, Coimbra Editora, p. 171.

Importa, contudo, notar que as consequências desta nova concepção dos direitos fundamentais (tanto ao nível do diferente entendimento de alguns dos já existentes, como do daqueles outros que ela obriga e reconhecer) não atingem em nada a consideração do direito a não ser incriminado e punido por lei posterior à prática do respectivo facto como direito fundamental, o seu lugar de trave-mestra deste sistema e a circunstância de, pela sua natureza, não admitir limites. É pois este o principio jurídico que uma das reservas portuguesas visa afastar. Não se estranhará assim, a partir da sua importância e relevo, que se sustente ser a sua lesão incompatível com o objectivo da protecção dos direitos do Homem.

Ainda que de forma bem mais mitigada é também objecto de fortes críticas (AFONSO QUEIRÓ, (n. 10), p. 299 e ANTÓNIO MARIA PEREIRA, (n. 135), p. 58) a reserva que facultava em certos casos a possibilidade de expropriação desacompanhada de indemnização. O último autor citado sublinha a este propósito corresponder a sua formulação mais a uma opção política do que a uma exigência constitucional, na medida em que a Constituição não impõe tal caminho, limitando-se apenas a permitir ao legislador ordinário que o trilhe (assim

30. O reconhecimento de que nem todo o catálogo da Convenção Europeia é afinal objecto de aplicação entre nós parece legitimar a conclusão de que a luta pelo efectivo e pleno reconhecimento dos direitos humanos fundamentais pela nossa ordem jurídica não atingiu ainda o seu termo.

E nem se diga, em contrário, que estamos a hipostasiar o valor e o significado de um instrumento historicizado e situado da protecção daqueles direitos, que nos estamos a referir à consagração que esses direitos obtiveram em determinado momento, como se ela fosse a sua acabada definição. Mais, que a expressão obtida por tais direitos na Convenção Europeia é, afinal, apenas uma forma, porventura superada, até já pela nossa ordem jurídica, de concretização de um património universal (187^a).

Em sentido contrário militam algumas considerações. Por um lado, não parece que a Convenção Europeia possa ser olhada displicentemente, como um mero marco histórico, talvez ultrapassado, de uma caminhada pela protecção e garantia dos Direitos do Homem, caminhada em que, mesmo entre nós, se teriam dado já mais e mais relevantes passos no rumo certo. No sentido do que afirmamos pode invocar-se a circunstância de a adesão à Convenção europeia ter sido encarada muito recentemente pelas Comunidades Europeias — constituídas por um grupo de Estados depositários da mesma civilização em que nos inserimos, e em

também GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA, (n. 10), p. 206), Bem podia, pois, este, autolimitar-se, evitando deixar aberta uma via que contraria a Convenção Europeia, a cuja letra e espírito o nosso País aparenta ter querido permanecer fiel, na medida do possível.

(187) Note-se que, com o que fica dito, se não exclui que as referidas normas de origem nacional possam ser inconstitucionais à luz da nossa ordem jurídica — e então os direitos por elas violados poderiam ser exercidos; mas aí seria por as normas de direito interno que contra eles atentam serem inconstitucionais, e já não por as reservas que garantem a sua preservação, face a normas contrárias de Direito Internacional, carecerem de validade. Naquele primeiro sentido a argumentação de AFONSO QUEIRÓ (n. 10), p. 299 e s.

(187-a) Concretização que o órgão encarregado da sua aplicação e garantia nunca entendeu contudo como algo de estático e concluso, antes considerando o instrumento convencional como algo de vivo, por isso devendo ser interpretado à luz das condições da actualidade. Cfr. a propósito HUMPHREY WALDOCK, *The Evolution of Human Rights Concepts and the application of the European Convention on Human Rights*, Mélanges offertes à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité, Paris, 1981, Éditions A. Pedone, p. 535 e ss.

cuja forma de organização nos pretendemos integrar. Pois, quando a nível comunitário se levantou o problema de consolidar nessa esfera a protecção dos Direitos do Homem, o instrumento pensado foi a adesão à Convenção Europeia — o que, parece, deplorá em alguma medida contra a pretensão de considerar este texto como apenas um entre muitos mecanismos de protecção, que nem seria até o mais adequado na actualidade ⁽¹⁸⁸⁾.

Por outro lado, o sentido de algumas das reservas e da parcela de direito interno que com elas se pretende manter intocada é de molde a

(188) Cfr. o *memorandum* adoptado pela Comissão, a 4 de Abril de 1979, e relativo à adesão das Comunidades Europeias à Convenção de salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais (publicado no Suplemento 2/79 ao *Bulletin des Communautés Européennes*). Sobre alguns problemas de natureza técnica suscitados por tal adesão, cfr. GIUSEPPE SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés Européennes à la convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Revue du Marché Commun* n.º 236 (Abril de 1980) p. 170.

Não é de agora, no entanto, a preocupação das Comunidades Europeias com o problema dos Direitos Humanos. Que ela vem mais de trás o demonstram o relatório da Comissão, de 4 de Fevereiro de 1976, ao Conselho e ao Parlamento Europeu, *A protecção dos direitos fundamentais na criação e no desenvolvimento do direito comunitário* e o estudo elaborado, a pedido da Comissão, por RUDOLF BERNHARDT sobre os problemas ligados ao estabelecimento de um catálogo de direitos fundamentais para as Comunidades europeias (estes dois documentos encontram-se publicados no Suplemento 5/76 ao Boletim das Comunidades Europeias, precisamente intitulado *La protection des droits fondamentaux dans la Communauté Européenne*.) Sobre o ponto cfr. ainda MARIA ISABEL JALLES, *Os direitos da pessoa na Comunidade Europeia*, MARIA EDUARDA GONÇALVES (n. 62), p. 679, M. HILF, *The Protection of Fundamental Rights in the Community*, in *European Law and the Individual*, 1976, North-Holland, p. 145 e ss., HENRY G. SCHERMERS, *The Communities under the European Convention on Human Rights*, *Legal issues of European integration*, 1978-1, p. 1 e ss., S. GHANDI, *Interaction between the protection of Fundamental Rights in the European Economic Community and under the European Convention on Human Rights*, *Legal issues of European Integration*, 1981-2, p. e ss., *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelas, 1981, Bruylant, L. NEVILLE BROWN e JEREMY MC BRIDE, *Observations on the proposed accession by the European Community to the European Convention on Human Rights*, *A.J.I.L.* v. 29 (1981), e os trabalhos de JOËL RIDEAU e LOUIS DUBOUIS, intitulados *Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes* e referentes, respectivamente, às técnicas de protecção e ao objecto e alcance da protecção dos direitos fundamentais (in *RIDC.*, v. 33 (1981), p. 583-599 e 601-623).

Tenha-se ainda presente que, conquanto se não tenha verificado ainda uma vinculação *proprio sensu* das Comunidades europeias à Convenção de Roma, esta última tem vindo progressivamente a integrar o *corpus iuris* comunitário ao ser considerada pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo como uma das fontes dos princípios gerais daquele direito: sobre esta questão cfr. ANDREW DRZEMCZEWSKI, *The domestic application of the European*

suscitar as mais vivas críticas. Refirir-nos-emos apenas a uma delas, a que introduz ressalvas ao princípio, entre todos fundamental, da não retroactividade da incriminação em matéria penal. Com efeito, qualquer entorse a este princípio faz abalar todo o edifício jurídico. E nem se diga, em defesa da situação vigente entre nós, tratar-se de um ponto particular e muito concreto que encontra justificação em razões ponderosas. Não é também a circunstância de ser apenas um bem circunscrito e localizado grupo humano a ser abrangido pela restrição àquele princípio que atenua a sua intolerabilidade.

Assim, as situações em que, de alguma forma, o rigor do referido princípio devem ser objecto de atenuação são apenas aquelas em que, inexistindo embora uma lei escrita que proíba certos comportamentos, estes fossem claramente reprováveis à luz da Justiça, resultando a sua não proibição da autêntica cobertura legal de um Estado de não-Direito (*Unrecht*). Mas, aí, a Convenção Europeia prevê a incriminação, quando salvaguarda ⁽¹⁸⁹⁾ a possibilidade de punição de acções ou omissões que, no momento em que teriam sido cometidas, constituíssem crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Dentro destes limites — que reflectem um entendimento lato, e não formal e positivista, do que é o Direito — a incriminação é possível. Pretender ir mais longe — o que surge revelado pela necessidade de introdução de uma reserva — é levar a incriminação lá onde ela não deve poder já pretender chegar, é afinal utilizar o manto da lei formal para cobrir a interpretação de ofensas graves ao princípio da Justiça.

Por outro lado, importa não esquecer que o princípio da não-retroactividade da incriminação é, entre nós, um direito fundamental constitucionalmente garantido ⁽¹⁹⁰⁾. De modo que a privação de direitos constitucionais de que são objecto certas categorias de pessoas aparece

Human Rights Convention as European Community Law, I.C.L.Q., v. 30 (1981), p. 118 e ss., a decisão do Tribunal das Comunidades proferida a 13 de dezembro de 1979 no caso Hauer (a propósito desta decisão veja-se SIMONA BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, Rivista, v. 64 (1981), p. 318 e ss.) e GANSHOF VAN DER MEERSCH, (n. 75), p. 161 e ss.

(189) Cfr. o art. 7.º, n.º 2, da Convenção Europeia. Esta disposição encontra-se aliás praticamente reproduzida no art. 29.º, n.º 2, da nossa lei fundamental.

(190) Veja-se o art. 29.º da Const.

assim como uma reedição da morte civil, o reconhecimento de que a comunidade estadual, que se organiza e se dota de uma Constituição se permite, igualmente, marginalizar alguns dos seus membros da condição de cidadãos de parte inteira, ao excluí-los do gozo de certos dos direitos fundamentais em que se funda a cidade. Reaparece assim a excomunhão que, como na Idade Média, vem fulminar os *out-law*, os inimigos, aqueles que não integram verdadeiramente a comunidade dos eleitos a que se dirige a Constituição. Seja qual for o traço de união que cimente a identificação destes últimos — com os quais a comunidade como que se considera ainda em estado de guerra, de pré-instauração da ordem constitucional — eles não fazem afinal parte do Estado enquanto homens, mas apenas dele dependem enquanto súbditos. Não são integralmente cidadãos sujeitos de direito — sequer dos direitos do Homem, que só merecerão tal qualificativo quando o forem de todos os Homens ⁽¹⁹¹⁾ — mas diminuídos à condição de metecos, de *hostes*, com quem não se estabeleceu ainda a paz civil.

Não podendo pôr-se cobro à intolerabilidade desta situação através da aplicação integral da Convenção Europeia (dada a validade, na ordem internacional, nos termos acima descritos, das reservas que pelo nosso País lhe foram formuladas) resta-nos esperar do nosso legislador que, na primeira oportunidade — a próxima revisão constitucional — afaste a vigência das disposições que delineiam a situação que acabamos de caracterizar.

(191) E quando puderem por isso ser invocados por qualquer homem, sem excepção ou discriminação, em qualquer circunstância. Sobre o lugar da ideia de não discriminação na Convenção Europeia, em particular, e nos sistemas da protecção dos Direitos do Homem, em geral, cfr. ANGEL CHUECA SANCHO, *No discriminacion en la Convencion Europea de Derechos Humanos*, Revista de Instituciones Europeas, v. 6 (1979), p. 29 e ss. e MARC BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, 1976, Établissements Émile Bruylant.

CONCLUSÃO

31. Retomaremos agora, em breves pontos, os dados que fundamentalmente emergem das reflexões que antecedem.

a) O primeiro é o de que a nossa ordem jurídica consagra o princípio da recepção automática geral ou plena do Direito Internacional Convencional (Const., art. 8.º, n.º 2). Esta recepção surge apenas condicionada pela publicação no jornal oficial das disposições convencionais a que o Estado Português se vinculou internacionalmente e à sua entrada em vigor na ordem internacional. Satisfeitos estes requisitos em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ela impõe-se, pois, como verdadeiro direito aos órgãos portugueses de aplicação do Direito.

b) Deve, depois, entender-se que o Direito Internacional Convencional recebido na nossa ordem jurídica interna tem valor supra-legal, ainda que infra-constitucional. O que significa que, no caso que nos ocupou, as disposições da Convenção Europeia não lograrão aplicação em Portugal se não forem conformes aos princípios e normas da nossa lei fundamental, mas que, ao mesmo tempo, a sua vigência e aplicabilidade não será posta em causa pelo surgimento de leis ordinárias posteriores cujos preceitos as contrariem — leis estas que, elas sim, permanecerão ineficazes.

c) Recebido embora na nossa ordem jurídica, o Direito Internacional Convencional não perde nela, no entanto, a sua natureza originária. O que significa, desde logo, que à interpretação dos preceitos da Convenção Europeia (como dos demais instrumentos convencionais inseridos no nosso sistema jurídico) se deverá proceder recorrendo aos critérios interpretativos próprios da ordem jurídica internacional, preterindo-se assim as regras sobre a matéria constantes do ordenamento jurídico interno português.

d) Em matéria de admissibilidade de reservas aos tratados multilaterais, as regras do Direito Internacional actualmente aplicáveis são de carácter acentuadamente relativista. Assim, de acordo com elas, a liberdade do Estado formular reservas a um tratado de que se pretende tornar parte apenas não existe em dois casos: quando um tratado expressamente determine que lhe não poderão ser formuladas reservas, e quando estas contrariem o objecto e o fim do mesmo tratado — contrariedade de que é juiz o próprio Estado autor da reserva e os demais participantes no tratado, bastando, no entanto, que um dos Estados partes não levante objecções a uma reserva para que esta seja considerada como não contrária ao objecto e fim do tratado.

e) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem admite expressamente (art. 64.º) que os Estados que a ela adiram o façam com reservas. Deve, no entanto, entender-se, no silêncio da Convenção, que, de acordo com as regras aplicáveis, não poderão ser permitidas reservas que contrariem o fim e o objecto deste instrumento convencional. Tendo, porém, presente, que ao operar da Convenção é estranha a ideia de reciprocidade — que constitui o fundamento do regime geral das reservas acima descrito — não parece que o juízo sobre a conformidade das reservas ao objecto e fim do tratado deva competir aos próprios Estados membros mas, pelo contrário, e em última análise, aos próprios órgãos de controlo criados pela Convenção.

f) A elas não tendo levantado quaisquer objecções, quer o órgão depositário dos instrumentos de ratificação, quer o órgão de controlo instituído pela Convenção, deve entender-se que as reservas formuladas por Portugal estão em vigor na Ordem Internacional — o que significa

que as disposições que delas são objecto não poderão ser invocadas, pelos cidadãos portugueses, contra quaisquer violações por parte do Estado dos direitos nelas garantidos. A circunstância de algumas dessas reservas permitirem a manutenção de situações frontalmente contrárias a princípios essenciais da Convenção e de qualquer sistema de Direitos do Homem parece impor, no entanto, a remoção, na primeira oportunidade, das razões que requereram a sua formulação.

ALOCUÇÃO DE
JOSÉ MANUEL M.
CARDOSO DA COSTA

*Investigador da Faculdade
de Direito de Coimbra
encarregado de curso
na Universidade Católica
Portuguesa — Curso
de Direito no Porto*

**A TUTELA
DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS ***

NOTAS

- (*) Comunicação apresentada no «Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem», organizado no Porto, de 27 a 29 de Junho de 1980, pelo Ministério da Justiça e pela Universidade Católica Portuguesa (Curso de Direito no Porto), sob a égide e com a colaboração do Conselho da Europa. O texto que agora se publica baseia-se na gravação em fita magnética do teor oral da comunicação, sem que nele se hajam alterado o objectivo e a indole iniciais desta: simplesmente se procedeu à reelaboração formal (aliás extensa) que se exigia para uma versão escrita. A mais disso, acrescentaram-se apenas um ou outro esclarecimento ou desenvolvimento, nomeadamente os que já tivera ensejo de fazer-se no debate que se seguiu à apresentação da comunicação. Compreender-se-á deste modo, e porque no caso se não trata de um trabalho de investigação ou de revisão dogmática, mas de uma exposição com intuitos basicamente descritos, que se haja prescindido mais possível de notas de pé de página, reduzidas ao mínimo exigido pela economia do texto; e compreender-se-á do mesmo modo, em particular, que as referências bibliográficas se limitem, quase integralmente, à indicação de conjunto inserta no final.

Alocução de JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA

1. *Razão de ser de um tema.*

Vive-se hoje, desde há algumas décadas, e mais concretamente desde o fim da II Guerra Mundial, uma renovada preocupação pelos «Direitos do Homem», isto é, por aquele núcleo básico de direitos que são expoente da dignidade do homem enquanto pessoa, e que na dogmática jurídico-constitucional se usa catalogar sob a rubrica de «direitos fundamentais». Bem pode dizer-se que tal preocupação é uma das características da vida política e da vida jurídica do nosso tempo. Mas o que nesta preocupação há de peculiar reside no facto de ela não se bastar com uma consagração proclamatória dos direitos em textos mais ou menos solenes e exprimir-se sobretudo num generalizado apelo à sua efectiva prática ou vivência nas diversas comunidades humanas — sejam as comunidades nacionais, seja a comunidade universal. É assim nomeadamente que as Convenções Internacionais contemporâneas sobre os Direitos do Homem não se contentam com a mera «declaração» destes, mas procuram institucionalizar mecanismos e procedimentos vários que possibilitem a sua tutela. Dir-se-á que esta é mesmo a finalidade ou a intenção específica de tais Convenções, ou pelo menos de algumas delas, entre as quais se destaca a «Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais», assinada em Roma em 1950 — a mais vulgarmente designada Convenção Europeia dos Direitos do Homem — com os seus Protocolos Adicionais. No sentido que fica indicado poderá sem grande dúvida afirmar-se que a principal «novidade» trazida por estes documentos reside na institucionalização, ainda que incipiente, de

uma garantia jurídico-internacional dos direitos do homem, com tudo o que ela traduz de complemento das garantias internas e de suprimento das suas eventuais lacunas, e pode implicar de vinculação para os próprios Estados.

Neste contexto bem cabe que nos interroguemos sobre qual seja a situação do nosso direito no capítulo da tutela dos direitos fundamentais, e que nos perguntemos, muito concretamente: — de que meios dispõem entre nós os cidadãos para tornarem efectivos os seus «direitos humanos» e para porem termo às violações que os afectem? — serão esses meios suficientes? — em que direcção ou direcções poderão e deverão ser eventualmente aperfeiçoados? Ou, por outras palavras, e colocando estas perguntas na perspectiva do encontro que aqui nos convocou: sendo certo que Portugal é hoje Parte na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o nosso direito assegura já uma realização suficiente do princípio consignado no artigo 13.º dessa Convenção, segundo o qual «todo aquele que tenha sido violado nos seus direitos pela presente Convenção terá direito a um recurso efectivo perante uma instância nacional, ainda que a violação tenha sido cometida por pessoas agindo no exercício de funções públicas»?

Eis as questões que me proponho abordar, embora de um modo necessariamente esquemático, e sem a preocupação, como será compreensível, de lhes dar resposta definitiva: antes só com a de deixar em torno delas algumas reflexões ou pistas de reflexão, entre outras possíveis.

2. Delimitação do tema.

O enunciado das perguntas acabadas de formular deixa já entrever que me proponho analisar apenas um aspecto parcelar da tutela dos direitos fundamentais.

Com efeito a tutela ou protecção destes direitos é assegurada desde logo por um significativo conjunto de princípios e regras constitucionais que têm a ver com a sua definição, com a sua regulamentação, com a delimitação do seu conteúdo e alcance, com o estabelecimento, em suma, dos pressupostos da sua operatividade prática. Este conjunto de princípios e regras constitucionais representa o que pode chamar-se — e, entre nós, VIEIRA DE ANDRADE chama — a tutela «institucio-

nal» dos direitos fundamentais. Começa ela na própria «declaração de direitos», com o seu carácter ou dignidade constitucional, e na consagração do princípio político da separação dos poderes — um princípio que, como se sabe, não se esgota numa dimensão organizatória do Estado, e antes se encontra histórica e essencialmente ligado àquela declaração, num propósito garantístico que não perdeu actualidade; prolonga-se depois por toda uma série de condicionalismos que visam evitar, quando possível, a manipulação e o esvaziamento dos direitos por ocasião e a pretexto da realização da tarefa da sua introdução na vida jurídica, a que são inevitavelmente chamados os poderes públicos — condicionalismos esses em que se contam, p. ex., os que a Constituição expressamente estabelece no tocante ao tratamento legislativo dos direitos, liberdades e garantias e, bem assim, os que dela decorrem no respeitante às possibilidades de intervenção das autoridades administrativas nessa esfera; essa tutela «institucional» estende-se ainda aos condicionamentos constitucionais impostos à declaração do estado de sítio ou de emergência (ou seja, daquelas situações de excepto em que o princípio *salus populi* reclama inexoravelmente uma particular compressão da liberdade das pessoas); vai, enfim, até aos limites estabelecidos à própria revisão constitucional (cfr. art. 290.º, alínea c), a qual não poderá pôr em causa a «declaração de direitos», no que nesta há de essencial e de elemento característico e medular da Constituição «material».

Pois bem: não será desta tutela ou garantia «institucional» dos direitos fundamentais que irei falar. Aquilo de que me ocuparei será antes, e apenas, do que designarei por tutela «processual» dos direitos, ou seja, da sua «garantia» naquele específico e preciso sentido que este conceito assume na teoria geral do direito: o que terei em vista, assim, serão os meios processuais (acções, recursos, reclamações) de que dispõem os cidadãos para obviar às lesões ou às ameaças de lesão desses direitos, de que sejam ou possam vir a ser vítimas.

Não irei, porém, abordar sequer todas as possíveis espécies ou modalidades desta tutela processual. Assim, e em primeiro lugar, referir-me-ei apenas à tutela dos direitos fundamentais *contra actos do poder público*, ou seja, aos meios de defesa de que os particulares dispõem contra actuações da Administração ou do legislador que ponham em causa esses direitos: a restrição justifica-se, desde logo porque ainda hoje é daí que advêm os maiores e mais diversificados riscos de violação

(aberta ou insidiosa) de tais direitos; e depois também porque neste Colóquio teremos ocasião de ouvir uma específica comunicação versando precisamente esse outro tema da «vigência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas». Em segundo lugar, e dentro do limitado domínio que se aponta, irei ocupar-me fundamentalmente dos meios de *tutela jurisdicional* dos direitos, e muito em especial dos que visam obter uma efectivação ou reintegração específica dos direitos violados (ou objecto duma ameaça «actual» de violação): é que tais meios de tutela são os mais importantes e verdadeiramente decisivos — todos sabendo, como sabemos, que o juiz é como que o «natural» defensor e protector do direito e da legalidade, e portanto dos direitos das pessoas, a ponto de bem se afirmar que a «juridificação» do direito (ou de um certo sector dele) só se completa com a institucionalização e o funcionamento de instâncias jurisdicionais. Por último, e por outro lado, resulta já do que comecei por dizer que a minha exposição se situará exclusivamente no domínio dos meios de *tutela interna*, quer dizer, daqueles que são directamente estabelecidos pelo direito interno português, e no respectivo âmbito esgotam a sua eficácia.

3. *Ideia geral.*

Dito isto, a ideia básica que importa destacar, como pano de fundo desta exposição, é a de que o nosso direito, como regra, não conhece meios processuais próprios destinados especificamente a obter a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Entre nós, como em vários outros países (de que se podem dar como exemplo a França ou a Itália), os meios de que os cidadãos se podem socorrer em vista desse objectivo são os mesmos de que dispõem para obter o respeito, pelas autoridades públicas, da generalidade das regras e princípios jurídicos — nomeadamente, regras e princípios constitucionais e legais — a cuja observância as mesmas autoridades se acham adstritas.

Excepção a assinalar, relativamente a esta ideia geral, será apenas — tanto quanto nos apercebemos — a da providência do «*habeas corpus*», que encontra logo uma consagração constitucional expressa (segundo, de resto, o que é tradição portuguesa) no art. 31.º da nossa lei fundamental vigente. Representa tal providência, como se sa-

be, um «último» meio de defesa contra a prisão ou detenção ilegal, meio de defesa que é independente de qualquer outro recurso judicial: constitui assim, inquestionavelmente, uma garantia específica de certo direito fundamental que é verdadeiramente «primário» entre todos eles, pois que se trata da «liberdade física», ou da liberdade pessoal, *tout court*.

Tirando, porém, este caso especial do «habeas corpus», não se encontram no direito português quaisquer meios contenciosos especialmente votados à garantia da generalidade dos direitos fundamentais, ou de alguns deles. Assim, e designadamente, o nosso direito não conhece nenhum instituto equivalente aos que em outros ordenamentos têm essa particular e qualificada função tutelar, como sejam o «recurso de amparo», tradicional nos direitos sul-americanos e também acolhido no direito espanhol, ou a «queixa constitucional» (*Verfassungsbeschwerde*), prevista nos direitos alemão-federal, austríaco e suíço, e particularmente desenvolvida no primeiro. Pode, deste modo, dizer-se que o contencioso dos direitos fundamentais coincide ou se «encaixa», basicamente, no contencioso relativo aos actos do poder público em geral, assumindo assim a natureza deste último contencioso, possuindo idêntica extensão e encontrando-se, por isso, sujeito às mesmas vicissitudes.

Sendo assim, os meios processuais contenciosos de que os cidadãos dispõem para reagir contra violações dos direitos fundamentais cometidos por autoridades públicas são, entre nós, essencialmente dois: a impugnação contenciosa ou recurso contencioso de anulação dos actos administrativos, por um lado, e o direito de invocar, em qualquer processo pendente perante qualquer tribunal, a inconstitucionalidade de uma norma ou normas jurídicas relevantes para a decisão do litígio. Num e noutro, pois, se irá concentrar a análise subsequente — análise em que não se terá a pretensão, evidentemente, de tentar sequer um bosquejo de todos os aspectos significativos dos dois institutos, mas tão-só, de harmonia com o específico e limitado objecto desta palestra, a de salientar alguns pontos relevantes, na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais.

Antes de prosseguir, contudo, não queria deixar de ressaltar que a consideração apenas dos dois instrumentos contenciosos acabados de mencionar tem qualquer coisa de simplificador. Na verdade, e obviamente, não se ignora que a garantia contenciosa dos particulares contra actos da Administração Pública não se esgota na possibilidade de im-

pugnar os actos administrativos ilegais, em vista da sua anulação: ao lado deste «contencioso de anulação» deparamos ainda com o contencioso das *acções* — previsto, designadamente, nos arts. 815.º e seguinte do Código Administrativo — e com alguns casos em que a lei consagra uma impugnação ou recurso *de plena jurisdição*. Ora, não sofrerá dúvida que em várias situações a tutela dos direitos fundamentais pode igualmente obter-se — ou só mesmo pode obter-se — através destes outros meios, seja uma tutela mais ou menos completa, seja só imperfeita e por simples equivalência: pense-se, por exemplo, e pelo que respeita a esta última modalidade, nos casos de violação de direitos em que já não é mais possível a sua reintegração em espécie, mas em que sempre permanece uma obrigação indemnizatória do Estado ou de outras entidades públicas (cfr. art. 21.º da Constituição), a efectivar justamente através da competente «acção». Simplesmente: nos casos em que a tutela se traduz numa indemnização compensatória está-se perante um mero sucedâneo da garantia efectiva dos direitos (ou, então, perante um aspecto puramente complementar de tal garantia); por outro lado, as hipóteses em que poderá eventualmente haver lugar a um recurso de plena jurisdição são, de longe, muito menos frequentes do que aquelas em que cabe uma impugnação com mera eficácia anulatória — que é a garantia contenciosa administrativa comum — e, por isso, muito menos significativas para o nosso tema. Eis porque só a esta última me referirei.

Mas não, em todo o caso, sem ao menos aludir aqui a uma hipótese de recurso contencioso de plena jurisdição que assume a maior relevância em sede de tutela dos direitos fundamentais: refiro-me ao *contencioso eleitoral*. Trata-se aí de assegurar o livre e genuíno exercício desse direito fundamental, verdadeiro postulado estrutural básico de todo o Estado democrático, que é o direito de participação política (cfr. art. 48.º da Constituição), o qual se consubstancia, antes de mais, no direito de voto e se exprime, depois, nas diversas faculdades ou poderes que dele são pressuposto ou lhe vão necessariamente associados: ora, para obviar às eventuais violações desse direito (dessas diferentes faculdades), cometidas pelas entidades às quais é confiada a condução do processo eleitoral, estabelecem-se na lei diversas possibilidades de reclamação e recurso contencioso, que permitem aos cidadãos lesados obter dos tribunais — e dos tribunais comuns, já que são estes os componentes no caso, mesmo tratando-se de eleições autárquicas — não apenas a anula-

ção dos actos ilegalmente (ou inconstitucionalmente) praticados, mas desde logo a definição e declaração positiva (expressamente feita) e executória da legalidade, que é como quem diz, do seu direito.

4. *Recurso contencioso de anulação.*

Ocorrendo a violação de certo direito fundamental através dum acto singular e concreto da Administração — através, pois, dum acto administrativo — o meio de reacção de que os particulares dispõem contra ela reside em geral, como se acabou de dizer, na possibilidade de recorrerem contenciosamente desse acto, em vista da sua anulação.

O recurso ou impugnação é dirigido ao competente tribunal administrativo (1) — que pode ser um tribunal administrativo comum ou um tribunal administrativo especial, como é o caso dos tribunais fiscais — e como seu fundamento o interessado pode simplesmente invocar a ofensa do direito fundamental questionado, reconhecido constitucionalmente. Ponto é que — no tocante a este último aspecto — a norma ou princípio constitucional violado tenha eficácia jurídica vinculativa imediata, quer dizer, seja «directamente aplicável»: mas esta, precisamente, é hoje uma qualidade que o nosso próprio texto constitucional atribui *expressis verbis* ao mais importante sector das normas relativas aos direitos fundamentais — a saber, o das normas relativas aos «direitos, liberdades e garantias» (cfr. art. 18.º, n.º 1, da Constituição) — e uma qualidade que haverá de reconhecer-se, por força do art. 17.º, também da Constituição, ainda a outros direitos não constantes do Título II da sua Parte I (2).

Por via de regra, a ofensa do direito fundamental traduzir-se-á no vício de «violação da lei» materialmente reguladora do acto (violação da chamada «lei de fundo»), de entre aqueles que, segundo o direito português vigente, podem constituir fundamento de recurso contencioso de anulação: a «violação de lei», a que se referem as nossas leis do conten-

(1) Sem embargo de a respectiva petição dever ser apresentada à entidade que praticou o acto — um regime que, introduzido no âmbito do contencioso administrativo comum pelo Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, visa aí abrir a possibilidade de uma reposição pré-contenciosa da legalidade, ou seja, a possibilidade da revisão, pelo seu autor, do acto impugnado.

cioso administrativo, abrangerá assim, desde logo, a própria violação da «lei constitucional». Mas não é de excluir inteiramente que tal ofensa possa também consubstanciar-se num outro vício, como, p. ex., no de «incompetência», e na sua modalidade extrema da «usurpação de poderes»: assim acontecerá se o conteúdo do direito fundamental (aquilo que nele se garante) consistir antes (ou também) numa reserva da competência de certo órgão de soberania para a prática de determinados actos contendo com a esfera de liberdade dos particulares (cfr., v. g., art. 23.º, n.º 4, da Constituição). Seja como for, o que em especial aqui cumpre destacar é o facto de a «violação da Constituição» se perfilar, em si mesma e por si só, verificado que seja o pressuposto, antes referido, da «aplicabilidade directa» dos seus preceitos, como uma das «aberturas» possíveis do recurso contencioso de anulação dos actos administrativos. Ou por outras palavras: é o facto de a «ilegalidade» dos actos administrativos, passível de censura contenciosa, abranger desde logo a sua «ilegalidade constitucional» ou «inconstitucionalidade» (3).

Outra nota a pôr em relevo é a de que a possibilidade de recurso contencioso dos actos administrativos assume, ela própria, a natureza dum direito constitucionalmente reconhecido aos particulares, ou seja, a natureza dum verdadeiro «direito fundamental». A garantia constitucional desse recurso vem já da última revisão da Constituição de 1933, operada em 1971, e encontra-se hoje consignada no art. 269.º, n.º 2, da Constituição vigente — um preceito que mais não representa, ao fim e ao cabo, senão um desenvolvimento qualificado do princípio da garantia da protecção jurisdicional dos direitos, inscrita no art. 20.º, n.º 1.

(2) A outros, mas não a todos — pois que relativamente a boa parte deles (v. g., à maior parte dos inscritos no Título III da Parte I da Constituição) não pode deixar de entender-se que a sua «operatividade» e conseqüente «justiciabilidade» pressupõem uma *interpositio* legislativa complementar e concretizadora (sobre o ponto, amplamente, V. ANDRADE, *Direito Constitucional*, p. 243 ss.). Nem por isso, cumprido tal requisito, o direito fundamental perderá a sua natureza: o que acontece é que a invocação da sua sede constitucional nunca será de per si suficiente para obter uma tutela contenciosa: esta terá de apelar primariamente para as normas legais concretizadoras do direito, pelo que virá a revelar-se, antes de tudo, como uma tutela da «legalidade», e só mediatamente como tutela da «constitucionalidade».

(3) O mais frequente, porém, será a «inconstitucionalidade» do acto administrativo surgir, não como vício exclusivamente imputável ao próprio acto, mas como decorrente já da inconstitucionalidade da norma legal em que este último se baseia: sobre esta situação, *infra*, n.º 5, 1.

Reza o dito art. 269.º, n.º 2, com efeito, o seguinte: «É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios».

Sejam quais forem as críticas que, no plano dogmático, se possam fazer à terminologia ou aos conceitos utilizados pelo legislador constituinte — sabe-se, na verdade, como os conceitos de «definitividade» e «executoriedade» do acto administrativo são hoje objecto de profundo reexame, e como a delimitação do âmbito do recurso contencioso através dessas duas notas, tradicional, no nosso direito, entre nós, é objecto de viva contestação (4) — creio, no entanto, que o art. 269.º, n.º 2, da Constituição pode e deve ser interpretado como estabelecendo uma garantia *completa* de recurso, quer dizer, uma garantia que assegura aos particulares a possibilidade de impugnarem judicialmente todos os actos singulares e concretos da Administração Pública que produzam efeitos jurídicos externos, e sejam susceptíveis, portanto, de lesar os seus direitos. Assim, quaisquer normas legais que excluam esta possibilidade de impugnação relativamente a certos actos ou a certas categorias de actos administrativos, ou que restrinjam os possíveis fundamentos de tal impugnação apenas a alguns dos vícios susceptíveis de gerar a antijuridicidade desses actos, têm de ser havidas como inconstitucionais, e, por via de consequência, como inteiramente irrelevantes.

Eis, pois, como se pode afirmar que entre nós, desde que o direito fundamental em causa seja «justiciável» (ou porque tal decorre imediatamente da Constituição, como sucede quanto ao núcleo mais significativo dos direitos; ou porque já foi objecto da necessária concretização legislativa), sempre o particular, lesado no gozo desse direito através dum acto administrativo, pode obter a anulação deste acto (ou, eventualmente, a declaração da sua nulidade) por sentença dum tribunal administrativo: é a própria Constituição que o assegura, ao revestir da sua mesma dignidade formal a garantia de recurso contencioso.

5. Controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas jurídicas.

I — A violação de um direito fundamental pode, contudo, resultar logo da emissão de uma norma jurídica: será o caso de tal norma conter uma disciplina que faz tábua rasa desse direito, ou o restringe em termos

ou em medida inadmissível. E tanto pode tratar-se aqui — claro está — de uma norma regulamentar (isto é, de uma disposição de carácter geral e abstracto editada por um órgão da Administração) como de uma norma legal.

A respeito desta última hipótese convirá apenas salientar que a «lei» — a lei em sentido formal — deixou há muito de poder ser considerada uma expressão garantida, em todas as circunstâncias, da *recta ratio*. Produto, por via de regra, de uma vontade parlamentar «maioritária», politicamente interessada, que não tem necessariamente de coincidir com a «vontade geral», em sentido rousseauiano; podendo inclusivamente provir do próprio Executivo (como entre nós pode); transformada (também) em instrumento de governo e de administração — a lei passou a ser altamente sensível à influência e às exigências da «política», e a revelar-se, por aí, como mais um potencial agressor dos direitos constitucionais. Também em face dela há que pôr hoje, por conseguinte, a questão da tutela ou salvaguarda destes direitos.

Ora, o nosso ordenamento jurídico — e, em especial, o nosso ordenamento constitucional — não deixa os particulares desprovidos duma adequada tutela perante normas que ofendam um seu direito fundamental: e isto não só quando tais normas sejam de carácter regulamentar, mas ainda (ponto que é evidentemente o mais significativo) quando elas constem duma lei em sentido formal. Reside essa tutela na faculdade que aos interessados é conferida de invocarem em qualquer processo judicial e perante qualquer instância contenciosa a inconstitucionalidade de que enfermam semelhantes normas: tal possibilidade decorre hoje do disposto nos arts. 207.º e 280.º da Constituição. Na verdade, impondo-se aí aos tribunais o dever de oficiosamente se recusarem a aplicar normas inconstitucionais, óbvio é que com isso se reconhece implicitamente às partes o direito de suscitar tal questão, e de promover que na situação concreta *sub judicio* não sejam aplicadas as normas inconstitucionais que as afectem, nomeadamente aquelas que violem os seus direitos fundamentais.

Faculdade que entre nós se não encontra aberta aos particulares é a de um recurso contencioso *directo* de inconstitucionalidade, ou seja, a possibilidade de solicitar a um tribunal a declaração, com efeitos natu-

(4) V, em especial, ROGÉRIO E. SOARES, *Direito Administrativo*, p. 51 ss.

ralmente gerais, da inconstitucionalidade de uma norma, independentemente da sua aplicação a um caso concreto. Não conhecendo o nosso direito tal instituto (5), fica, a quem quer que se considere lesado num seu direito fundamental por certo preceito ou disposição jurídica, o recurso *indirecto* acabado de referir.

A utilização dele pode fazer-se em qualquer processo e perante qualquer tribunal (comum ou especial) — conforme já se deixou dito — e pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição. Ao referir-se esta última nota pretende-se acentuar que o facto de a inconstitucionalidade não haver sido invocada numa instância (e nomeadamente na primeira) não faz precluir o direito a invocá-la ulteriormente, em qualquer fase processual de recurso: trata-se de uma óbvia consequência do dever de conhecimento oficioso dessas espécie de vícios que incumbe aos tribunais.

A propósito deste direito de o interessado invocar a inconstitucionalidade duma norma num processo em que seja parte fala-se com frequência de «excepção» de inconstitucionalidade. E é facto que em muitos casos a questão surge nessa veste processual: assim, p. ex., quando é suscitada pelo réu numa acção cível ou (com maior probabilidade) num processo criminal, como «meio de defesa» tendente a evitar a condenação. Mas em boa verdade é incorrecto — dogmaticamente incorrecto — adoptar generalizadamente essa qualificação processualística: não especialmente porque, quando esse for o caso, se esteja perante uma mera excepção «em sentido geral, lato ou processual» (como a doutrina qualifica os meios de defesa que não precisam de ser invocados pelas partes, porque o tribunal deles conhece *ex officio*), mas antes porque nessa qualificação vai em rigor implicada a ideia de que se trata justamente de um «meio de defesa» do *réu*, e deixa-se afinal na sombra a possibilidade (de verificação igualmente frequente) de a inconstitucionalidade ser logo invocada por quem toma a iniciativa processual (por quem está, pois, na posição processual de *autor* ou equivalente) (6). É isto designadamente o que acontece quando a inconstitucionalidade duma norma legal é suscitada pelo recorrente em recurso contencioso de anulação dum acto ad-

(5) Haverá, porventura, que ressaltar aqui os casos em que é admissível a impugnação contenciosa directa da ilegalidade de regulamentos — uma possibilidade, aliás, que só limitadamente se verifica entre nós, e que de todo o modo se encontra excluída, por força da lei e do entendimento

ministrativo — uma hipótese, de resto, que bem caberá destacar aqui, em sede de tutela dos direitos fundamentais face aos actos do poder público. Pois não será raro que um acto administrativo em que se corporiza a violação dum direito fundamental se baseie (ou pretenda basear) numa autorização legal, de modo que, para obter a anulação desse acto administrativo, só restará ao particular afectado invocar no respectivo recurso, como fundamento ou causa da «ilegalidade» do mesmo acto, a inconstitucionalidade da lei (ou, porventura, da interpretação dela) em que ele se fundamenta.

II — Pode dizer-se que o traço essencial característico de uma modalidade de fiscalização contenciosa da conformidade constitucional das normas jurídicas como a acabada de referir reside em inserir-se ela no exercício da actividade jurisdicional em geral (e, nesse sentido, na sua falta de autonomia relativamente a esta): usa chamar-se-lhe, por isso mesmo, controlo *difuso* da constitucionalidade. Ao consagrá-lo em princípio, a Constituição de 1976 limita-se a prosseguir uma tradição do nosso direito: uma tradição que, mantida (e mesmo, em certo aspecto,

que a esta tem sido prevalentemente dado pela jurisprudência, quanto aos regulamentos do Governo. Haverá que ressaltar esses casos se e na medida em que se aceitar que através de tal impugnação pode igualmente ser atacada a inconstitucionalidade do regulamento: semelhante entendimento é rejeitado por autorizada doutrina (cfr. A. QUEIRÓ, *Lições*, p. 498 ss.) quanto à inconstitucionalidade orgânica e formal em que se traduza a ilegalidade do diploma; mas é possível que a situação não deva olhar-se da mesma maneira quando se esteja (e é a hipótese que em sede de tutela dos direitos fundamentais mais interessa) perante a «ilegalidade qualificada» dum regulamento que consistirá sua inconstitucionalidade «material».

Entretanto, e por outro lado, deixa-se aqui de parte a questão da admissibilidade da impugnação contenciosa de diplomas ou preceitos legais que incorporam um verdadeiro acto administrativo (leis-medida com eficácia consuntiva). O Supremo Tribunal Administrativo vem recusando persistentemente essa admissibilidade, e com ele a doutrina tradicional: mas o ponto, apesar do disposto no art. 16.º n.º 1, da Lei Orgânica daquele tribunal, é discutido e discutível. A tal respeito apenas cabe anotar o relevo que o problema pode assumir justamente no que concerne à tutela dos direitos fundamentais.

- (6) Por consequência, só num sentido *latíssimo*, muito para além de todos os que são usuais na doutrina processualista (cfr, por todos, MANUEL DE ANDRADE *Noções Elementares de Processo Civil*, I (com a col. de A. VARELA), Coimbra, 1956, p. 123 ss.), se poderá falar aqui duma «excepção».

alargada) na Constituição de 1933, vem já da Constituição de 1911 (não deixando, aliás, de ter os seus pródromos ainda antes) e confere ao direito português, no que toca ao reconhecimento da faculdade de os tribunais verificarem a regularidade e a compatibilidade constitucional das leis, um carácter precursor no espaço europeu.

Dir-se-ia que neste capítulo o nosso direito cedo se deixou inspirar pelo pensamento jurídico-constitucional americano, pois que cedo se teve entre nós a noção (típica desse pensamento) de que o controlo da constitucionalidade das normas jurídicas, nomeadamente sob o ponto de vista material, é algo que entra nas atribuições «naturais» do juiz, é algo de «conatural» à função de julgar. Ou, vistas as coisas de outra perspectiva: cedo encontrou entre nós uma manifestação clara a ideia de que a Constituição não é um documento que se reduza à mera intenção jurídico-organizatória de estruturar um sistema político (acompanhada, quando muito, de uma intenção «programática»), mas encerra desde logo, e para além disso, um propósito de ordenação normativa básica da vida social, ou seja, um objectivo jurídico-normativo material. Numa palavra: a Constituição é, também ela, e neste sentido, «direito» — *the fundamental and paramount law* — «direito» que aos tribunais cumpre igualmente aplicar.

É nesta tradição, no fundo, que se inscreve a Constituição de 1976, ao consagrar um controlo contencioso pleno da constitucionalidade das leis e outros diplomas normativos — uma *allgemeine Prüfungs- und Verwerfungskompetenz* de normas jurídicas. E, se cabe aqui recordá-lo e sublinhá-lo, é que o aspecto mais nobre e significativo dessa tradição reside — consoante já o inculca o que vem de ser dito — na tutela, assim confiada aos tribunais, não tanto dos princípios organizatórios da Constituição, mas sobretudo dos princípios e valores jurídico-materiais básicos de que ela é expressão, e entre estes, segura e justamente, dos direitos fundamentais das pessoas.

III — Cumpre, em todo o caso, referir que, não só o sistema do controlo difuso da constitucionalidade é objecto na actual Constituição portuguesa de uma limitação, como em especial o próprio princípio da jurisdicionalização desse controlo sofre aí uma restrição ou entorse: uma e outra coisa emergem do art. 282.º, n.º 1, da lei fundamental, o

qual impõe um recurso obrigatório para a Comissão Constitucional de todas as decisões em que os tribunais «se recusem a aplicar uma norma constante de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável, com fundamento em inconstitucionalidade». Não cabendo agora analisar detidamente a razão de ser deste regime — o qual se deve a um condicionalismo histórico-político bem conhecido —, sublinharei apenas que ele envolve uma entorse ao dito princípio da jurisdicionalização do controlo porque, em meu modo de ver, e sem embargo das regras que a Constituição estabelece no tocante à composição da Comissão Constitucional, esta última não pode considerar-se, verdadeiramente, um tribunal (do ponto de vista orgânico): não tanto porque lhe cumpra, além duma função materialmente jurisdicional, uma função consultiva do Conselho da Revolução; antes e sobretudo porque a Constituição, configurando-a como um órgão ancilar do mesmo Conselho (que é um órgão político) e atribuindo a sua presidência, com voto de qualidade, a um membro deste último órgão, lhe retira aquela característica duma plena independência «orgânica», essencial a qualquer instância contenciosa.

De qualquer modo, não deve negar-se que a institucionalização da Comissão Constitucional não deixou de ter as suas vantagens. A primeira, creio que reside no facto de ela ter permitido um apuramento da justiça constitucional e mesmo a criação entre nós duma verdadeira «jurisprudência constitucional»: a própria actividade da Comissão o vem indiscutivelmente comprovando. A segunda vantagem consiste no facto de, pela via do recurso obrigatório para a Comissão Constitucional, se abrir a ulterior possibilidade da declaração com efeitos «erga omnes» da inconstitucionalidade de uma norma: na verdade, e como se estabelece no art. 281.º, n.º 2, da Constituição, se a Comissão Constitucional julgar uma norma inconstitucional em três casos concretos, tratando-se de inconstitucionalidade material, ou num só, se se tratar de inconstitucionalidade orgânica ou formal, o Conselho da Revolução pode conferir a esse julgamento força obrigatória geral. Ora — e voltando ao nosso específico tema — esta possibilidade não deixa de ter o maior interesse, ainda do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais.

6. *Apreciação: o recurso contencioso.*

Indicados, muito esquematicamente, os meios de tutela contenciosa de que os cidadão podem entre nós socorrer-se para garantia dos seus direitos fundamentais, impõe-se agora uma breve reflexão acerca da suficiência de tais meios para o fim em vista.

I — Começando pelo recurso contencioso de anulação, penso que se poderá dizer que ele confere uma garantia bastante satisfatória, e em princípio suficiente, quando esteja em causa a violação dos direitos de liberdade (os direitos do *status negativus*, na classificação de JELLINEK), correspondentes em via de máxima aos direitos fundamentais clássicos ou «direitos, liberdades e garantias», consoante lhes chama a nossa Constituição, no Título II da sua Parte I. É que tais direitos implicam para o Estado fundamentalmente um dever de abstenção: por consequência, traduzindo-se a sua violação necessariamente num acto positivo do Estado, em regra bastará a simples eliminação deste acto obtida através da «anulação» contenciosa, para basicamente repor o direito violado (7).

Semelhante juízo sobre a «eficácia» da impugnação judicial dos actos administrativos nas hipóteses acabadas de referir mostra-se justificado sobretudo após os significativos aperfeiçoamentos que o Decreto-Lei n.º 256 -A/77, de 17 de Junho, veio introduzir no regime do contencioso

(7) Com isto não se pretende dizer que tudo se resolva, ou resolva sempre, com o simplismo ou o automatismo que as palavras deixam aparentemente supor — pois se tem consciência de que ainda na área agora em causa se porá muitas vezes o problema duma efectiva destruição das consequências do acto viciado (*Folgenbeseitigung*), isto é, duma efectiva «execução» da sentença administrativa (sobre esta execução, em geral, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, Lisboa, 1967). E, designadamente, não se esquece que o exercício de certos direitos de liberdade pode, apesar de tudo, encontrar-se dependente duma determinada condição administrativa, embora de carácter vinculado (uma *autorização*, v.g.), de tal modo que nunca em rigor a mera abstenção estadual será nesse caso bastante para que os cidadãos deles se possam prevalecer (pense-se, p. ex., no direito do art. 44.º, n.º 2, da Constituição e na exigência legal de passaporte). Em boa verdade, porém, quando tal se verifique os direitos de liberdade vêm a encontrar-se afinal numa situação idêntica, sob o ponto de vista da sua garantia contenciosa, à descrita *infra*, sob II, valendo então também para eles (ainda que porventura em menor grau) as considerações aí feitas.

administrativo português. Quero referir-me em especial ao facto de a Administração ter passado a ficar sujeita a regras muito mais apertadas, e a um controlo muito mais intenso por parte dos tribunais administrativos, no tocante à execução dos julgados destes últimos; e, depois, ao estabelecimento, como princípio geral, da obrigação de fundamentar os actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, ou que em geral lhes sejam desfavoráveis (o que é obviamente da maior importância para permitir um efectivo controlo judicial da sua legalidade, mormente nas zonas de discricionariedade da Administração) (8).

Mas, apesar do que fica dito, e ainda no tocante aos direitos fundamentais de liberdade, não deixa a protecção conferida pelo recurso contencioso de anulação de se revelar, ou poder revelar, incompleta ou deficiente em alguns aspectos, aliás nada irrelevantes. Um deles respeita à *morosidade* dos recursos, sempre nalguma medida inevitável: não raro sucederá que a satisfação obtida através do recurso contencioso seja tardia, não vindo já a tempo de possibilitar o exercício do direito nas circunstâncias e condições pretendidas (pense-se, p. ex., na proibição dum reunião ou manifestação a realizar em dia determinado). Outra deficiência — a qual, de resto, tem a ver também com a acabada de referir — é a que resulta de o recurso contencioso de anulação não cobrir capazmente os casos em que a actuação da Administração se traduz no que a jurisprudência e a doutrina francesa chamam uma *voie de fait*, ou seja, os casos em que essa actuação é «insusceptível de ligar-se ao exercício de um qualquer poder legal»: falta no nosso direito, na realidade, um meio expedito que permita pôr cobro a situações caracterizadas por uma tão grave ilegalidade — um meio que sobretudo permita nestes casos uma pronta *restitutio in integrum* do direito violado — e a simples impugnação judicial dos actos administrativos não constitui, de facto, sucedâneo bastante para essa falta.

II — Simplesmente, para além dos clássicos direitos de liberdade, os direitos fundamentais conhecem hoje uma nova dimensão, que é a daqueles cujo conteúdo implica uma prestação ou um conjunto de prestações materiais (prestações de bens ou serviços) do Estado em favor das pessoas: trata-se basicamente dos direitos agrupados no Título III da

Parte I da Constituição portuguesa sob a epígrafe de «direitos económicos, sociais e culturais», e que, retomando a terminologia jellinekiana, se dirá corresponderem a um entendimento *aggiornato* e alargado do *status positivus* dos cidadãos. Ora, quanto a estes outros direitos, já pode justificadamente perguntar-se se o recurso contencioso de anulação ainda representará um meio em geral satisfatório (como sucede no caso dos direitos de liberdade) de tutela judicial (9).

Tudo vem de que a sua efectivação se não basta com uma mera abstenção por parte do Estado — quer dizer: da Administração Pública — mas exige, como acabou de referir-se, uma actividade prestatória por parte da última, a qual necessariamente pressupõe uma sua actuação «positiva»: traduzir-se-á esta, desde logo, nos actos administrativos (*stricto sensu*) necessários à concreta definição da espécie e medida da prestação a que o particular tem direito e, depois, nos actos de execução e nas operações materiais através dos quais se consubstancia a sua efectiva atribuição. Daí que, quando sejam violados estes direitos fundamentais, a sua reintegração se não opere automaticamente com a simples anulação do acto ilegal da Administração (que pode ser, aliás, um «acto tácito»), mas reclame algo mais: assim, por exemplo, não será suficiente, no caso, a simples anulação do indeferimento dum pretensão que foi formulada por um particular, mas antes será ainda necessário que a Administração, vencida no recurso, promova depois a prática dos actos positivos que dêem satisfação ao direito do recorrente.

Ora, o contencioso administrativo não é entre nós, como não é em geral, um contencioso de «substituição»: o respeito pelo princípio da se-

(8) E a estes aspectos poderá acrescentar-se um terceiro, que assume um especial relevo nas hipóteses, para que se chamou a atenção na nota anterior, de direitos de exercício condicionado: trata-se do carácter facultativo que o referido diploma veio atribuir ao recurso do chamado «acto tácito» de indeferimento (em especial sabendo-se como entre nós a anterior «obrigatoriedade» de tal recurso redundava com frequência, quando ulteriormente vinha a ser tomada uma decisão expressa de indeferimento, na preclusão de qualquer possibilidade de impugnar um acto ilegal da Administração).

(9) Cumpre advertir que a «justiciabilidade» destes direitos não decorre imediatamente da Constituição, a não ser nalgum caso excepcional, mas antes exige uma concretização legislativa. Temos aqui, pois, a situação referida *supra*, na nota 2: de todo o modo, e como nesse lugar já se deixou dito ou insinuado, não deixamos por isso de ter um problema de tutela de «direitos fundamentais».

paração dos poderes não permite, na verdade, que os tribunais administrativos tomem, em lugar dos agentes administrativos, as decisões exigidas pela lei e pelo direito; mas, além disso, ele também não é, por via de regra, um contencioso de «plena jurisdição», o que significa que esses tribunais não têm, em princípio, nem a faculdade de definir «positivamente» a legalidade, nem muito menos a de «condenar» a Administração, ordenando-lhe a tomada de determinada ou determinadas decisões. Nestas circunstâncias, e em hipóteses como as agora consideradas, da anulação dos actos ilegais, entendida na sua pureza, deriva apenas uma definição como que *mediata* ou *indirecta* da legalidade — cuja suficiência se pode, na verdade, questionar, não obstante as cautelas legais hoje estabelecidas, e já mencionadas, respeitantes à execução das sentenças e acórdãos das instâncias jurisdicionais administrativas, e também o novo regime do recurso no caso de «silêncio» da Administração.

III — Feito este sumário balanço sobre o meio processual de tutela de que basicamente dispõem os particulares para defesa de agressões aos seus direitos fundamentais provindas de actos da Administração Pública, não será descabido acrescentar agora uma breve nota sobre alguns possíveis caminhos para o preenchimento das lacunas que, como acabámos de ver, o actual sistema de garantias deixa apesar de tudo em aberto.

A este respeito, pode começar por dizer-se que entre tais caminhos não parecem estar, nem a consagração da possibilidade de recurso a *instâncias internacionais* — aliás, já reconhecida entre nós pelo que toca à Comissão Europeia dos Direitos do Homem —, nem a introdução no nosso direito de um instituto semelhante à *Verfassungsbeschwerde* ou «queixa constitucional», a que atrás se aludiu. Não é que se ponha em causa a grande importância destas garantias: trata-se só de que não se afigura serem elas as directamente vocacionadas para colmatar as específicas deficiências antes referidas. De facto: — nem se logrará por aí obter temperar à morosidade das decisões judiciais e à ausência de uma tutela expedita nos casos de «vias de facto», já que a admissibilidade tanto do recurso para a Comissão Europeia como da «queixa constitucional» (a desta, pelo menos, em geral) pressupõe a prévia exaustão dos meios internos ou dos meios ordinários de defesa dos particulares, respectiva-

mente; — nem se suprirá a falta de uma mais acabada garantia dos direitos fundamentais a prestações, pois que a tutela assegurada pela Comissão Europeia respeita exclusivamente aos direitos fundamentais clássicos (que são os abrangidos pela Convenção), e pois que a «queixa constitucional» (se porventura nalgum ordenamento cobre direitos daquela índole) tem, em princípio, a natureza dum mero recurso de «cassação», isto é, de um recurso cuja eficácia é ainda simplesmente «anulatória».

A verdade é que as preocupações que estão na base dos dois meios de tutela dos direitos fundamentais ora aludidos são outras: são preocupações mais genéricas, e não especificamente as de obviar a dificuldades do tipo das atrás expostas. Do que se trata é de atender, por um lado, à singularidade de tais direitos como «direitos do homem», cuja validade transcende as fronteiras nacionais, e, por outro lado, à sua natureza constitucional e, portanto, supra-legislativa: daí que se intente alargar a sua tutela ao próprio plano da ordem jurídico-internacional e que no plano interno essa tutela adquira contornos qualificados, sendo confiada, em último termo, àquela instância (*maxime*, o tribunal constitucional) à qual cabe privilegiadamente a guarda da Constituição.

Posto isto, julgo que a superação das deficiências ou dificuldades acima referidas passará antes por uma reconsideração do nosso sistema de controlo contencioso da juridicidade dos actos da Administração — o que logo nos remete para um tema que transcende largamente o limitado propósito e âmbito desta palestra. Assim sendo, cingir-me-ei a deixar aqui uma breve indicação — mas sem o compromisso que só um estudo cabal das suas múltiplas e fundas implicações permitiria firmar, e antes como simples alvitre para reflexão — de duas vias que permitiriam eventualmente colmatar as aludidas deficiências ou lacunas.

Uma delas seria a da consagração no nosso direito, ao lado da impugnação contenciosa, com mero escopo anulatório, de uma verdadeira *acção de condenação da Administração* (10) (algo de semelhante à *Verp-*

(10) *Rectius*: o alargamento da utilização de tal meio contencioso à tutela da actividade administrativa em geral — pois que a nossa lei já o admite hoje, como se sabe e atrás se referiu de passagem, no domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade civil da Administração (cfr. art. 851.º do Cód. Adm.).

flichtungsklage existente na República Federal da Alemanha): por aí se lograria uma tutela mais acaba dos direitos fundamentais cuja satisfação exige uma prestação (material) do Estado.

Outro caminho consistiria em admitir a possibilidade de um cidadão, alvo de uma violação particularmente grave e ostensiva de um direito fundamental — de um manifesto «abuso do poder», digamos —, obter de um tribunal um «mandado» ordenando à Administração a cessação imediata da violação. Tratar-se-ia, no fundo, de conceder uma espécie de *writ of mandamus* (dos direitos inglês e de inspiração inglesa), de certo modo equivalente, no domínio de outros direitos de liberdade, à providência de «*habeas corpus*» prevista para os casos de prisão ilegal: este outro caminho poderia, por sua vez, ter ajustado cabimento nas hipóteses, atrás mencionadas, das simples «vias de facto» administrativas. Um instituto desta índole, de resto, não se encontra só nos direitos anglo-saxónicos: além de ocorrer algo de paralelo no direito francês (recurso ao tribunal comum precisamente nos casos de *voie de fait*), conhecem-no vários direitos hispano-americanos (justamente sob a forma, a que já atrás se aludiu, de recurso ou *juicio de amparo*), e conhece-o em particular o direito brasileiro, sob a denominação de *mandado de segurança* (Lei n.º 1 533, de 31 de Dezembro de 1959) (11) (12). Quanto a este último, aliás, adverte MARCELLO CAETANO — e será curioso referi-lo aqui — que pode mesmo descobrir-se um seu antecedente remoto, provavelmente não desconhecido do legislador da Nação-Irmã, na figura da «segurança real» das nossas Ordenações Filipinas.

(11) O mandado pode ser impetrado não só quando ocorra qualquer facto abusivo (independentemente da existência dum acto administrativo) violador de «direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*», mas também logo que haja «justo receio de sofrer» semelhante violação. Basta, pois, uma ameaça, mas terá de ser, compreensivelmente, uma ameaça *actual* (e não simplesmente potencial): uma tal hipótese, na verdade, deve assimilar-se às de consumação dum «via de facto» administrativa, que no texto foram consideradas.

(12) Numa mesma linha de preocupações pode referir-se o art. 53, n.º 2, da actual Constituição espanhola, quando prevê, para a tutela dos «direitos fundamentais e liberdades públicas», não apenas um «recurso de amparo» para o tribunal constitucional, mas desde logo *un procedimiento basado en los principios de preferéncia e sumariadad* correndo nos tribunais ordinários (ainda não regulamentado por lei).

7. *Apreciação (cont.): o controlo da constitucionalidade.*

I — Passando agora à apreciação do outro meio de tutela considerado — a saber: o direito conferido a quem seja parte num qualquer processo de invocar perante o tribunal respectivo a inconstitucionalidade duma norma jurídica relevante para a decisão do caso — direi que, a meu ver, ele concede aos particulares a protecção judicial básica exigível contra a eventual violação dos seus direitos fundamentais proveniente de normas jurídicas e, em particular, de normas legais. Na verdade, a partir do momento em que a aplicação de tais normas se efectiva — e em que, portanto, elas deixam de representar uma ameaça ou um perigo meramente potenciais para os direitos de determinada ou determinadas pessoas, para se converterem em instrumento «actual» de agressão desses direitos — têm os cidadãos seus destinatários aberta a possibilidade de, no meio contencioso próprio, obterem do juiz uma decisão que, desaplicando a norma, salvguarde ou restaure o direito fundamental posto em causa. A uma tal desaplicação da norma violadora do direito — já o recordámos — deve o tribunal proceder mesmo officiosamente.

No tocante ao regime que entre nós vigora de controlo da constitucionalidade, o que fundamentalmente importará — em ocasião que virá a ser a da próxima revisão constitucional — é eliminar a restrição hoje existente, e acima referida, ao princípio da jurisdicionalização do controlo, e voltar à integral observância deste princípio. Teoricamente acham-se aqui abertas duas possibilidades: uma, é a do regresso puro e simples ao regime da Constituição de 1911 e da Constituição de 1933, diplomas nos quais se consagrava unicamente o controlo judicial *difuso* da constitucionalidade (nos termos atrás recordados); outra, será a de, tendo em conta a situação que hoje vigora, caracterizada pela existência da Comissão Constitucional e pelos poderes de controlo «abstracto» da constitucionalidade que cabem ao Conselho da Revolução, vir a instituir-se um tribunal constitucional, em cuja jurisdição acabe por «concentrar-se», em certos termos, a emissão do juízo definitivo sobre a constitucionalidade.

A verdade, todavia, é que, não obstante a existência desta alternativa, já hoje se poderá prognosticar sem grandes dúvidas (atentos os sinais vindos de vários lados) que vai ser o segundo o caminho escolhido. Assim, as questões que irão realmente pôr-se serão as da configuração, en-

quadramento e competência do tribunal, e entre elas — olhando as coisas no restrito aspecto que ora aqui nos importa — a da sua articulação com os tribunais em geral, quer dizer, a da articulação dos poderes de um e dos outros no domínio específico do controlo da constitucionalidade.

A respeito desta última questão, quereria apenas sublinhar que entendendo dever a articulação em causa estabelecer-se sem prejuízo duma competência por assim dizer «plena» dos órgãos jurisdicionais portugueses para o exercício do chamado *judicial review* de leis e outros diplomas — ou seja, sem prejuízo da faculdade que lhes vem sendo reconhecida de decidirem, eles próprios, da existência ou não de inconstitucionalidade. Em termos processuais, obrigará isto a que, no domínio do chamado controlo «concreto», o tribunal constitucional só venha a pronunciar-se *em recurso* das decisões dos restantes — à semelhança, justamente, do que agora sucede com a Comissão Constitucional. Uma tal solução não só é a que deixa intocado o tradicional princípio do nosso direito segundo o qual os tribunais «têm acesso» à Constituição — pelo que deverão ser também chamados, como que em «diálogo» com o tribunal constitucional, à guarda dela — mas ainda é a que parece impor-se por razões práticas de celeridade processual.

II — Vindo a instituir-se um tribunal constitucional, uma pergunta que poderá fazer-se é a de saber se não deverá, nesse caso, abrir-se aos particulares a possibilidade de interporem um recurso *directo* de constitucionalidade, ou seja, a faculdade de solicitarem desse tribunal a apreciação da conformidade constitucional duma norma independentemente da sua aplicação a um caso concreto. Tratar-se-ia, em suma, e fazendo mais uma vez apelo ao direito comparado, de consagrar no nosso direito uma *Verfassungsbeschwerde* ou «queixa constitucional» directa de leis.

Pela minha parte, porém, discordaria abertamente de uma tal solução, desde logo pelo facto (omitindo já outros motivos) de que ela, apesar das cautelas processuais que pudessem estabelecer-se, envolveria seguramente o risco da «inundação» do tribunal com recursos desprovidos daquele mínimo de consistência e importância susceptível de justificar a sua intervenção. Por isso penso que um recurso dessa índole (um recurso *directo* ao tribunal constitucional), recurso que abre o caminho a um

controlo *abstracto* da constitucionalidade de normas jurídicas, deve ser reservado a um conjunto restrito de entidades — tal como hoje se prevê, no art. 281.º, n.º 1, da Constituição, pelo que respeita ao controlo exercido pelo Conselho da Revolução.

De resto, mesmo estabelecido em tais moldes apertados, não deixa um recurso desse tipo de se traduzir numa garantia suplementar dos cidadãos, mormente no domínio dos direitos fundamentais: pois, exercendo designadamente o seu direito de petição (art. 49.º da Constituição), bem podem eles conseguir que uma das entidades para tanto legitimadas solicite do tribunal a apreciação da norma que consideram inconstitucional. Não é outra, pelo menos, a lição da nossa actual prática constitucional, embora no âmbito de um controlo não jurisdicionalizado, como é o do Conselho da Revolução, sob consulta da Comissão Constitucional (13). Neste contexto deverá sobretudo realçar-se a posição particularmente importante do Provedor de Justiça, em cuja específica e singularíssima missão cabe antes de mais, obviamente, um dever de defesa da Constituição e dos direitos nesta reconhecidos (14), e ao qual muito provavelmente continuará a ser conferida no futuro a faculdade de solicitar ao órgão competente a declaração da inconstitucionalidade de normas legais ou outras.

III — Entretanto, questão diversa da admissibilidade de um recurso directo ao tribunal constitucional, aberto mesmo aos particulares, é a de saber se não deverá ser-lhes facultada a possibilidade de recorrerem para

(13) À luz dessa prática bem poderá inclusivamente dizer-se que o regime do art. 281.º, n.º 1, da Constituição redundou em que se instituisse entre nós uma como que *acção popular indirecta* de constitucionalidade. E a tal ponto que é legítimo perguntar se o fenómeno, nas proporções que por vezes assume, corresponde exactamente ao sentido de um controlo abstracto da constitucionalidade, e se não deverá por isso, em sede de revisão da Constituição, reconsiderar-se e porventura restringir-se o elenco das entidades que podem desencadear esse controlo.

(14) Recorde-se que, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro, o Provedor de Justiça tem por função principal «a defesa dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos», função que exerce a dois níveis: através dum controlo informal, e de natureza recomendatória, da actividade administrativa, ou justamente promovendo a apreciação da constitucionalidade de normas jurídicas. Desenvolvidamente, v. F. ALVES CORREIA, *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*, separata dos «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro», IV, Coimbra, 1979.

essa instância suprema quando, havendo invocado perante os órgãos jurisdicionais comuns (*hoc sensu*), num feito submetido a julgamento, a inconstitucionalidade duma norma, a sua alegação não tenha obtido acolhimento. Uma tal possibilidade não se encontra agora consagrada no âmbito do recurso para a Comissão Constitucional, o qual só funciona, excluída a situação particular prevista no n.º 2 do art. 282.º da Constituição, *in favor legis*: deverão as coisas modificar-se, uma vez que seja instituído entre nós um tribunal constitucional?

Também aqui não tenho a resposta por duvidosa, só que num sentido oposto ao da que foi dada à questão anterior: julgo, na verdade, que, passando a existir um tribunal constitucional, terá todo o cabimento estabelecer simultaneamente a modalidade de recurso agora em apreço. Não, porém, admitindo-o em todas as hipóteses em que um tribunal se recuse a reconhecer a inconstitucionalidade duma norma, mas antes só quando o vício assuma uma particular gravidade: será esse justamente o caso quando a inconstitucionalidade se traduza na violação de um «direito, liberdade ou garantia» dos cidadãos. E justificar-se-á que se admita neste caso um tal recurso, porque, confiada a última palavra da defesa da Constituição a um órgão jurisdicional que para o efeito se considere especialmente qualificado, não faz muito sentido que os particulares não possam chamá-lo a intervir quando entendam estar a ser efectivamente desrespeitado (e não só potencialmente ameaçado), na respectiva esfera pessoal, um qualquer dos direitos que marcam mais característica e decisivamente a lei fundamental, na intenção garantística que ainda agora é primacialmente a sua.

Eis aqui, pois, um domínio em que poderá futuramente progredir-se no sentido de uma mais acabada tutela dos direitos fundamentais, *rectius*, dos direitos, liberdades e garantias. Eis, por outras palavras, e afinal, os limitados termos em que, segundo o meu modo de ver, não será ousado admitir entre nós, desde uma próxima revisão constitucional, uma espécie de *Verfassungsbeschwerde* de leis.

Mas ainda aqui se tornará necessário agir com cautela — na definição das condições e pressupostos da admissibilidade do recurso ora delineado — para que o tribunal constitucional não tenha de pronunciar-se senão naqueles casos cuja gravidade e importância justifiquem a sua intervenção. Para tanto, impõe-se fundamentalmente que seja conferida ao tribunal a faculdade de proceder à triagem prévia das questões que

lhes são submetidas, a fim de reter apenas as que considere *ripe for judicial determination* (consoante se usa dizer na jurisprudência norte-americana). Uma indicação a tal respeito, dá-no-la, por exemplo, a lei orgânica e processual do *Bundesverfassungsgericht* alemão-federal, quando condiciona a admissibilidade da decisão material duma *Verfassungsbeschwerde* ao facto de «ser de esperar de tal decisão o esclarecimento de uma questão jurídico-constitucional» ou à circunstância de a denegação dessa decisão «acarretar um grave e inevitável prejuízo» para o queixoso. No fundo, não se anda longe de uma *discretionary jurisdiction*, como é ainda, em boa parte, embora em menor escala tratando-se de questões constitucionais, a da *Supreme Court* dos Estados Unidos (exercida nesse caso pela via da concessão de um *writ of certiorari*) — uma concepção decerto não familiar à tradição jurídica europeia-continental, e à nossa também, mas que de todo o modo se afigura fornecer o ponto de vista mais ajustado para perspectivar a regulamentação do recurso a que vem de aludir-se.

8. Conclusão.

Fazendo um balanço global, creio poder dizer, a concluir, que o direito português, embora não conheça instrumentos processuais específicos para o efeito, já hoje assegura, no geral, uma tutela jurisdicional bastante satisfatória dos direitos fundamentais: merece particular destaque o facto de essa tutela ter logo assento constitucional e a circunstância, bem assim, de ela se revelar especialmente efectiva no domínio dos clássicos direitos de liberdade, atenta a eficácia constitucional directa e a mesma estrutura destes direitos. Não obstante, não falta entre nós espaço — vimo-lo também — para se progredir no sentido de uma mais eficaz e completa protecção dos direitos constitucionalmente reconhecidos às pessoas, em suma, dos «direitos do homem».

Só que — e com esta advertência se deseja terminar — os diferentes instrumentos ou mecanismos votados à tutela contenciosa desses direitos não são tudo, nem sequer, porventura, o mais importante, para garantir a sua real e quotidiana vivência em cada comunidade política. Igualmente importantes são os meios de «tutela institucional» a que se começou por fazer referência; mas verdadeiramente decisivas, mais do que isso,

serão as condições políticas, sociais e económicas efectivamente vigentes numa certa comunidade: pois, se essas condições forem tais que a Constituição não passe aí de uma «mera folha de papel», de pouco valerão as técnicas jurídicas de protecção dos direitos.

Importa não esquecer, porém, que em tal condicionalismo — o condicionalismo em que se forja a «eficácia normativa» da Constituição — não desempenha um pequeno papel a própria «vontade da Constituição», de que fala K. HESSE numa frase tantas vezes citada, ou seja, e como diz J. RIVERO, «a aspiração do povo, servida pela vontade dos governantes». O que significa, no fundo, que pela efectiva vigência dos «direitos do homem» — que é como quem diz, da liberdade, da igualdade e da fraternidade possíveis entre os homens — numa certa comunidade é desde logo responsável cada um dos seus membros singulares e concretos: é desde logo responsável, numa palavra e afinal, cada um de nós!

Mas nada disto, ao fim e ao cabo, é novo. Pois, na verdade, outra não era a consciência que os constituintes franceses de 1791 já claramente tinham, quando, reflectindo sobre a garantia da sua obra, deixaram inscritas na Constituição estas palavras lapidares: «L'Assemblée Nationale Constituante en remet le dépôt à la fidélité du Corps législatif, du Roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français»!

Indicações bibliográficas

- J.C. VIEIRA DE ANDRADE — *Direito Constitucional* (Direitos fundamentais), Coimbra, 1977;
- A.-R. BREWER-CARIAS — *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme dans les pays de l'Amérique Latine*, na «Revue Intern. Droit Comparé», 1977;
- MARCELLO CAETANO — *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1977;
- CONSEIL DE L'EUROPE — *La protection de l'individu au regard des actes de l'administration* (relatório), Strasbourg, 1975;
- PAUL KAUPER — *Judicial review of constitutional issues in the United States*, em «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart», Köln-Berlin, 1962;
- JOACHIM MARTENS — *Die Praxis des Verwaltungsprozesses*, München, 1975;
- AFONSO R. QUEIRÓ — *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976;
- JEAN RIVERO — *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français*, na «Revue Intern. Droit Comparé», 1977; idem — *Les Libertés Publiques*, Paris, 1973;
- DIETER-HELMUT SCHEUING — *La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne*, em «Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso». vol, III, Madrid, 1969;
- ANDREA HANS SCHULER — *Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und österreichischem Recht*, em «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», N.F., Band 19 (1970);
- ROGÉRIO E. SOARES — *Direito Administrativo* (lições ao Curso Complementar da Faculdade de Direito), Coimbra, 1978.

COMUNICAÇÃO DE
JOSÉ CARLOS
VIEIRA DE ANDRADE

*da Faculdade
de Ciências Humanas
da Universidade Católica
Portuguesa*

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS
RELAÇÕES
ENTRE PARTICULARES**

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

1. O tema da eficácia dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados foi baptizado e é conhecido na doutrina pelo nome de «*Drittwirkung der Grundrechte*» — eficácia dos direitos fundamentais *perante terceiros*.

Este nome, que revela a preponderância da doutrina alemã no estudo da matéria, é em si significativo e serve-nos como ponto de partida para identificar o problema que lhe está subjacente.

Quando se faz referência a «terceiros», parte-se do pressuposto de que há uma relação fundamental de que certas entidades estão excluídas, por não serem «partes». Aqui, concretamente, pressupõe-se que os sujeitos privados são estranhos às relações jurídicas constituídas pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esta afirmação, à primeira vista surpreendente, ganha, todavia, sentido se pensarmos os direitos fundamentais exclusivamente nas relações entre cada indivíduo e o Estado. Então, em cada caso, os *outros* sujeitos privados (os outros indivíduos, em princípio) são *terceiros*, porque não participam dessa relação concreta.

Contudo, a expressão é válida, mesmo em abstracto, se for entendida num sentido mais específico: os particulares são terceiros, porque *não podem ser* sujeitos *passivos* das relações jurídicas que constituem os direitos fundamentais. Ou, dito de outra maneira, porque os direitos fundamentais não valem *contra* os sujeitos privados, são direitos que os indivíduos apenas podem opor ao Estado, aos poderes públicos.

Ora, foi com esse carácter «público» que nasceram os direitos fundamentais, tais como os entendemos num sentido moderno.

Embora a ideia de dignidade da pessoa humana, que fundamenta toda a doutrina dos direitos fundamentais, tenha raízes mais profundas na História, foi apenas com o triunfo do liberalismo que se criaram as condições culturais, sociais e políticas para a consagração jurídica dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

E, então — quando o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político, quando a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público — não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.

Mas, podemos ir ainda mais longe e afirmar que os direitos fundamentais *não podiam deixar de ser* concebidos dessa maneira: para além da natural influência de um contexto favorável, está em causa uma *exigência* teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham precisamente como *finalidade* a protecção da Sociedade contra as intromissões do poder político.

A consagração constitucional dos direitos e liberdades dos cidadãos não representa apenas a defesa do indivíduo isolado perante o Estado, a garantia do cidadão contra os arbítrios do poder. Essa consagração significa, no fundo, também a defesa da Sociedade, no seu conjunto, perante o Estado, a defesa, afinal, de um determinado modelo de sociedade e de uma determinada ideia de Estado.

A sociedade burguesa vivia da liberdade económica, na crença da «mão invisível» do mercado, que automaticamente conduziria ao melhor dos mundos possíveis. Para isso, tinha de evitar a interferência do Estado na vida económica e social, reduzir à abstenção essa mão visível, que devia apenas velar pela segurança pública, garantindo a *autonomia* da esfera privada e respeitando a *liberdade* e a propriedade dos indivíduos (os seus direitos fundamentais).

Os direitos fundamentais foram concebidos, portanto, como direitos de liberdade e, no pressuposto da inimizade do Estado — mais exactamente, da inimizade do poder executivo, que em geral continuava nas mãos do monarca e dos seus funcionários — como poderes de que os in-

divíduos, seus titulares, dispunham para assegurar a autonomia privada contra as tendências opressoras da Administração Pública, como direitos contra o Estado.

E foi dessa maneira que historicamente se foram concretizando. Os direitos fundamentais não aparecem como uma afirmação abstracta da dignidade individual, mas, em princípio, como catálogo formal de situações em que os cidadãos podiam exercer a sua liberdade e em que ficava vedada ao Estado (à Administração Pública) a interferência ou a exclusão. E essas situações iam sendo definidas conforme as necessidades reais de protecção sentidas, isto é, conforme os perigos de opressão pelo Estado se manifestavam ou deles se tomava consciência. Este *processo reactivo e acumulatório* de produção dos direitos fundamentais, que continua a ser característico do nascimento dos novos direitos, liberdades e garantias (cfr., p. ex., o artigo 35.º da Constituição), confirma o seu carácter libertário e «anticrático» (anti-poder).

Evidentemente, também os indivíduos estavam obrigados juridicamente a respeitar a liberdade dos seus concidadãos e, de algum modo, competia ao Estado assegurar esse respeito, prevenindo ou castigando abusos e violações e solucionando conflitos.

Porém, esse respeito devido e essa protecção exigida não funcionavam no quadro dos direitos fundamentais, mas no âmbito do direito privado e do direito criminal. Se um particular atentasse contra a integridade física de outrém, este último não invocaria o direito fundamental previsto na Constituição, mas o artigo correspondente do Código Penal. Ou, no caso de uma violação de um direito real, não seria invocado o direito fundamental da propriedade, mas o preceito próprio do Código Civil.

Os direitos fundamentais eram vistos, deste modo, como um *instituto específico* das relações entre o individuo e o Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social.

2. Esta concepção simples e esquemática dos direitos fundamentais não podia, contudo, resistir imune às mudanças operadas na realidade política e social, das quais resultou a nova ordem a que se convencionou chamar «sociedade técnica de massas».

Agora, não pode já pressupor-se a garantia da liberdade individual e social como valor primeiro e único da comunidade política. Pelo contrário, pensa-se que a liberdade individual tem de ser comprimida e restringida, e a liberdade social desaparece, substituída pela exigência contrária de uma intervenção regular, extensa e profunda da máquina estatal na vida da sociedade.

A regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, antes serve para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar colectivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade industrializada, complexa, dividida e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos económicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de bem público.

Perante esta lição dos factos, o sistema dos direitos fundamentais torna-se mais complexo e diferenciado.

Por um lado, não pode pura e simplesmente remeter o Estado para a categoria fixa do «inimigo público», pois que surge uma nova espécie de direitos fundamentais que se realiza não contra, mas *através* dos poderes públicos — os «direitos de prestação» ou «direitos sociais», que implicam precisamente programas políticos de actuação nos campos da saúde e assistência, habitação, trabalho, ambiente, ensino, etc.

Por outro lado, torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais-burguesas. As relações interindividuais (horizontais) ganham importância à medida que se verifica a profunda imbricação entre os interesses das pessoas e o conseqüente acréscimo da dependência mútua.

Por outro lado ainda, em consequência ou consonância com essas transformações, a área da sociedade deixa de ser (ou de poder ser vista como) o palco de actuações individuais, à medida que se multiplica a actividade dos grupos de interesse — sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos económicos, associações cívicas, desportivas, etc. — que, por vezes, dispõem de elevado poder social.

O aparecimento do estado providencial e benfeitor, a forte interdependência individual e a erupção de entidades privadas poderosas obrigam, por força, a repensar os termos em que até então era posto o problema da aplicação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais ganham uma dimensão *objectiva*: eles são também normas (de valor) constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais — esbate-se o antagonismo indivíduo-Estado, que tinha sido a força criadora dos direitos do homem.

O Estado-Administração vai aparecer na vida social metamorfaseado em diversas figuras jurídicas e, por vezes, na veste de sujeito privado, ao mesmo tempo que entidades privadas exercem tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em certas áreas sociais — esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em consequência, a diferença entre o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais.

Neste contexto já é possível pôr-se o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Em certo sentido, e simetricamente em comparação com a situação anterior, talvez se deva dizer que esse problema *tem* de ser posto.

E vai ser posto em duas direcções concorrentes: em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios constitucionais não podem deixar de aplicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o Estado, mas também, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto.

É assim que se pergunta se ou até que ponto as liberdades religiosa ou de residência, p. ex., podem ser limitadas por contrato; se é lícito o apelo ao boicote de um filme ou de um livro; se é válido um contrato em que os empregadores se obrigam e não admitir trabalhadores não inscritos num certo sindicato; até que ponto é admissível a restrição da liberdade dos jogadores de um clube desportivo ou dos membros de um partido

político ou de uma ordem religiosa; quais os poderes de sancionamento que os pais ou tutores podem exercer sobre os menores; se é admissível juridicamente que alguém contrate uma agência privada de detectives para vigiar determinada pessoa; ou que alguém publique um livro com um personagem nitidamente baseado na vida íntima de uma outra pessoa.

Ou se é lícito a um empregador contratar ou deixar de contratar um trabalhador por causa da confissão religiosa, sexo ou opção política dele; se o senhorio pode despejar um inquilino por não pagamento da renda quando tolera a permanência de outro que também não a paga; se uma pessoa pode legitimamente deixar os seus bens por testamento apenas a familiares de um dos sexos, excluindo o outro; se os donos de hotéis, táxis ou restaurantes podem recusar a permanência, o transporte ou o serviço a certas categorias de pessoas (estrangeiros, pessoas de raça diferente ou de determinado sexo).

Evidentemente, estas questões não são novas como questões jurídicas e para elas se foram encontrando por vezes, no âmbito do direito privado, respostas legislativas, jurisprudenciais ou doutrinárias. O que está em causa é a correção dessas respostas: saber se a solução jurídica destes problemas não deverá encontrar-se à luz da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, isto é, se ela não depende do facto de os sujeitos privados envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

3. As posições defendidas a este propósito dividem-se entre aqueles que advogam a aplicabilidade imediata dos (preceitos constitucionais relativos aos) direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados (posições monistas) e aqueles que só indirectamente admitem a relevância dos direitos fundamentais nesta área, primariamente regulada pelo direito privado (posições dualistas).

De acordo com as primeiras, os direitos fundamentais têm uma eficácia absoluta (*erga omnes*) enquanto direitos subjectivos ou enquanto normas de valor e aplicam-se *directamente* nas relações privadas. Ao contrário, as posições dualistas afirmam que as relações entre particulares são reguladas por um conjunto *especial* de leis — (direito criminal e direito privado) — e que os direitos fundamentais quando muito pode-

riam aí actuar (por serem normas constitucionais de valor) enquanto princípios de *interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados próprios do direito privado (por exemplo, as cláusulas da «ordem pública» e dos «bons costumes» no âmbito dos negócios jurídicos).

No espaço determinado por estas posições mais radicais aparecem entretanto na doutrina (sobretudo na doutrina alemã) propostas de soluções intermédias, que procuram equilibrar, mais de um lado ou mais do outro, os valores conflitantes em jogo.

A análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas leva, por vezes, os autores a porem a questão da sua efectiva contradição. As teorias surgem mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar a sua tese central com os princípios ou situações que são, afinal, os que fundam a argumentação das outras. Por vezes, todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegam ao mesmo resultado prático.

Por um lado, as teorias dualistas admitem de facto a influência das normas de valor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, embora essas cláusulas *filtrem*, na aplicação, o conteúdo das normas constitucionais, mantendo o «espírito jusprivatístico».

Além disso, essas teorias alargam muitas vezes o campo de aplicação *directa* dos direitos fundamentais à execução de tarefas administrativas públicas através de meios de direito privado e mesmo a actividades económicas ou negociais auxiliares da Administração quando representam o exercício de um «poder específico estadual», mesmo que a actuação seja feita por figuras de direito privado.

Por seu lado, as teorias da eficácia absoluta afirmam que esta não existe para todos os direitos fundamentais, que é necessário ver, para cada direito específico, se ele também vincula, e até que ponto, o comportamento dos particulares. O mesmo vale na aplicação do princípio da igualdade, para o qual se reconhece na liberdade individual um limite. A preocupação maior destas teorias é a protecção dos indivíduos contra os «poderes sociais», sem com isso quererem negar a liberdade negocial ou a autonomia privada (individual).

4. O problema jurídico que aqui está em causa interessa directamente à opinião jurídica portuguesa, pois a nossa Constituição estabelece, no n.º 1 do artigo 18.º, que «os preceitos constitucionais relativos aos direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e *privadas*».

A letra do preceito constitucional não pode, contra o parecer de alguns autores, ser considerada decisiva. Por um lado, ela não é inequívoca, pois não impõe que a vinculação das entidades privadas se faça do mesmo modo que a das entidades públicas. Mesmo que se pretenda ligar a aplicabilidade imediata antes referida no preceito à vinculação das entidades privadas, sempre restará averiguar qual o sentido a dar à expressão «entidades» — se ela deverá referir-se a todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas colectivas ou indivíduos «poderosos».

Por outro lado, trata-se de uma questão basilar de interpretação e aplicação da Constituição, que não pode ser satisfatoriamente resolvida através do mero recurso a argumentos literais ou gramaticais.

É assim que a Constituição regula alguns direitos fundamentais, em determinados aspectos, de tal maneira que só podem valer perante o Estado; outros são desde logo pensados na sua eficácia perante sujeitos privados. Entre os primeiros contam-se os direitos de asilo e de não extradição e expulsão (actual art.º 33.º) ou a garantia do «habeas corpus» (art. 31.º). Entre os segundos, poderão mencionar-se o direito de resposta (art.º 37.º, n.º 4), a liberdade de expressão e criação dos jornalistas (art.º 38.º, n.º 2), o direito de associação no seu aspecto negativo (art.º 46.º, n.º 3), o direito à greve, na parte que respeita ao empregador (art.º 58.º) e, talvez, o direito ao ambiente, no que respeita ao disposto no n.º 3 do artigo 66.º (cf. igualmente o n.º 3 do actual artigo 78.º).

O texto constitucional não resolve o problema, que terá por isso, de ser objecto de discussão doutrinária e, em última análise, de decisão jurisprudencial.

Entre nós, manifestam-se, como era de esperar, as mesmas posições divergentes que atrás referenciamos — as teorias da eficácia absoluta e as teorias dualistas.

As primeiras procuram dar maior protecção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar. Fazem

apelo para isso ao forte pendor socializante da Constituição e à necessidade de os poderes públicos assegurarem a todos os níveis a igualdade e à justiça social, intervindo e organizando, estabelecendo imperativos, disciplinando e proibindo.

As segundas procuram defender uma margem de liberdade de acção para os particulares, tentando evitar que através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo se afecte o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos. Privilegiam, por isso, as normas constitucionais que indiciam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família e o fenómeno sucessório.

Também entre nós o problema parecerá não constituir uma questão prática de relevo, pois que, embora não haja grande experiência neste domínio, é de esperar que as diferenças de solução final sejam pequenas. Todos acabam por concordar em certos pontos essenciais: que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas, por um lado; mas, que não pode destruir-se a autonomia pessoal e que a liberdade negocial e geral não pode ser sacrificada, por outro lado.

Mais, tal como as doutrinas surgem, parece que a diferença entre elas se reduz a permitir ou não que a jurisprudência, que se presume defensora das liberdades constitucionais, corrija as eventuais deficiências do direito privado nesse domínio.

Ora, acontece que, por vezes, particularmente em Portugal, a legislação de direito privado (incluindo aqui o direito do trabalho) acompanha mais de perto a evolução da sociedade e reflecte mais intensamente o programa de valores constitucional do que a jurisprudência.

Daqui resulta a nossa convicção de que, seja qual for a teoria adoptada, os seus quadros são capazes de suportar soluções concretas equilibradas e justas.

No entanto, esta afirmação geral não deve satisfazer os juristas nem arrastá-los para uma relativa indiferença neste domínio.

Não pode ignorar-se, pelo menos, que, por detrás da pluralidade de opiniões da doutrina jurídica nesta matéria, está em jogo uma questão

teórica fundamental, que é a do *significado* do instituto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

E, é evidente, essa questão teórica só será seriamente encarada se der lugar, neste como noutros problemas específicos dos direitos fundamentais, a uma elaboração dogmática, que permita desenhar com a precisão e clareza possíveis os contornos do instituto em face de um conjunto indeterminado de situações concretas.

É com essa intenção e nessa perspectiva que se alinham a seguir algumas considerações sobre o problema, que pretendem ser simultaneamente finais e introdutórias de um debate.

5. Falou-se até agora sempre de direitos fundamentais e é essa a expressão que dá o título a este texto. No entanto, o problema de que aqui se trata só é posto em relação a uma espécie de direitos fundamentais, as liberdades tradicionais, a que a nossa lei constitucional chama «direitos, liberdades e garantias».

Não é de facto pensável numa sociedade livre que os direitos sociais (direitos a prestações) possam ser invocados directamente nas relações entre particulares. Esses direitos (direitos à habitação, à saúde e assistência, etc.) só valem perante o Estado, embora este possa eventualmente, para a sua realização, impor a certas categorias de particulares, por via legislativa, deveres, obrigações ou encargos. É o que resulta claramente da letra e da razão de ser dos preceitos constitucionais aplicáveis.

A única questão que se pode levantar diz respeito à extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias a outros direitos fundamentais (art.º 17.º). Parece-nos, contudo, que, seja qual for a interpretação que se dê a esse preceito, sempre terá de exigir-se que um direito que se pretenda fazer valer directamente nas relações entre sujeitos privados seja *análogo* aos direitos, liberdades e garantias consagrados no Título II da Parte I da Constituição — e essa exigência exclui inequivocamente os direitos a prestações (v., nesse sentido, a nova redacção do art.º 17.º).

6. Parece, por outro lado, estar fora de dúvida a eficácia dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais na área das relações entre particulares. Sendo os direitos fundamentais também princípios de

valor objectivos, não podem deixar de valer nas relações privadas. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição, que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico.

Assim, os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringam ou contrariem, designadamente por diminuírem a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias neles previstos. Além disso fornecem argumentos que influenciam, por vezes decisivamente, a interpretação das normas jurídicas (ordinárias) que regulam as relações de direito privado.

Esta eficácia mínima não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos fundamentais, pois resulta directamente do princípio da constitucionalidade e é comum a todas as normas constitucionais.

No entanto, parece que a Constituição de 1976, ao consagrar o princípio da vinculação das entidades privadas no n.º 1 do art.º 18.º, em ligação com o princípio da aplicabilidade imediata, pretende dar relevo especial, isto é, uma eficácia mais intensa aos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias.

Resta saber até que ponto é legítimo estender essa eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre sujeitos privados.

7. Julgamos igualmente fora de dúvida que a vinculação dos sujeitos privados não pode ser feita nos mesmos termos em que é estabelecida para as entidades públicas. A autonomia (privada) individual está consagrada como princípio constitucional e não pode ser comprada nem reduzida a uma discricionariedade administrativa. Apesar das zonas cinzentas que dão origem a uma certa fluidez das fronteiras, não está ainda dissolvida a distinção entre o direito público e o direito privado (entre «possibilidade» e «licitude»).

Quanto a nós, o especial carácter vinculativo dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas reside na extensão da sua eficácia imediata a todos aqueles casos em que intervêm pessoas colectivas ou indivíduos que disponham de poder especial sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder — e não relações entre iguais — e justifica-se a protecção da li-

berdade dos homens comuns em termos equiparados aos da garantia contra o poder do Estado. Nesse sentido deverá ser entendida a expressão «entidades privadas» utilizada no n.º 1 do artigo 18.º.

O poder em causa não tem de ser um poder jurídico, bastando que se trate de um poder de facto inequívoco, e objectivamente determinável, como existe, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, pelo menos de bens essenciais. Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea (embora esta possa tornar-se relevante por outra via, por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico).

Porém, as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas. Assim, não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe entre menores e pais (ou tutores) e aquela que liga um empregador a um empregado ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e uma empresa monopolista, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre os grupos e os membros, conforme forem ordens religiosas e igrejas, sindicatos, partidos, ou outros tipos de associações.

O critério da «desigualdade» ou do «poder social» não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstracto* determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a aplicabilidade imediata dos direitos de liberdade nas relações privadas.

Os particulares poderão, assim, de acordo com a *natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias (arguindo a invalidade dos actos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados), em termos semelhantes àqueles em que o podem fazer perante os poderes públicos.

8. Fora destes casos, os direitos fundamentais só serão directamente aplicáveis (para além da eficácia constitucional geral a que nos referimos), enquanto princípios objectivos para assegurar a dignidade da pessoa humana, através da garantia do conteúdo *mínimo* de cada direito fundamental.

Presume-se que as *normas* de direito privado (desde que não-inconstitucionais) encontraram o equilíbrio óptimo entre os valores em jogo nos conflitos interindividuais. Aceita-se que a *renúncia* (auto-restricção) do titular do direito fundamental exclui a aplicação do preceito constitucional, a não ser que atinja aquele *mínimo* de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à situação de não-homem (isto é, a não ser que na medida em que o direito deva ser considerado indisponível). Considera-se lícita a *desigualdade* de tratamento desde que não violente de forma intolerável o foro espiritual das pessoas.

Por outras palavras, opta-se por ver os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias como *limites*, cometendo-lhes a tarefa de controlar a vida social privada apenas na medida necessária a evitar que pessoas sejam tratadas como se não fossem seres humanos.

Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo, nas relações com os seus semelhantes, que os considere permanentemente como titulares de direitos fundamentais e os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, tolera-se uma certa margem de espontaneidade e de arbítrio.

Em vez de submeter constitucionalmente os indivíduos aos princípios da igualdade e da juridicidade, como imperativos que só deveriam ser afastados no caso de a imposição prejudicar intoleravelmente a liberdade do agente, aceita-se a liberdade de actuação dos indivíduos desde que ela não prejudique intoleravelmente a ideia da pessoa humana.

Considera-se, por exemplo, em princípio, lícita a renúncia parcial do indivíduo a um direito fundamental de que é titular, mesmo que o valor que o move não seja socialmente equiparável ao valor do direito auto-restringindo (p. ex., julgamos válida a renúncia à integridade física para uma operação de cirurgia estética, mesmo que o risco seja grande e os eventuais resultados escassos).

Considera-se igualmente, em princípio lícita a discriminação sem motivação racional, quando não implique a violação da autonomia ética do discriminado (por exemplo, que um senhorio despeje um arrendatário por falta de pagamento de renda mesmo que tolere outro inquilino em circunstâncias idênticas).

Tudo isto, obviamente, desde que não exista preceito legal expresso que regule o caso, impondo certas obrigações e deveres ou proibindo especificamente a discriminação a ou contra certas categorias de pessoas. Ao legislador ordinário fica assim atribuída uma margem de actuação que lhe permite fazer variar, conforme as necessidades públicas e a opinião geral, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações de direito privado — desde que, é evidente, não atinja o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Pode o legislador, por exemplo, proibir a existência de clubes privados que excluam pessoas de um dos sexos ou reservados a pessoas de certa raça. Tal como pode obrigar um particular a auxiliar outro em situação de necessidade.

Por último, lembrar-se-á que as normas de direito privado já contêm cláusulas gerais que permitem à jurisprudência graduar, dentro de certos limites, a influência dos princípios constitucionais, ponderando, consoante as circunstâncias concretas dos casos, a medida em que o sentimento jurídico comunitário exige a restrição da liberdade de cada indivíduo para a defesa da liberdade e da dignidade dos outros homens.

9. A opção por um modelo de tendência liberal para a solução dos problemas da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares corresponde a uma sensibilidade teórica, ou, como se diz agora, a uma *pré-compreensão*, que não pode ser naturalmente ignorada.

No entanto, essa pré-compreensão afirma-se em razões objectivas, comunicáveis e controláveis, que buscamos num trabalho de interpretação constitucional.

De facto, o sistema dos direitos fundamentais da nossa Constituição retira a sua unidade de sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, entendida como dignidade de homens livres. Parece-nos que é esse o significado inequívoco do n.º 2 do artigo 16.º ao vincular o senti-

do dos direitos fundamentais ao espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem da O.N.U. — que, lembra-se aqui, não foi favoravelmente votada, por exemplo, pelos países do bloco de Leste. E não é outro o sentido que lhes dá a tradição cultural do povo e da civilização europeia e ocidental em que nos integramos.

Os direitos fundamentais nasceram e cresceram de uma raiz liberal e, embora o processo de socialização tenha estendido o âmbito e de certo modo alterado a estrutura do sistema que formam, não pretendeu subverter o seu carácter essencial: eles continuam a ser poderes de *exclusão* nas liberdades, poderes de *controle* nos direitos políticos e civícos, poderes de *reivindicação* nos direitos sociais.

Os direitos fundamentais tiveram com a superação do liberalismo de adaptar-se às novas necessidades, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos, mas continuam a ter sentido apenas se não perderem essa matriz *libertadora* que constitui o momento da tradição que permanece na sua história, que se vai fazendo — a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização.

Ora, se isto é válido em geral, é por maioria de razão válido para os direitos, liberdades e garantias, de cuja eficácia se trata aqui. Esta é a parcela dos direitos fundamentais que constitui o núcleo inicial e aquela que mais intimamente se liga à ideia de liberdade.

Alargue-se sem cautelas o seu carácter objectivo, acentue-se progressivamente a sua dimensão de obrigação de indivíduos que ao Estado compete impor e garantir e em breve se dissolverá e anulará a sua força vital. O fervor bem intencionado e o calculismo frio podem acabar por destruir a liberdade através do empolamento dos direitos fundamentais.

Por isso, propomos que a nossa Constituição seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como *regra* das relações entre indivíduos iguais — pressuposta a garantia absoluta do mínimo de dignidade humana e aceite, nos termos expostos, a possibilidade de o legislador ou o juiz comprimirem a liberdade individual para a prevenção ou repressão de situações de injustiça a que o abuso da liberdade por vezes conduz e que são intoleráveis para o sentimento jurídico geral.

A aposta numa sociedade livre tem os seus custos, visto que repousa na garantia de uma margem de arbítrio e gratuidade dos actos indi-

viduais. Esses custos serão naturalmente insuportáveis e talvez incompreensíveis para quem acredite que é possível eliminar, pela via da coação jurídica, todas as injustiças, incorrecções e assimetrias sociais.

No entanto, para quem assim não pensa, a liberdade em face do Direito não significa necessariamente (na medida em que não prejudique o reconhecimento mútuo da qualidade humana) um mal, nem sequer uma irresponsabilidade, pois há outros complexos normativos que regulam as relações entre as pessoas.

Somar sem mais uma eficácia horizontal dos direitos de liberdade à eficácia vertical antiga, seria construir o instrumento para crucificar os direitos fundamentais ao absolutismo ético, que é afinal, o seu pior inimigo.

Até que um dia, perdido na vertigem maximalista o sentido das realidades, se assistisse ao absurdo previsto por BAPTISTA MACHADO da publicação no Diário da República da declaração de inconstitucionalidade do cancro por ser contrário ao direito à saúde.

BIBLIOGRAFIA

Portuguesa

- CASTRO MENDES, *Direitos, Liberdades e Garantias — Alguns Aspectos Gerais* in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º volume, Lisboa, 1977, Livraria Petrony, p. 93 e ss.
- FERRER CORREIA, *A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado*, separata do B. M. J., n.º 283, p. 5 e ss.
- GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, comentários ao artigo 18.º.
- GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 1980, pp. 569-577.
- H.E. HÖRSTER, *Teoria Geral do Direito Civil*, apontamentos dactil. das Lições ao Curso de Direito do Porto da Universidade Católica no ano lectivo de 1981-1982, pp. 86-101.
- JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, p. 354.
- LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, pp. 88-90
- MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1976, pp. 51-57.
- MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, Coimbra, 1980.
- VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 1978, policop, pp. 275-317.

Estrangeira

- G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*.
- LUCHAIRE, *Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil*, in *Revue Trim. de Droit Civil*, 1982, p. 245 e ss.
- RIVERO, *Les libertés publiques*, Vol. I, 1973, p. 164 e ss.
- DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift für Nawiasky*, 1956, pp. 157e ss.
- DÜRIG, *MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Grundgesetz Kommentar*, anotações 127 e ss ao art.º 1.º/III
- ECKHOLD-SCHMIDT, *Legitimation durch Begründung*, 1974.
- LAUFKE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, in *Festschrift für Lehmann*, 1956, vol. I, p. 145 e ss.
- LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960.
- DELBRÜCK, *Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung? in Im Dienst an Recht und Staat*, 1974, p. 228 e ss.
- EISSEN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les obligations de l'individu*, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque liber*, III, p. 151 e ss.
- HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 9.^a ed., p. 147 e ss.
- NIPPERDEY, *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in BETTERMANN, NIPPERDEY, SCHEUNER (edits.) *Die Grundrechte*, vol. IV/2, p. 741 e ss.
- NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geb.*, 1962, p. 17 e ss.
- GAMILLSHEG, *Die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts*, in *Festschrift für Nipperdey zum 70. Geb.*, 1965, vol. I, p. 323 e ss.
- MEYER-CORDING, *Die Gleichheitssatz in Privatrecht und das Wettbewerbsrecht*, in *F. für Nipp. cit.*, p. 537 e ss.
- MIKAT, *Gleichheitsgrundsatz in Privatrecht und das Wettbewerbsrecht*, in *F. für Nipp., cit.*, p. 581 e ss.
- G. MÜLLER, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in *Schweizerisches Zentralblatt für Staat-und Gemeindeverwaltung*, Bd. 79 (1978), p. 233 e ss.

SALZWEDEL, *Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung*, in. *Festschrift für Hermann
Jahrreiss zum 70. Geb.*, 1964, p. 339 e ss.

SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, 1977.

SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1971, p. 211 e ss.

ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado* (tradução port.), Lisboa, 1974, p. 171 e ss.

COMUNICAÇÃO DE
STEFAN TRECHSEL

*Professor da
Handelshoch Schule
de St. Gallen
e Membro da
Comissão Europeia
dos Direitos do
Homem*

**A CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM
E A
EXPERIÊNCIA SUÍÇA**

Alocução de STEFAN TRECHSEL (*)

Ao longo da minha exposição gostaria sobretudo de me debruçar sobre o modo como a Convenção foi integrada na ordem jurídica suíça e sobre a experiência da Suíça perante as instâncias de Estrasburgo. Deixaria, pois, de parte as observações sobre os preparativos de ratificação e sobre a forma como a Suíça formulou as reservas e declarações justificativas. De qualquer modo trata-se de uma fase que Portugal já passou, pelo que seria muito tarde para aprender com os erros cometidos por outros. Além do mais, em certos aspectos, a solução encontrada por Portugal foi melhor que a da Suíça, nomeadamente no que se refere à disciplina militar.

Como provavelmente sabem, a Suíça não formulou quaisquer reservas a esse respeito, ao contrário do que sucedeu com Portugal e França. Ficámos bastante surpreendidos, e em certos meios, mesmo um pouco chocados ao ver certos hábitos caros da vida disciplinar militar passarem a ser alvo de críticas no campo dos direitos do Homem, que determinarem a alteração da legislação.

Após a sua ratificação, a Convenção passou imediatamente a constituir uma fonte de Direito Suíço, pelo menos na medida em que os direitos individuais que ela garante se aplicam directamente.

A questão de saber em que medida as disposições da Convenção são directamente aplicáveis, problema normalmente designado pela expressão inglesa «self-executing», suscitou uma acesa discussão. Esta

(*) O texto que se publica foi traduzido do francês, língua que o Professor Doutor Stefan Trechsel empregou na sua locução.

centrou-se particularmente no n.º 4 do art. 5.º da Convenção, que prevê o «habeas corpus», isto é a via judiciária de controlo de qualquer privação de liberdade.

Alguns autores suíços disseram, mesmo que essa garantia não podia ser directamente aplicável, importando criar, por via legislativa, um recurso que garantisse essa protecção.

É com alguma satisfação que gostaria de vos relatar a coragem e a fantasia que o nosso Tribunal demonstrou possuir quando o problema se colocou. Tratava-se na altura de um problema no campo do direito da extradição. A Sr.^a Petra Krause, de origem alemã, mas italiana por casamento, era acusada de participar em actos de terrorismo.

Ns Suíça o processo de extradição é complicado e binário. Assim, existe uma via judiciária, um recurso para o Tribunal Federal — nos termos do art. 23.º da lei da extradição — nos casos em que a pessoa invoca a ilegalidade da extradição —. Mas as questões políticas de extradição são decididas por um órgão administrativo, o Serviço de Polícia Federal.

Quando a pessoa, cuja extradição é pedida, invoca a sua ilegalidade, o Tribunal Federal é chamado a decidir. Foi o que aconteceu com a Sr.^a Krause. Mas, uma vez proferida a decisão do Tribunal Federal, o caso torna a entrar no domínio administrativo. Assim, nos termos da lei e da prática suíça de há longos anos — a lei data de 1892 — se a pessoa detida, e a extraditar formular um pedido de libertação, será o Serviço de Polícia Federal quem decidirá, ou seja, um órgão administrativo.

Este procedimento ameaçava violar a Convenção, que prevê o direito a um controlo judiciário. Nesta conformidade o Tribunal Federal e o Governo Suíço, o Conselho Federal, procederam a uma troca de correspondência, criando uma jurisprudência, que veio a dar origem ao julgamento inventivo, de que vos queria falar. O Tribunal Federal declarou muito simplesmente que, no futuro, um pedido de libertação deveria ser considerado como uma objecção técnica à extradição. E, mediante este artifício, estabelecida esta relação, o Tribunal criou de facto, com base no n.º 4 do art. 5.º da Convenção, mas sem o dizer expressamente, um recurso judiciário. Isto significa que o Tribunal, desta forma, deu precedência à Convenção sobre uma lei anterior, o que não é propriamente de admirar, e conferiu, ao n.º 4 do art. 5 um efeito «self executing de facto».

Falei do valor da Convenção na ordem jurídica suíça, que se poderia designar de natureza supra-legal. Isto é, a Convenção prima sobre qualquer lei, mesmo posterior, embora sem valor constitucional. Isto não constitui somente uma desvantagem, mas traduz mesmo uma certa vantagem. Como é isto possível?

A Constituição Suíça, no seu art. 113, exclui expressamente o controlo judiciário da Constitucionalidade das leis federais. Por outro lado, nada impede o controlo da «Convencionalidade» se assim se pode dizer, de uma lei, uma vez que é normal que o Tribunal decida, na presença de duas leis em contradição, qual a lei a que se dá precedência. Desta forma é por força da ratificação da Convenção que, num certo sentido, se abre uma nova possibilidade de controlar materialmente a constitucionalidade das leis federais.

Vejamos agora, numa perspectiva um pouco mais geral a situação da Convenção perante o Tribunal Federal. O advogado suíço é, regra geral, conservador e nacionalista. Há mesmo uma certa tendência a ser «cantonalista».

Como sabem, a Suíça é um Estado Federado composto de 26 cantões e o Direito processual, tanto civil quanto o penal emana da autoridade e da competência cantonal. Temos, assim, contando com as leis federais, 28 Códigos de Processo Penal, por exemplo, e temos 26 Ordens organizadas de uma forma totalmente diferente, com estilos diferentes.

Quando na Suíça foi introduzido um recurso de Direito público, o recurso Constitucional para o Tribunal Federal era considerado um pouco duvidoso. Era considerado de mau gosto pôr em causa a constitucionalidade das leis, ou mesmo de actos ou sentenças cantonais, perante uma instância federal.

De qualquer modo esse fenómeno mantêm-se em relação à Convenção. Um advogado que se preza, hesitará bastante antes de pôr em causa as instituições suíças perante uma instância internacional europeia.

Por outro lado, os membros mais jovens da advocacia, mais lutadores, não têm qualquer relutância em utilizar os meios conferidos pela Convenção. Isto sem falar naqueles que, desde a audiência em primeira instância, ameaçam, no caso de lhes não ser dada razão, com as palavras «encontrar-nos-emos em Estrasburgo». O que não impressiona, verdade se diga, demasiado os magistrados.

O recurso para o Tribunal Federal suscitou, desde o início, um problema de ordem técnica. A lei sobre a organização judiciária prevê diversos recursos a interpôr para o Tribunal Federal, um dos quais baseado na violação dos tratados internacionais.

Isto deveria aplicar-se logicamente à Convenção, uma vez que é, sem dúvida, um tratado internacional. A especialidade deste recurso reside no facto de ser um recurso directo, que não exige o esgotamento das vias de recurso cantonais. Mas uma vez que as garantias da Convenção são, regra geral, as garantias constitucionais, a aplicação à letra dessa lei de organização judiciária implicaria a aceitação de um segundo recurso constitucional, bem mais fácil que o recurso regular. Sabotar-se-ia, assim, a legislação relativa a recursos constitucionais. Esta foi a razão que levou o Tribunal Federal, num dos primeiros casos referentes à Convenção, o caso «Diskont und Handelsbank», a decidir que, sendo a matéria da Convenção matéria constitucional, se tornava necessário aplicar, aos recursos que invocassem uma violação da Constituição.

Por outro lado, o processo seguido nas instâncias de Estrasburgo, sobretudo na Comissão Europeia dos Direitos do homem, influenciou o processo seguido na Câmara de Direito público do Tribunal Federal, o recurso de direito público é bastante formal. Deve ser deduzido por escrito e todos os fundamentos deverão ser apresentados de forma clara, inequívoca e completa. O Tribunal Federal tinha, recusado sempre a aplicação de disposições legais ou princípios constitucionais, se os mesmos não tivessem sido invocados, dentro do prazo de 30 dias previsto na lei, e no primeiro documento apresentado ao Tribunal Federal. O requerente deveria invocar novos fundamentos, como, por exemplo, uma violação da Convenção. Ora a Comissão dos Direitos do Homem de Estrasburgo foi sempre muito mais liberal. Ela não esquecia o facto de muitos dos requerentes não serem juristas e de os seus recursos serem recursos «leigos».

Face à exigência de esgotamento prévio das vias de recurso internas, a Comissão desenvolveu o que poderá denominar-se de «doutrina da substância». Ou seja, contenta-se com o facto de o requerente ter invocado um fundamento «em substância» perante as autoridades nacionais. A Comissão não exige que o requerente invoque literalmente a Convenção, ou até, este ou aquele artigo precisos da Convenção.

Por se sentir autoridade soberana do direito, a Comissão invocou, em «casos importantes» ex-offício, como ela própria diz de maneira não muito feliz, o artigo que julgou pertinente.

Ora, qual é o significado desta jurisprudência para o Tribunal Federal Suíço? Se o Tribunal Federal mantém a sua jurisprudência um pouco formalista, priva-se da possibilidade de examinar, no plano nacional, a questão à luz da Convenção. No plano material dos direitos convencionais existe, na Suíça, uma situação um pouco estranha, uma vez que a nossa situação é extraordinariamente parca em garantias expressas de liberdades fundamentais. Procuraremos em vão encontrar uma garantia de liberdade tão importante como a liberdade individual, a liberdade pessoal de entrar e sair do território, ou a garantia de um processo equitativo.

Esta situação não diminui no entanto, o estatuto jurídico do cidadão suíço. Em jurisprudência longa e dinâmica o Tribunal Federal desenvolveu, por um lado, os direitos constitucionais não escritos e assim é que definiu, por exemplo, de modo extremamente amplo, a liberdade individual, mesmo o direito de decidir livremente sobre a formação da sua própria vontade. Disse até que as lacunas da Constituição deveriam ser interpretadas de modo a entender-se que a mesma Constituição garantia «a priori» todas as garantias que fossem susceptíveis de ser invocadas. Por outro lado, o art. 4 da Constituição prevê a garantia da igualdade perante a lei. E este artigo levou o Tribunal Federal a desenvolver uma grande jurisprudência, por exemplo, sobre os direitos de defesa em processo penal.

Temos pois um edifício de direitos fundamentais que, sendo muito bem elaborado, é difícil de se ver, uma vez que, só se encontra na jurisprudência e não no texto constitucional.

A esta situação vem sobrepor-se a Convenção. O Tribunal Federal tomou desde sempre a seguinte atitude: A Suíça ratificou a Convenção considerando que ela é conforme ao direito suíço, não lhe trazendo nada de novo. Ou seja, em regra geral, os recursos apresentados ao Tribunal Federal são examinados à luz do Direito Constitucional suíço e da jurisprudência do Tribunal Federal, que decidiu mesmo que nada indica que a Convenção vá para além do que é garantido pelo direito interno.

Haverá que referir algumas excepções. O Tribunal Federal, por exemplo, havia sempre recusado aceitar o princípio «in dubio pro reo»

como regra de direito federal. Aceitou silenciosamente constituir esta garantia uma garantia convencional e, por esse facto, constitucional suíça, por força do n.º 2 do art. 6 da Convenção. Noutras decisões sobre regras processuais, o n.º 3 do art. 5.º e a alínea d) do n.º 3 do art. 6.º, o Tribunal decidiu que a Convenção era mais ampla do que o direito suíço. Mas estas são excepções.

Deu-se assim um novo passo. O Tribunal Federal não põe o problema da prevalência do Direito Federal sobre o Direito Convencional. Examina as duas fontes, num mesmo plano. É esta, julgo, a melhor forma de proceder.

Para terminar gostaria de referir as experiências suíças junto dos órgãos de Estrasburgo.

Quando se tratou de renovar a Declaração, de acordo com o art. 25, sobre o recurso individual, o Conselho Federal constatou que a Suíça havia tido uma experiência positiva, uma vez que não tinha havido qualquer decisão que a condenasse de violação da Convenção. Evidentemente que a opinião pública é contrária. Diz-se, com efeito, que a Suíça teve uma má experiência dado que a protecção dos Direitos Fundamentais não foi reforçada. Ora isto não é muito correcto porque a Suíça não foi formalmente declarada culpada de violação dos Direitos do Homem quer pelo Tribunal quer pelo Comité de Ministros.

Há, no entanto um caso, o caso Eggs contra a Suíça, em que, se bem que tivesse sido constatada uma violação no relatório da Comissão, o processo acabou por perder-se no Comité de Ministros, uma vez que este órgão só muito raramente declara a existência de violação da Convenção. Tratava-se, justamente, de uma questão de direito disciplinar militar, que, no fundo, se solucionou através de uma reforma da legislação Suíça.

Outro caso, que terminou com um acordo amigável, o que nos indica que o problema foi tomado a sério, foi o caso Peyer, que respeitava ao internamento administrativo ou tutelar. A Suíça formulara a esse respeito uma reserva que se referia unicamente ao Direito Cantonal. Ora, aparentemente não tínhamos reparado, ou não tínhamos encarado seriamente, a possibilidade de também em virtude do Direito Federal, a pessoa não poder ser internada administrativamente sem que houvesse a possibilidade de um recurso judiciário.

Um outro caso, que terminou igualmente por um acordo amigável, o caso «Geerk», diz respeito à presunção de inocência e obrigatoriedade do pagamento de custas judiciais.

O primeiro caso que terminou no Tribunal Europeu, o caso «Schiesser», bastante complicado e teórico, respeita ao direito que cabe a qualquer detido de imediatamente ser apresentado a um juiz, ou a outro magistrado, habilitado por lei a exercer funções judiciárias. Neste caso, o Tribunal Europeu considerou que a Convenção não tinha sido violada.

Se examinarmos o conjunto dos casos levados às instâncias de Estrasburgo, apresentados contra a Suíça, constatamos que todos se referem aos arts. 5.º e 6.º da Convenção, que prevêm a garantia de liberdade individual e o direito a um processo equitativo. Como é que isto acontece? Creio que, para responder a esta questão, convirá recordar o título da nossa Convenção, que é, não só «Convenção Europeia dos Direitos do Homem» mas «Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais». Este título visa dois objectivos: direitos do Homem e liberdades fundamentais. Entre estes dois é possível traçar diferenças. Os Direitos do Homem respeitam a posições elementares do ser humano, aos dados mínimos que lhe permitam expandir a sua personalidade, enquanto que as Liberdades Fundamentais designam posições mais definidas do indivíduo e protegidas por certas garantias institucionais e formais.

A Comissão visa os Direitos do Homem nos artigos 2.º direito à vida, 3.º proibição da tortura e 4.º proibição da escravatura. Os artigos 5.º e 6.º, na sua formulação mais precisa e pormenorizada constituem, mais propriamente, garantias de Liberdades Fundamentais.

A Convenção, e isto foi referido desde muito cedo, deveria, constituir de certo modo, o núcleo duma Constituição europeia. Creio, inclusivamente, que esse elemento se encontra expresso nomeadamente nas garantias institucionais dos artigos 5.º e 6.º. Na verdade, o público aceita, por vezes, mal, que em Estrasburgo nos ocupemos de trivialidades como sejam o pagamento de despesas com o intérprete, ou as qualidades técnicas do magistrado perante o qual um detido foi apresentado. Torna-se, pois, necessário encarar a Convenção nesta perspectiva de Constituição europeia, perspectiva essa que eu julgo de extrema importância.

O que aconteceu ao longo destes três dias, no Porto, constitui um exemplo desta nova constitucionalidade europeia. Com efeito um holandês, um austriaco, um francês e dois suíços vieram aqui tomar parte nas vossas discussões em matéria constitucional e todos puderam trocar os seus pontos de vista, não unicamente no domínio do Direito Comparado, mas com base numa mesma fonte de direito que nos une e protege. É um facto de que nos podemos orgulhar.

ÍNDICE

ÍNDICE

5.º VOLUME

1981

COLÓQUIO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

Porto, Junho de 1980

1. SESSÃO DE ABERTURA

- | | | |
|------|---|----|
| 1.0. | Palavras de abertura de Paulo Vallada Presidente da Direcção da Associação Comercial do Porto | 7 |
| 1.1. | Alocação de José Narciso da Cunha Rodrigues, Procurador-Geral Adjunto e Agente de Portugal junto da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. | 13 |
| 1.2. | Alocação de José Bacelar de Oliveira, Reitor da Universidade Católica. | 17 |
| 1.3. | Alocação de António Miguel Caeiro, Director do Centro de Estudos Judiciários. | 21 |
| 1.4. | Alocação de Gérard Wiarda, Vice-Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. | 29 |
| 1.5. | Alocação de D. António Ferreira Gomes, Bispo do Porto. | 41 |
| 1.6. | Alocação de Mário Ferreira Bastos Raposo, Ministro da Justiça. | 53 |

| | | |
|------|---|-----|
| 2. | MESA REDONDA SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E FUNCIONAMENTO DAS INSTÂNCIAS DO CONSELHO DA EUROPA | |
| 2.1. | Comunicação de Peter Leuprecht, Director dos Direitos do Homem. | 61 |
| 2.2. | Comunicação de Jean Raymond, Secretário-Adjunto da Comissão Europeia dos Direitos do Homem. | 71 |
| 2.3. | Comunicação de Marc-André Eissen, Greffier do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. | 85 |
| 3. | APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM EM PORTUGAL | |
| | Alguns problemas — Rui Moura Ramos, Professor da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica. | 97 |
| 4. | A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | |
| | — José Manuel Cardoso da Costa, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, Encarregado do Curso na Universidade Católica Portuguesa — Curso de Direito no Porto. | 201 |
| 5. | A VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | |
| | — José Carlos Vieira de Andrade, Professor da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica. | 233 |

6. A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM
E A EXPERIÊNCIA SUIÇA.

- Stefan Trechsel, 257
Professor da Handelshochschule de St. Gallen
e Membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

Composto e impresso em offset
na
SANTELMO
Coop. Artes Gráficas, S.C.A.R.L.
Lisboa
1983