

ESTUDOS

DOUTORAMENTO & MESTRADO

EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO
PROTOCOLO N.º 16 À CEDH
CAMINHO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIÁLOGO JUDICIAL
COM O TRIBUNAL DE ESTRASBURGO?



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

88

SÉRIE M

página deixada propositadamente em branco



I
•
J

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

publicacoes@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-28-0

© DEZEMBRO 2018

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS
Doutoramento
& Mestrado

EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO

**O PROTOCOLO N.º 16 À CEDH
A CAMINHO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO
DO DIÁLOGO JUDICIAL
COM O TRIBUNAL DE ESTRASBURGO?**

INSTITUTO ▴ IVRÍDICO

PROTOCOLO N.º 16 À CEDH
A CAMINHO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIÁLOGO JUDICIAL
COM O TRIBUNAL DE ESTRASBURGO?

Eduardo António da Silva Figueiredo

RESUMO: O dealbar do Terceiro Milénio encontra-se marcado pela gradual desterritorialização do Direito, hoje concebido “em rede” e desenvolvido ao abrigo de práticas dialógicas diversas. Na “arena europeia” é possível identificar uma autêntica tríade dialógica (TEDH; TJUE e TC’s e órgãos homólogos) na qual se sustenta a proteção (hoje, multinível) dos Direitos Fundamentais e Humanos. Todavia, o relacionamento entre as diversas ordens jurídicas sobrepostas está longe de ser pacífico, gerando-se, não raras vezes, fortes tensões e conflitos que ameaçam a proteção efetiva dos direitos e liberdades individuais e demandam um maior e melhor diálogo. Neste contexto, surge o Protocolo n.º 16 à CEDH, apelidado de “o Protocolo do Diálogo”, permitindo às “mais altas jurisdições de uma Alta-parte Contratante”, sob determinadas condições, requerer ao TEDH que emita pareceres consultivos sobre questões de princípio relacionadas com a interpretação e aplicação dos direitos e liberdades previstos na Convenção e seus protocolos. A duas ratificações da sua entrada em vigor, refletimos sobre o conteúdo do mencionado documento, suas vantagens e desvantagens e questionamos: do que estamos à espera para dar o passo em frente e levar a sério o diálogo judicial no quadro pan-europeu?

PALAVRAS-CHAVE: Protocolo n.º 16; Diálogo Judicial; Competência Consultiva; Institucionalização do Diálogo; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

PROTOCOL N° 16 OF THE ECHR
ON THE WAY TOWARDS INSTITUTIONALIZING
JUDICIAL DIALOGUE WITH THE STRASBOURG COURT?

ABSTRACT: The dawn of the Third Millennium is pronounced by the gradual de-territorialization of Law, now conceived “in network” and developed under diverse dialogic practices. In the “European arena” it is possible to identify an authentic dialogic triad (ECTHR, ECJ and CC’s and similar bodies) on which the protection (today, truly multilevel) of Fundamental and Human Rights is sustained. However, the relationship between the various overlapping legal orders is far from peaceful and is marked with strong tensions and conflicts that threaten the effective protection of individual rights and freedoms, requiring greater and better dialogue. In this context, Protocol no. 16 to the ECHR, qualified as “the Protocol of Dialogue”, allows, under specific conditions, the “highest courts and tribunals of a High Contracting Party” to request the ECTHR to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto. Two more ratifications are needed until the Protocol enters into force, but still we think this is the right moment to reflect on the content of the document, its advantages and disadvantages, and ask ourselves: what are we waiting for to take the step forward and take seriously the idea of judicial dialogue within the pan-European framework?

KEYWORDS: Protocol n. 16; Judicial Dialogue; Advisory Competence; Institutionalization of Dialogue; European Court of Human Rights.

“I always pass on good advice. It is the only thing to do with it. It is never of any use to oneself.”

Oscar WILDE, *An Ideal Husband*, 1893.

1. Introdução

O dealbar do Terceiro Milénio viu-se acompanhado pela florescência e complexificação de sérios desafios globais e múltiplas antíteses. Invocaremos, *hic et nunc*, dois exemplos concretos: por um lado, a ascensão, no plano político, de certas correntes populistas e defensoras de uma inquebrantável blindagem das fronteiras estaduais tem, paradoxalmente, sido acompanhada, no plano jurídico, pelo fenómeno da extenuação da territorialidade normativa, marcado pela (aparentemente, imparável) “quebra gradual da relação direito-território”¹; por outro lado, o hodierno pluralismo axiológico tem contrastado com a exponencial ascensão de um *jus commune* “materialmente informado por valores, princípios e regras universais” e pela “tendencial elevação da dignidade humana

¹ Cfr. Francisco JAVIER ROIG, «Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: toward a new model of law?», *The Age of Human Rights Journal* 6 (2016) 28. Entre nós, este fenómeno tem sido apelidado pela doutrina de “fenómeno da internormatividade” – para melhor conhecer os seus contornos, recomendamos a leitura de J. J. Gomes CANOTILHO, “Brançosos” e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, 266; sobre outras propostas doutrinárias – *verbi gratia*, o conceito de “transconstitucionalismo” – vide Marcelo NEVES, «Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana», in Fernando Alves CORREIA / Jónatas MACHADO / João Carlos LOUREIRO, coord., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 615 e s.

a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”² – diríamos nós, a étimo axiológico das sociedades (pós-)modernas. Posto isto, poderá o leitor interrogar-se do porquê de termos especificamente trazido à colação estas duas (de tantas outras) antíteses do Terceiro Milénio. A resposta encontra-se no propósito (implícito) deste ensaio: procuraremos, no quadro da internormatividade europeia, refletir (ainda que de forma breve) sobre os laços dialógicos judiciais que abrem portas à harmonização (e, não raras vezes, ao confronto) das várias ordens jurídicas multiníveis, mais propriamente no domínio jusfundamental, visando, deste modo, depreender quais as potencialidades do *judicial dialogue* para a universalização (*rectius*, regionalização) dos Direitos Fundamentais e Humanos na arena europeia. Estamos em crer que só deste modo uma “Europa de Direito” poderá acordar sobre a necessidade de uma “trincheira comum de defesa da Europa dos Direitos”³.

Neste contexto, vamos especificamente focar-nos no diálogo estabelecido entre o Tribunal de Estrasburgo e os tribunais nacionais, seja por via da sua competência contenciosa – que, por se encontrar à margem do objeto por nós definido, será referida apenas lateralmente –, seja por via da sua competência consultiva. Ora, a verdade é que, tal como afirmou Françoise Tulkens, o diálogo institucionalizado entre o TEDH e os tribunais nacionais era, até há relativamente pouco tempo, uma espécie de “monstro de *Loch Ness*”: “frequently discussed, never seen”⁴. O maior passo no pro-

² Neste sentido, vide Fernando Alves CORREIA, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2016, 13.

³ Vide Maria Luísa DUARTE, «O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do triângulo judicial europeu», in IDEM, coord., *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias – Vol. II*, Coimbra Editora, 2006.

⁴ Vide a intervenção de Françoise TULKENS na Conferência Conferência “*Dialogue Between Judges: How can we ensure greater involvement of national courts in the Con-*

cesso de aprofundamento do *judicial dialogue* entre Estrasburgo e os tribunais dos Estados-partes da Convenção só veio a ser (parcialmente) dado no dia 2 de Outubro de 2013 com a abertura para assinatura do Protocolo n.º 16 à CEDH (doravante também designado apenas de “Protocolo”). Será sobre ele que recairão todas as nossas reflexões, justamente porque estamos em crer que, não obstante este se possa vir a afirmar como um passo histórico na atenuação da tensão existente entre o TEDH e os tribunais nacionais⁵ (com a vantagem indiscutível de promover a efetivação do princípio da subsidiariedade e a ideia de “responsabilidade partilhada” entre o Tribunal de Estrasburgo e os Estados-parte da Convenção na efetivação da mesma), ainda são muitas as dúvidas e questões que é necessário esclarecer, sob pena de se pôr em causa a sobrevivência (ou pelo menos, a funcionalidade) do sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos. Iniciaremos, pois, o nosso estudo com (2) uma brevíssima alusão às principais relações dialógicas estabelecidas na arena europeia; em seguida, (3) analisaremos a evolução da competência consultiva do Tribunal de Estrasburgo desde a sua criação até aos dias de hoje; nesse momento, (4) estaremos em condições de refletir cuidadosamente sobre a natureza jurídica do Protocolo n.º 16, o conteúdo de cada uma

vention System”, Estrasburgo, 27 de Janeiro de 2012, disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf>.

⁵ Vários autores consideram que esta tensão deriva da existência de certos poderes (embora não coercivos) do TEDH sobre os tribunais nacionais, podendo gerar-se dois tipos de dificuldades de articulação sistémica: a “*knowledge-gap-difficulty*” e a “*unifying-diversity-difficulty*”. Não obstante, como alerta Lize Glas, devemos ter em conta que a existência de tensão institucional não só não conduz necessariamente a conflitos inter-judiciais, como pode mesmo vir a ter efeitos positivos, por exemplo, favorecendo a existência de um maior equilíbrio no processo de decisão. Neste contexto, o diálogo surge como uma espécie de “terceira via de relacionamento” entre o conflito e a deferência. Cfr. Lize GLAS, «Dialogue in the ECHR’s System: inspiration, added-value and means», *Journal Européen des Droits de l’Homme* 3 (2015) 256-260.

das suas provisões e as suas implicações no sistema convencional e nos ordenamentos jurídicos internos. Por fim, cabe-nos (5) apresentar as vantagens que esperamos que a sua entrada em vigor possa trazer, mas também (6) tecer alguns comentários quanto às críticas e reservas que normalmente lhe são dirigidas. É importante alertar o leitor, desde já, que o Protocolo em análise ainda não entrou em vigor, o que significa que grande parte das nossas reflexões serão meramente hipotéticas. Além disso, o modo como utilizaremos os tempos verbais em nenhum momento pretende sugerir que o Protocolo já tenha produzido quaisquer efeitos – na verdade, a maneira como os empregaremos visa apenas facilitar a leitura e compreensão do presente artigo.

No contexto deste antitético Terceiro Milénio, é certo que o Tribunal de Estrasburgo terá de ultrapassar múltiplos desafios– e quiçá o diálogo judicial possa ser a chave para se superar (ou, ao menos, amenizar) grande parte deles. Como discípulos da Academia Coimbrã, *Alma Mater* do conhecimento em Portugal, entendemos que é dever do investigador dar respostas aos problemas que emergem nas várias arenas em que nos movemos – que, com o contexto da globalização, deixam de ser espacial (e até mesmo temporalmente) circunscritas -, olhando para o passado, compreendendo o presente, mas também, não raras vezes, contemplando o futuro, na esperança de que ele nos traga mais soluções do que enigmas... ou, pelo menos, mais unidade do que fragmentação.

2. Diálogo Judicial e Direitos Humanos: a Tríade Dialógica Europeia

Judicial Dialogue é o termo utilizado para designar um conjunto de práticas heterogéneas⁶ de “comunicação trans-judicial”^{7/8}. No quadro da hodierna proteção multinível dos Direitos Fundamentais e Humanos – não raras vezes, marcada por tensos conflitos e contradições - podemos afirmar que o diálogo judicial tem demonstrado o seu potencial de complementação “do problema metodológico gerado pelo direito em rede”⁹. A sua exponencial propagação e intensificação – e a conseqüente emergência de uma *Global Community of Courts*¹⁰ – tem conduzido ao florescimento de

⁶ A este propósito, afirmou Bustos Gisbert que o diálogo judicial é um fenómeno de “geometria variável”, tendo em conta a(s) sua(s) forma(s), intensidade, estrutura e resultado(s). Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012) 19 e s.

⁷ Cfr. Anne-Marie SLAUGHTER, «A typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review* 29 (1994) 100-101.

⁸ Consideramos mais adequada a expressão “interação judicial” na medida em que nem sempre as práticas qualificadas doutrinariamente como “diálogo judicial” reúnem os mais básicos pressupostos dialógicos, como é o caso da reciprocidade. Assim sendo, este termo parece ser mais compreensivo e linguisticamente correto – desde logo, porque interação não pressupõe reciprocidade, mas antes se basta com a mera influência, mesmo que unilateral. Cfr. Giuseppe de VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bolonha: Il Mulino, 2010, especialmente p. 63, 175-186 e 233 e s.

⁹ Vide Suzana Tavares da SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, 136.

¹⁰ A expressão é de Anne-Marie Slaughter que defende que, cada vez mais, os tribunais se encaram como atores autónomos e independentes, sendo nessa condição que forjam as suas relações com os demais tribunais estrangeiros. Cfr. Anne-Marie SLAUGHTER, «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal* 44/1 (2003) 192. Neste contexto, o diálogo tende a basear-se numa ideia de ‘autoridade persuasiva’ (e não coerciva) – *scilicet*, “an authority which attracts adherence as opposed to obliging it”. Cfr. H. Patrick GLENN, «Persuasive Authority», *McGill Law Journal* 32 (1987) 263.

autêntica jurisprudência constitucional global em matéria jusfundamental. Neste contexto, não podemos esquecer que levar a sério a universalidade dos direitos implica reconhecer a validade e potencial dos argumentos mobilizados nas várias ordens jurídicas que procedem à sua discussão e efetivação¹¹, porque só deste modo se poderá construir uma “língua comum” a mobilizar no contexto da atual “cacophony of legal cultures” (Charles Koch).

Transpondo esta ideia para o plano europeu, podemos identificar a existência de uma autêntica “Tríade Dialógica Europeia”, constituída pelo TEDH (que se afirma, no plano internacional, como o guardião máximo da CEDH de 1950), pelo TJUE (que, no plano supranacional, se encarrega, *inter alia*, de assegurar o respeito pela CDFUE, proclamada em 2000 e dotada de força jurídica vinculativa com o Tratado de Lisboa) e pelos vários Tribunais Constitucionais (ou órgãos homólogos) de cada Estado (que estão encarregues de assegurar a proteção dos direitos consagrados nas respetivas Constituições). Só assim, nas palavras de Giulio Ubertis, se conseguirá construir “um endereço operacional (“indirizzo operativo”) que não seja apenas comum, mas sim compartilhado, sem o qual não era possível falar-se de uma autêntica coordenação sistémica no seio do sistema europeu de proteção dos direitos humanos e fundamentais”¹². Por razões de economia de espaço, iremos, *hic et nunc*, analisar apenas, por um lado, as relações entre (1) o Tribunal de Estrasburgo e o Tribunal do Luxemburgo; e, por outro lado, as relações entre (2) aquele e os tribunais nacionais.

Quanto às relações dialógicas entre o TEDH e o TJUE, limitar-nos-emos a destacar algumas notas que nos parecem relevantes:

¹¹ Cfr. FRANCISCO JAVIER ROIG, «Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe», 29.

¹² Cfr. GIULIO UBERTIS, «Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti: Fantascienza Giuridica?», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 57/4 (2014) 1724.

desde logo, pode afirmar-se que, ao longo da sua história, ambos os órgãos evitaram a emanação de decisões contraditórias e geradoras de tensões institucionais, procurando cimentar o seu relacionamento a partir de um princípio de confiança mútua e cooperação leal¹³. Neste contexto, o TJUE já afirmou, por exemplo, que a Convenção é uma das principais fontes de interpretação dos direitos fundamentais protegidos pela UE – veja-se o conteúdo do artigo 52.º/3 da CDFUE¹⁴. No entanto, há quem considere que esta pacífica e profícua relação foi extremamente vulnerada com a emanação do conhecido Parecer 2/2013, relativo à compatibilidade do projeto de acordo de adesão da UE à CEDH¹⁵. Quanto a este

¹³ Claramente visível na decisão do chamado caso *Bosphorus v. Ireland*, de 30 de Maio de 2005, n.º 45036/98. A este propósito, afirmou Jan Klabbers que o TEDH e o TJUE “*are singing in harmony*”. Cfr. Ana Maria Guerra MARTINS, «Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais: do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Vol. 1*, Almedina, 2016, 632.

¹⁴ Para uma análise detalhada do conteúdo deste artigo, vide Alessandra SILVEIRA / Mariana CANOTILHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Almedina, 2013, 590 e s.

¹⁵ Desde o Tratado de Lisboa, o artigo 6º/2 do TUE prevê que “a União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, ficando resolvida a questão (destacada pelo TJUE no Parecer 2/94, de 28 de Março de 1996) da falta de competência da União para aderir à Convenção. No entanto, e já depois da entrada em vigor do Protocolo n.º 14 à CEDH (onde se esclareceu que “a União Europeia pode aderir a esta Convenção”), o TJUE voltou a pronunciar-se em sentido negativo porque “não estava assegurada a autonomia do Direito da União” – nomeadamente, alegando que não se previa uma forma de articulação entre o mecanismo do Protocolo n.º 16 à CEDH e o reenvio prejudicial para o TJUE. O parecer foi vastamente criticado pela doutrina que o qualificou de “*overkill*”, “*unmitigated disaster*”, “*une attitude intransigeante*” ou “*une argumentation pléthorique*”. Apesar disso, pode dizer-se que a jurisprudência recente de ambos os Tribunais (p.e. Ac. TEDH *Avotins v. Latvia*, de 26 de Maio de 2016, n.º 17502/07) tem sido emanada no sentido de evitar o despontar de “um [latente] conflito aberto”. Cfr. Dean SPIELMANN, «The Judicial Dialogue between the ECJ and the ECtHR or how to remain good neighbors after the Opinion 2/13», conferência proferida em Bruxelas, a 27 de Março de 2017, disponível *online* em <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2017/03/ECHRCJUEDIALOGBRUSSELS.final_.pdf>. A este propósito, tem-se defendido que será necessário encontrar uma forma de articulação relativamente flexível que garanta

aspecto, parece que só o futuro poderá demonstrar como é que esta relação irá continuar a evoluir...

No que diz respeito às relações dialógicas verticais que mantém com os tribunais nacionais^{16/17}, é de notar que o TEDH, enquanto órgão de cúpula do sistema de controlo da Convenção¹⁸, tem desafiado o modelo vestefaliano defensor do “monopólio do Estado sobre os seus cidadãos e, em última análise, do conceito monolítico de soberania estadual”¹⁹. Ao longo dos seus quase 60 anos

ao TJUE a possibilidade de efetuar um “controlo interno” e prévio ao “controlo externo” a realizar pelo TEDH. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, recomendamos a leitura de Ana Maria Guerra MARTINS, «Opinion 2/13 of the Court of Justice in the context of multilevel protection of fundamental rights and multilevel constitutionalism», *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2016) 27-57; e ainda, Giulio UBERTIS, «Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti», 1734.

¹⁶ Há quem entenda que não devemos propriamente qualificar de “dialógica” (nem, no outro extremo, de “hierárquica”) a relação que os tribunais internacionais desenvolvem com os tribunais internos. Estes autores tendem a defender que o poder dos primeiros sobre os segundos se trata, na verdade, de uma “international and dialectical review” precursora da ideia de “dynamic distribution of power”. Cfr. Lize GLAS, «Dialogue in the ECHR’s System», 253.

¹⁷ Segundo Luis López Guerra, o diálogo pode ser: (1) um diálogo confirmativo, quando os tribunais nacionais aplicam o “*case-law*” do Tribunal de Estrasburgo e este confirma, posteriormente, a decisão daqueles; (2) um diálogo corretivo, quando os tribunais nacionais aplicam incorretamente o “*case-law*” do TEDH e este vem, posteriormente, a corrigi-los; (3) um diálogo com discrepâncias, quando os tribunais nacionais se afastam da jurisprudência de Estrasburgo, sugerindo a sua modificação ou reconsideração; (4) um diálogo proposto, quando os tribunais nacionais aplicam a jurisprudência do TEDH, mas aproveitam para indicar alegadas discrepâncias no seu seio. Vide, para todas, Luis LÓPEZ GUERRA, «Dialogue between the Strasbourg Court and National Courts», in in Amrei MÜLLER, coord., *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge University Press, 2017, 402.

¹⁸ Inicialmente, o sistema convencional apresentava uma natureza mista, já que era composto por dois órgãos políticos (a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Comité de Ministros) e um órgão jurisdicional (o TEDH). Foi com o Protocolo n.º 11 que o sistema se tornou exclusivamente jurisdicional. Para mais desenvolvimentos, vide Ana Maria Guerra MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 5.ª reimpr., Almedina, 2016, 256 e s.

¹⁹ Cfr. Aida TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009, 27.

de existência, vários têm sido os esforços do TEDH para reforçar esse seu papel como guardião máximo da Convenção no contexto de um sistema que assenta na já mencionada “responsabilidade partilhada” de salvaguarda e efetivação dos direitos nela consagrados²⁰. Assim sendo, o TEDH afirma-se como “tribunal de último recurso”²¹ ou *ultimum subsidium* – em harmonia com o princípio da subsidiariedade, antes de recorrerem a ele, os particulares devem exaurir previamente todas as vias de recurso interno – já que cabe, em primeiro plano, aos tribunais nacionais, em permanente diálogo e colaboração com o Tribunal de Estrasburgo, efetivar e garantir os direitos consagrados na Convenção²². Neste contexto, é de suma importância que o Tribunal se comprometa, por um lado, a aprofundar as relações com os vários tribunais dos Estados-parte, estabelecendo com eles estreitos e profícuos laços dialógicos, e, por outro lado, crie meios que lhe permitam funcionar de forma rápida e eficaz, dando resposta em tempo útil aos inúmeros pedidos que todos os dias desaguam em Estrasburgo²³.

²⁰ A Convenção é um “instrumento vivo” que deve ser interpretado à luz das condições e desafios atuais. Cfr. Johanna RINCEANU, «Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national Supreme Courts», in C.D. SPINELLIS *et al.*, coord., *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice and The Way Forward*, Ant. N. Sakkoulas, 2017, 1038.

²¹ Mas note-se, o Tribunal tem deixado claro que não constitui uma mera “*quatrième instance*”. Consequência de tal circunstância é que uma petição ao Tribunal que simplesmente alegue erro de facto ou de direito por parte do tribunal nacional será considerada inadmissível *ratione materiae*. Cfr. D. J. HARRIS, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, 2014, 17-18.

²² Note-se que, entre nós, a Convenção não tem valor constitucional e, por isso, “não deve servir de parâmetro aferidor da constitucionalidade dos atos normativos internos”. Não obstante, a esta reconhece-se um evidente valor supra-legal. Cfr. Fernando Alves CORREIA, «Os Direitos Fundamentais e a sua Proteção Jurisdicional Efetiva», *Boletim da Faculdade de Direito* 79 (2003) 86-87.

²³ Cfr. Ilias BANTEKAS / Lutz OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2016, 256 e s. Por exemplo, no final de 2017, o TEDH contava com 62800 casos pendentes (ainda assim, menos 21% dos que se verificavam no início do mesmo ano, que rondavam os 79750). Só durante o ano

Quanto ao aprofundamento das relações entre o TEDH e os tribunais nacionais devemos destacar duas ideias fundamentais: a primeira é a de que aquele, reconhecendo as especificidades de cada Estado-parte da Convenção, desenvolveu a chamada “doutrina da margem de apreciação”, como elemento flexibilizador e outorgante de uma certa discricionariedade estadual na definição, interpretação e aplicação dos direitos e liberdades da Convenção²⁴. Em suma, e como foi deixado claro no *Ac. TEDH Evans v. UK*, de 7 de Março de 2006 (n.º 6339/05), podemos dizer que, existindo consenso entre os Estados quanto ao sentido de um direito específico, o TEDH lhes defere uma margem de apreciação mais estreita; pelo contrário, se o consenso entre os Estados não existir ou for menor, a margem de apreciação que lhes é deferida será mais ampla²⁵. Vários autores têm, neste contexto, defendido que

passado foram emitidos cerca de 15 335 acórdãos (um aumento quase astronómico face aos 1788 de 2016) e 61768 decisões. Para mais informações, vide <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2017_ENG.pdf>.

²⁴ Explicitada pela primeira vez no *Ac. TEDH Handyside v. UK*, de 7 de Dezembro de 1976, n.º 5493/72, “[the doctrine of the margin of appreciation] refers to the latitude allowed to the member states in their observance of the Convention”, afirmando-se, nas palavras de Humphrey Waldock como “one of the most important safeguards developed by the Commission and the Court to reconcile the effective operation of the Convention with the sovereign powers and responsibilities of governments in a democracy”. Cfr. Thomas O’DONNELL, «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly* 4/4 (1982) 475-476.

²⁵ Vide Aida TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, 30. Note-se, porém, que o critério do maior ou menor consenso não é o único que tem sido usado pelo TEDH para determinar a margem de apreciação reconhecida a um Estado relativamente a um concreto direito - podemos referir também, por um lado, o critério da sua importância ou “fundamentalidade” para a promoção e consolidação democrática e, por outro lado, o critério literal, isto é, a análise atenta do texto da Convenção poderá sugerir uma maior ou menor margem de apreciação. No *Ac. TEDH Dudgeon v. United Kingdom*, de 23 de Setembro de 1981, n.º 7525/76, o Tribunal mobilizou simultaneamente os três critérios supramencionados para a determinação da margem de apreciação reconhecida ao abrigo do artigo 8.º da Convenção. Vide Thomas O’DONNELL, «The Margin of Appreciation Doctrine», 490 e s.

a “margem de apreciação” favorece o diálogo, permitindo, por exemplo, “ao Tribunal, sem conceder sobre o essencial, acolher as posições das jurisdições nacionais que se encontrem melhor apetrechadas (...) para examinarem certos aspetos de uma medida restritiva”²⁶. No entanto, também são identificáveis muitos autores que não se poupam a críticas acerca da utilidade desta construção jurisprudencial e que afirmam que ela poderá significar uma autêntica “demissão” do Tribunal das suas responsabilidades (passando aos Estados um “cheque em branco” quando lhes reconhece uma ampla margem de apreciação) ou a imposição por este de soluções autoritárias e indiferentes às posições dos vários *decision-makers* nacionais (quando a margem de apreciação reconhecida é mais estreita)²⁷. O segundo aspeto a destacar é o da importância da intensificação do diálogo judicial entre o TEDH e os tribunais nacionais²⁸. Ora, analisar este fenómeno pressupõe, desde logo, que se examine o modo como estes têm encarado a jurisprudência de Estrasburgo – importa saber, *inter alia*, até que ponto, na prática, o diálogo tem produzido efeitos, conduzindo à alteração das posições que tradicionalmente os tribunais nacionais adotavam em

²⁶ Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, «O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro», in Maria João ANTUNES, coord., *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício* Coimbra Editora, 2014, 416.

²⁷ Cfr. D. J. HARRIS, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 17.

²⁸ O TEDH não recorre apenas à jurisprudência dos tribunais do Estado-parte envolvido no caso *decidendo*, mas também à jurisprudência de tribunais de outros Estados, sejam eles membros do Conselho da Europa ou não, e até mesmo de algumas entidades não estaduais. Cfr., em geral, Erik MØSE, «The ECtHR’s Use of Decisions of Domestic Courts from States Not Involved in the Case and of the Other Council of Europe Bodies», in Amrei MÜLLER, coord., *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge University Press, 2017, 410 e s. E pode dizer-se que, por vezes, o diálogo tem tendência a ir mais longe, chegando mesmo a influenciar o próprio legislador dos Estados-parte e impulsionando alterações normativas a nível nacional, de modo a tornar o direito interno verdadeiramente “Strasbourg proofed” e garantindo que o Estado cumpre com as suas obrigações internacionais. Vide D. J. HARRIS, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 35.

certas matérias²⁹. O certo é que se tem, por esta via, desenvolvido uma autêntica relação de confiança e respeito entre estes órgãos jurisdicionais, diluindo-se, até certo ponto, a hierarquia que (ao menos formalmente) os separa e passando estes a relacionar-se como *co-equal partners* na efetivação da Convenção^{30/31}. Ana Maria Guerra Martins destaca, a este propósito, que a tutela jusfundamental frente a entes (públicos ou privados) e aos vários poderes (nacionais ou internacionais) que podem condicionar, restringir e violar direitos, bem como implementá-los ou efetivá-los, só se logrará através da “interação e influência mútua”, operando o sistema europeu de proteção de direitos numa “base horizontal e não numa base hierárquica”³².

No que toca à criação de meios que assegurem uma atuação eficaz e célere do Tribunal – desde logo, porque já se sabe que *justice delayed is justice denied* –, podemos destacar a adoção de vários Protocolos anexos à CEDH³³. Além do já referido Protocolo n.º 11, destacamos o Protocolo n.º 14 (que reforçou a capacidade

²⁹ Neste sentido, cfr. Luis LÓPEZ GUERRA, «Dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias», *UNED Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013) 141.

³⁰ Vide Janneke GERARDS / Joseph FLEUREN, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case-Law*, Portland: Intersentia, 2014, 72 e s.

³¹ O que não significa que a interação entre o TEDH e os tribunais nacionais esteja completamente livre de controvérsias, nomeadamente no que toca à já referida doutrina da margem de apreciação, aos métodos interpretativos do Tribunal de Estrasburgo e à execução das suas decisões. Cfr. Aida TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, 30.

³² Vide Ana Maria Guerra MARTINS, «Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais», 610.

³³ Também são merecedoras de destaque certas reformas levadas a cabo pelo TEDH no seu Regulamento Interno e a adoção pelo mesmo de certas práticas de agilização de trabalho – como é o caso das chamadas “sentenças piloto”. Cfr. Luis LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo* 49 (2014) 13.

de filtragem do tribunal de quaisquer queixas infundadas ou mal fundamentadas; adotou medidas especiais de tratamento de casos simples ou repetitivos, que passam a ser decididos por um Comité de 3 juízes; criou novos critérios de admissibilidade para os casos em que o requerente não sofreu um “prejuízo significativo”³⁴); o Protocolo n.º 15 (reforçando largamente o carácter subsidiário do sistema, visando introduzir um novo parágrafo no Preâmbulo da Convenção – que passará a consagrar uma referência expressa à doutrina da margem de apreciação - e modificando o seu artigo 35.º)³⁵; e, por fim, o Protocolo n.º 16, com o principal objetivo de transformar a relação de supra-infra-ordenação atualmente existente entre o Tribunal de Estrasburgo e os tribunais nacionais numa relação baseada no diálogo e cooperação³⁶.

Concluindo, é fácil de ver que, até hoje, já foram dados passos importantes no sentido de se agilizar o sistema convencional e se aprofundarem as relações entre Estrasburgo e os Estados-parte, que se querem cada vez mais saudáveis e frutíferas. No entanto, também é certo que os passos que já foram dados não são suficientes... aliás, parece-nos que a “caminhada” ainda é longa e bastante desafiadora, demandando mobilização significativa de todos os atores envolvidos.

³⁴ Para uma síntese do conteúdo do Protocolo n.º 14, vide Thomas VOLAND / Britta SCHIEBEL, «Advisory Opinions of the ECHR: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?», *Human Rights Law Review* (2016) 3 e s.

³⁵ Até hoje, este Protocolo ainda não entrou em vigor por falta de ratificação de seis Estados-parte do Conselho da Europa. Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, «O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro», 410-415; e ainda, para maiores desenvolvimentos sobre o Protocolo n.º 15 à CEDH, vide Giulio UBERTIS, «Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti», 1726 e s.

³⁶ Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – à propos du Protocole n.º 16 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 97 (2014) 9.

3. A Evolução da Competência Consultiva do Tribunal de Estrasburgo

Um qualquer órgão jurisdicional internacional só terá competência consultiva nos casos em que os seus “instrumentos constitutivos” expressamente lha atribuam ou reconheçam³⁷. São vários os tribunais internacionais aos quais foram expressamente atribuídas competências deste género: por exemplo, é o caso do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TADH) e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)³⁸. Ao longo deste ensaio, vamos focar-nos apenas na análise da competência consultiva reconhecida a este último.

O texto originário da CEDH não atribuía ao Tribunal de Estrasburgo qualquer competência de natureza consultiva. Em 1960, aquando da emanação da Recomendação n.º 232 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a expansão das compe-

³⁷ Vide C. Felix AMERASINGHE, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, 503.

³⁸ Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», in Maria João ANTUNES, coord., *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, 2014, 478. Vide, por exemplo, o conteúdo do artigo 64.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”; além disso, “a Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer uma das suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Para mais informações sobre a competência consultiva do TADH, recomendamos a leitura de Fábio SALVIOLI, «La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial», in Renato LEÃO *et al.*, ed., *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Estudos em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, Sergio Fabris, 2004, 417 e s.

tências do TEDH relativas à interpretação da Convenção, o Comité de Peritos (*Committee of Experts*) afirmou que seria desejável a atribuição de competências consultivas ao Tribunal, mas que estas se deviam sujeitar a certas condições específicas (por exemplo, impedindo que qualquer Estado-parte ou pessoa, singular ou coletiva, pudesse requerer-lhe o exercício dessa competência)³⁹.

Ora, só a 21 de Setembro de 1970, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 2 à CEDH (aberto para assinaturas desde 1963) é que se reconheceu, pela primeira vez, competência consultiva ao Tribunal de Estrasburgo. No artigo 1.º do supramencionado Protocolo previa-se que “o Tribunal pode, a pedido do Comité de Ministros, emitir pareceres consultivos sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e seus protocolos”, sendo que a decisão de submeter o pedido só podia ser tomada por uma maioria de 2/3 dos membros titulares desse mesmo Comité⁴⁰. Porém, a verdade é que nos anos que se seguiram à sua entrada em vigor, o Tribunal de Estrasburgo não exerceu uma única vez esta competência consultiva, o que explica porque é que, na altura, vários autores defenderam a sua extinção. Não obstante, a verdade é que tanto o Comité de Ministros, como o Tribunal insistiram em mantê-la, alegando que “era impossível prever se esta poderá ou não vir a ser exercida no futuro”⁴¹.

Foi a 1 de Novembro de 1998, com a entrada em vigor do Protocolo n.º 11 à CEDH, que todas as provisões que tinham sido alteradas ou adicionadas à Convenção ao abrigo do supramencionado

³⁹ Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 479-481.

⁴⁰ Para mais detalhes acerca do conteúdo do Protocolo n.º 2 à CEDH, vide o Relatório Explicativo desse mesmo Protocolo disponível para consulta em: <https://rm.coe.int/16800c92be>.

⁴¹ Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 481.

Protocolo n.º 2 foram substituídas pelos atuais artigos 47.º, 48.º e 49.º da CEDH. De acordo com estes artigos, o TEDH pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos, mas apenas a pedido do Comité de Ministros e respeitando os estreitos limites materiais impostos pelo n.º 2 do artigo 47.º - que estabelece que “tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros”⁴². Neste caso, a decisão do Comité de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal só tem de ser tomada por maioria simples dos seus membros titulares – sendo esta é uma das escassas diferenças identificáveis entre estes artigos e os que constavam do anterior Protocolo n.º 2. Além disso, é de notar que a recusa do Tribunal para emitir parecer caso o objeto do pedido não se enquadre dentro dos limites impostos pelo artigo 47.º deve ser fundamentada e essa decisão será soberana (artigo 48.º). Caso tal não aconteça, o parecer é emitido pelo Tribunal Pleno (artigo 31.º/b da CEDH), devendo ser fundamentado e posteriormente comunicado ao Comité de Ministros.

Os estreitos limites materiais dentro dos quais o Tribunal pode exercer a sua competência consultiva – no fundo, limitada a ques-

⁴² Tais limitações justificam-se por se considerar que a competência consultiva de um tribunal internacional não deve sobrepor-se à sua competência contenciosa, evitando-se, deste modo, a “dupla adjudicação do mesmo caso”. Por conseguinte, a emissão de pareceres visa apenas dar oportunidade ao TEDH de interpretar as provisões da Convenção que “não necessariamente venham a ser mobilizadas em casos contenciosos”. Vide Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª ed., Almedina, 2016, 449; e ainda, Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR: a magic bullet for dialogue and docket-control?», *Review of Legal Studies* 34/3 (2014) 447-449.

tões de natureza processual ou institucional⁴³ - justificam o porquê de, até hoje, só lhe ter sido requerida a emissão deste tipo de pareceres três vezes: o primeiro pedido, concernente à Recomendação 1519 (2001) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, foi recusado porque o TEDH entendeu, por unanimidade, que a questão colocada não se enquadrava dentro dos limites materiais consagrados no artigo 47.º da CEDH⁴⁴. Os outros dois pareceres – um de 12 de Fevereiro de 2008 e outro de 22 de Janeiro de 2010 – recaíram sobre a questão da eleição dos juízes para o Tribunal, nomeadamente sobre a composição das listas⁴⁵. Por essa razão, houve quem não hesitasse em afirmar que o Tribunal de Estrasburgo possui uma mera “competência consultiva virtual”⁴⁶.

Também merece destaque, no contexto da afirmação e desenvolvimento das competências consultivas do TEDH, a aprovação da chamada “Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina” (ou simplesmente, Convenção de Oviedo ou CDHB). No seu artigo 29.º pode ler-se: “o TEDH pode emitir, para além de qualquer litígio concreto que esteja a decorrer perante uma jurisdição, pareceres consultivos sobre questões jurídicas relativas à interpretação da presente Convenção” a pedido do Governo de uma Parte contratante ou do Comité Diretor para a Bioética (CDBI)⁴⁷.

⁴³ Cfr. Ada PĄPROCKA / Michał ZIÓLKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», *European Constitutional Law Review* 11 (2015) 277.

⁴⁴ Estamos a referir-nos à Decisão do TEDH de 2 de Junho de 2004, RO4-VI, p. 297.

⁴⁵ Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 483.

⁴⁶ Vide Naiara POSENATO, «Diálogo Judicial e Direitos Humanos – O novo Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Espaço Jurídico Journal of Law* 15/1 (2014) 260.

⁴⁷ Para mais informações sobre esta questão, vide o Relatório Explicativo da CDHB, disponível para consulta *online* em: <https://rm.coe.int/16800ccde5>. Aí se refere que a CDHB não atribui aos indivíduos nenhum direito de petição individual perante o TEDH por violação dos direitos nela consagrados. Não obstante, os fac-

É possível, porém, afirmar que o grande passo no sentido de expandir e consolidar a competência consultiva do Tribunal ainda não foi (pelo menos, totalmente) dado, já que, como sabemos, o Protocolo n.º 16 ainda não conseguiu reunir as 10 ratificações necessárias para entrar em vigor. No entanto, quando tal vier a acontecer é previsível que os atuais artigos 47.º, 48.º e 49.º da CEDH sejam condenados “a la léthargie sans être toutefois mis à mort”⁴⁸.

4. O Protocolo n.º 16 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (cedh)

Em 2005, aquando da Cimeira de Varsóvia (que, segundo Terry Davis, “abriu um novo capítulo na vida [do Conselho da Europa]”), foi criado um Plano de Ação que previa a criação de um “Grupo dos Sábios” cuja principal função era de “refletir sobre a questão da eficácia a longo-termo dos mecanismos de controlo da Convenção (...) ao mesmo tempo que se procurava preservar a filosofia basilar e fundante do sistema convencional vigente”⁴⁹. Logo no ano seguinte, o supramencionado grupo emitiu um relatório que propunha a extensão das competências consultivas do

tos que constituam uma violação dos direitos previstos nesse diploma podem ser considerados nos processos previstos na CEDH, caso também constituam uma violação de um dos direitos nela contidos. (parágrafo 165.º) E a verdade é que a jurisprudência de Estrasburgo tem demonstrado que o Tribunal toma em consideração as provisões da CDHB sempre que é chamado a resolver conflitos que envolvam as matérias aí reguladas. Vide, por exemplo, o Ac. TEDH *Vo v. France*, de 8 de Julho de 2004, n.º 53924/00, e o Ac. TEDH *Glas v. The United Kingdom*, de 9 de Março de 2004, n.º 61827/00. Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 484.

⁴⁸ Cfr. Marie-Clotilde RUNAVOT, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne: Réflexions sur une nouvelle espèce du genre», *Revue Générale de Droit International Public* 1 (2014) 71.

⁴⁹ Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 485.

Tribunal de Estrasburgo⁵⁰, mas a verdade é que foram três conferências ulteriores que contribuíram significativamente para o aprofundamento desta discussão: estamos a referir-nos às Conferências de *Interlaken* (2010), *Izmir* (2011) e *Brighton* (2012)⁵¹. Aliás, foi nesta última que o Comité de Ministros foi convidado a elaborar o texto de um protocolo anexo à Convenção e “duplamente opcional” que alargasse a competência consultiva do Tribunal, ficando também encarregue de decidir, *a posteriori*, sobre a adoção ou rejeição do mesmo⁵². Ora, uma vez conhecido o contexto em que surgiu o Protocolo n.º 16 à CEDH, vale a pena analisá-lo e refletir sobre o seu conteúdo.

En passant, este visa o aprofundamento das relações entre o TEDH e os tribunais nacionais através da autêntica institucionalização do diálogo judicial entre eles⁵³, já que atribui competência ao

⁵⁰ Aí se estudou, por exemplo, a possibilidade de se institucionalizarem os laços entre o TEDH e as mais altas jurisdições dos Estados-contratantes, chegando a propor-se a introdução de um mecanismo homólogo ao do “reenvio prejudicial” do artigo 267.º TFUE. No entanto, as conclusões a que o Grupo de Sábios chegou apontaram no sentido de que “é inadequada a transposição do sistema comunitário para o sistema convencional. (...) A combinação de ambos iria dar origem a significativos problemas jurídicos e práticos e aumentaria consideravelmente a carga de trabalho do Tribunal”. Cfr. «Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers», in *International Legal Materials*, 46 (1), Cambridge University Press, 2007, 77-93 (vide, especialmente, os parágrafos 79.º e 80.º).

⁵¹ Cfr. D. J. HARRIS, et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 166-168.

⁵² Vide *Brighton Declaration. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*. Reino Unido, 19 a 20 de Abril de 2012, disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>. É de notar que a versão provisória da Declaração colocava grande ênfase numa certa interpretação pouco “ortodoxa” do princípio da subsidiariedade, por exemplo, propondo a limitação do direito de petição individual nos casos em que se tivesse previamente requerido a emissão de um parecer consultivo – o que contrariaria frontalmente o espírito do sistema convencional, assente na “garantia coletiva dos Direitos Humanos”. Por essa razão, esta proposta foi omitida na versão final da Declaração. Cfr. Kanstantsín DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 453.

⁵³ Neste sentido, há quem refira que este Protocolo estabelece a “ponte entre o sistema de garantia coletiva dos direitos e liberdades previstas na Convenção e

Tribunal de Estrasburgo para emitir pareceres consultivos sobre questões colocadas por certas entidades jurisdicionais nacionais, desde que relativas à interpretação e aplicação da Convenção e no decurso de um processo pendente⁵⁴. Assim sendo, Dean Spielmann, ex-presidente do TEDH, chegou mesmo a qualificá-lo de “o Protocolo do Diálogo”⁵⁵ e parte da doutrina apelidou-o de uma *heureuse surprise* que dará plena vida ao princípio da subsidiariedade e reforçará substancialmente a competência consultiva do Tribunal⁵⁶.

O artigo 1º do Protocolo faz, desde logo, referência à natureza do pedido que é dirigido ao TEDH. A utilização do verbo “*poder*” (em vez de “*dever*”) sugere que estamos ante uma mera faculdade

as ordens jurídicas internas dos Estados contratantes”. Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 10.

⁵⁴ Por isso se diz que estamos ante um “mechanism of *litigation-related opinions*” (“*avis contentieux*”). Cfr. Christos GIANOPOULOS, «Considerations on Protocol n.º 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?», *German Law Journal* 16/2 (2015) 337.

⁵⁵ Cfr. William SHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, London: Oxford University Press, 1214. Não falta, porém, quem critique a utilização do termo “diálogo” quando se descreve a cooperação inter-judicial promovida pelo Protocolo, na medida em que o procedimento por ele instituído apenas permite que os tribunais nacionais coloquem questões ao Tribunal de Estrasburgo, mas não admite o inverso - falha, portanto, a reciprocidade necessária em todo e qualquer diálogo. Por nossa parte, não estamos especialmente convencidos de que assim seja tendo em conta que, desde logo, caberá aos tribunais nacionais formular a questão colocada ao TEDH; este, se aceitar o pedido, emitirá um parecer consultivo não vinculativo que poderá (ou não) vir a ser seguido pelo tribunal peticionário. Ora, esta e tantas outras situações imagináveis ao abrigo do procedimento instituído pelo supramencionado Protocolo comprovam a existência de autêntica reciprocidade na comunicação entre Estrasburgo e os tribunais nacionais. Com efeito, na nossa opinião, não é particularmente relevante quem inicia o diálogo - basta que, uma vez iniciado, ele cumpra com (pelo menos) os mais básicos pressupostos dialógicos. Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 487.

⁵⁶ Vide David SZYMCZAK, «L’institutionnalisation du dialogue des juges: un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité?», *Journal d’Actualité des Droits Européens* (2013), disponível em <<https://revue-jade.eu/article/view/406>>.

e não perante uma qualquer obrigação de recorrer ao Tribunal de Estrasburgo sempre que se gerem dúvidas quanto à interpretação e aplicação da Convenção. Assim sendo, cabe a estes decidir discricionariamente se submetem ou não um pedido e podem, em caso afirmativo, e embora isso não se refira expressamente, retirá-lo a qualquer momento⁵⁷. O preceito também estabelece que as entidades que possuem legitimidade para apresentar pedidos são “as mais altas jurisdições de uma Alta Parte Contratante” – excluindo-se, deste modo, a legitimidade de toda e qualquer entidade administrativa ou de natureza extrajudicial para tal. Neste contexto, é o artigo 10.º do Protocolo que determina que cabe a cada Estado indicar “quais as jurisdições designadas para os efeitos do artigo 1.º/1” e admite a sua alteração ou atualização subsequente e a todo o tempo. A expressão utilizada – “as *mais altas jurisdições*” – sugere que também poderão ser indicadas por qualquer Alta Parte Contratante aquelas entidades⁵⁸ que, embora sejam hierarquicamente inferiores ao TC ou a um Supremo Tribunal, são dotadas de especial relevo porque se afirmam como a “mais alta jurisdição” para a resolução de um certo tipo de casos específicos. Para Ireneu

⁵⁷ Tal possibilidade está expressamente prevista no parágrafo 7.º do *Explanatory Report of the Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (doravante designado como “Relatório Explicativo do Protocolo”). Texto integralmente disponível *online* em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>>. E note-se, não pode, perante tal circunstância, o TEDH dar continuidade ao procedimento consultivo *motu proprio* tal como acontece no sistema interamericano – neste, o início do procedimento consultivo legitima o TADH a impulsioná-lo, independentemente da posição *a posteriori* adotada pelo solicitante. Cfr. Naiara POSENATO, «Diálogo Judicial e Direitos Humanos», 261.

⁵⁸ É de notar que se utilizam as expressões “*court*” e “*tribunal*” de forma indiferenciada ao longo do texto do Protocolo, com vista a “evitar disputas meramente formais, em vez de substanciais ou materiais, já que não existe diferença real entre uma ‘corte’ e um ‘tribunal’”. Cfr. William SHABAS, *The European Convention on Human Rights*, 1216.

Cabral Barreto, este artigo permite que Portugal venha a indicar, *inter alia*, a Procuradoria-Geral da República como entidade legitimada para formular este tipo de pedidos consultivos ao TEDH⁵⁹ – além, naturalmente, do TC, STJ e STA, que são, sem quaisquer dúvidas, entes jurisdicionais de cúpula da nossa ordem jurídica. Só esta solução garante, por um lado, a necessária flexibilidade para se evitarem “futuras complicações” e permitir a adequação do procedimento às idiossincrasias sistémicas europeias (porque se reconhece aos Estados suficiente liberdade na identificação das entidades legitimadas para requerer estes pareceres) e, por outro lado, se evita a multiplicação insustentável de pedidos que sejam manifestamente infundados ou desnecessários e que possam, deste modo, paralisar o Tribunal e o seu normal funcionamento. Além disso, é de notar que a exigência de que estas entidades correspondam “às mais altas jurisdições” surge totalmente em consonância com a ideia de que só se deve recorrer ao TEDH após exaustão prévia das vias de recurso interno⁶⁰. No entanto, tenham-se em consideração duas questões problemáticas que, neste domínio, se podem colocar: a primeira prende-se com saber se o TEDH pode, de alguma forma, controlar as indicações de um Estado quando este as faça incorretamente⁶¹ e a segunda com saber o que se deve

⁵⁹ Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 534.

⁶⁰ Embora, como refere Linos-Alexandre Sicilianos, “as mais altas jurisdições” não tenham necessariamente de ser aquelas para as quais se haverá de ter interposto recurso como forma de satisfazer o requisito de admissibilidade de “exaustão prévia de todas as vias de recurso interno” previsto no artigo 35.º/1 da CEDH. Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 16.

⁶¹ Esta questão remete-nos para uma outra: qual a natureza jurídica da declaração dos Estados ao abrigo do artigo 10.º do Protocolo? Ada Paprocka e Michal Ziolkowski defendem que esta declaração não tem caráter constitutivo, mas antes meramente informativo, não limitando a competência do Tribunal de Estrasburgo para, *a posteriori*, averiguar se as condições exigidas para lhe requerer

fazer perante os casos de limitação da aplicação territorial da Convenção, já que há Estados que possuem territórios nos quais esta não se aplica. Para resolver esta última querela, William Shabas considera que deverão os Estados, através da declaração prevista no artigo 10.º do Protocolo, excluir expressamente a sua aplicação a esses mesmos territórios⁶². *Last but not the least*, refere o preceito que o pedido de emissão de parecer consultivo haverá de recair sobre “questões de princípio relativas à interpretação ou aplicação⁶³ dos direitos e liberdades definidas na convenção ou nos seus protocolos”⁶⁴. Duas notas a este respeito: a primeira para referir que

um parecer consultivo ao abrigo do Protocolo estão (ou não) verificadas, tendo em conta as circunstâncias legais e factuais do caso concreto. Tendemos a concordar com a argumentação destes autores, embora tenhamos de admitir que a posição maioritária defende justamente a posição contrária. Vide Ada PAPROCKA / Michal ZIÓLKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», 282.

⁶² Vide William SHABAS, *The European Convention on Human Rights*, 1216.

⁶³ Relembremos, na senda de Castanheira Neves que “interpretar” implica a “determinação do sentido normativo (que não apenas hermenêutico-significativo geral) de uma “fonte” jurídica (de uma manifestação objetiva ou da expressão de um intencional conteúdo de direito) qualquer que ele seja”. Cfr. António Castanheira NEVES, «Interpretação Jurídica», in *Digesta – Vol. 2.º*, Coimbra Editora, 2010, especialmente p. 353 e s. Além disso, ao abrigo deste Protocolo, “aplicação” refere-se à determinação de se “um determinado tipo de caso se enquadra no escopo subjetivo, objetivo e temporal da norma ‘descodificada’ [*rectius*, já interpretada] da Convenção”. Cfr. Ada PAPROCKA / Michal ZIÓLKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», 285.

⁶⁴ Na altura em que se discutiu o conteúdo do Protocolo n.º 16, houve quem defendesse que o pedido de parecer consultivo devia limitar-se aos casos que revelassem um “potencial problema estrutural ou sistémico”, no entanto a proposta foi considerada desadequada por ser demasiado restritiva. Cfr. parágrafo 28.º do *Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction*, ECHR, 2013, disponível para acesso em: <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf>. Em vez disso, pretendeu-se abrir caminho para que o Tribunal se pudesse pronunciar sobre um “conjunto variado de questões que poderão vir a colocar-se na prática”. Cfr. Christos GIANOPOULOS, «Considerations on Protocol n.º 16», 339-340; e ainda, Ada PAPROCKA / Michal ZIÓLKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», 289. Indicam-se, como exemplo de “questões de princípio” que podem dar origem a um pedido de parecer consultivo, a compatibilidade com a Convenção da expulsão de

esta provisão alarga consideravelmente a competência consultiva do Tribunal, já que, como vimos anteriormente, o artigo 47.º/2 da CEDH a recorta de forma bastante restritiva; a segunda, para destacar que este preceito delimitador do tipo de questões que podem ser objeto de um pedido de parecer consultivo apresenta um certo mimetismo com o artigo 43.º/2 da CEDH, relativo à natureza dos assuntos devolvidos ao Tribunal Pleno⁶⁵, graças à existência de “certos paralelismos entre ambos os procedimentos”.

Refere-se também que o pedido só pode ser feito “no âmbito de um processo pendente” ante a jurisdição peticionária, rejeitando-se a utilização deste mecanismo para fins de examinação meramente teórica de legislação que não seja relevante para a resolução do caso *decidendo*⁶⁶. Além disso, o pedido deve ser motivado e

um requerente de asilo para a Grécia ao abrigo Regulamento (UE) Dublin II (Ac. TEDH *M.S.S. v. Belgium and Greece*, de 21 de Janeiro de 2011, n.º 30696/09); a recusa de acesso ao matrimónio por pessoas homossexuais (Ac. TEDH *Schalk and Kopf v. Austria*, de 2010, n.º 30141/04) ou a negação de acesso aos tribunais em razão de imunidade de Estado (Ac. TEDH *Cudak v. Lithuania*, de 2010, n.º 15869/02). Vide, para todos, o parágrafo 31.º do já citado *Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction*.

⁶⁵ O artigo 43.º/2 da CEDH permite que, no prazo de 3 meses a contar da data de uma sentença proferida por uma secção do TEDH, se solicite a “devolução do assunto ao Tribunal Pleno”, que a deverá aceitar caso se trate de uma “questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos”. É, pois, fácil de inferir que o objeto do parecer consultivo emanado ao abrigo do procedimento criado pelo Protocolo n.º 16 é similar ao previsto no artigo 43º/2 da CEDH (embora, neste último caso, se utilize a expressão ‘questão grave’ em vez de ‘questão de princípio’), mas a diferente *raison d’être* dos dois procedimentos não pode deixar de significar a adoção de diferentes critérios de admissibilidade para cada um deles. Neste contexto, e como alerta Gabriele Asta, o Tribunal de Estrasburgo poderá vir a esclarecer assuntos sobre os quais nunca se pronunciou; dar o seu parecer sobre questões que sejam de grande importância para a evolução jurisprudencial do sistema europeu de proteção de Direitos Humanos; ou restabelecer uma certa “ortodoxia interpretativa” quando as posições adotadas pelos tribunais nacionais se desviem de jurisprudência já consolidada pelo TEDH. Cfr. Gabriele ASTA, «Il Protocollo n. 16 alla CEDU: Chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?», *La Comunità Internazionale* 4 (2013) 780-781.

⁶⁶ O que não impede, segundo alguns autores, que os TC’s possam recorrer a

acompanhado dos “elementos pertinentes do contexto jurídico e factual do caso pendente”⁶⁷, exigindo-se, por um lado, prévia reflexão acerca da necessidade e utilidade do pedido e, por outro lado, que se faculte ao TEDH uma descrição suficientemente pormenorizada do *background* factual e jurídico relevante⁶⁸, permitindo-lhe focar-se unicamente nas verdadeiras “questões de princípio”.

Ora, uma vez formulado o pedido nos termos do artigo 1.º, “um coletivo de cinco juízes do Tribunal Pleno pronuncia-se sobre a aceitação [do mesmo]” (artigo 2.º/1 do Protocolo), tal como acontece ao abrigo do supramencionado artigo 43.º da CEDH – porém, o Protocolo estabelece que, neste caso, a recusa haverá de ser motivada⁶⁹ com vista a reforçar-se o espírito dialógico do meca-

este mecanismo quando realizem uma “examinação meramente teórica de legislação” no âmbito de um processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de um ato normativo, já que o seu resultado poderá ter um impacto significativo ao nível da proteção dos Direitos Humanos a nível interno. Nesses casos, quando se fala em “fornecer os elementos pertinentes do contexto jurídico e factual do caso concreto”, deve o TC prover os dados relevantes acerca do contexto jurídico, político e social em que se verificou a adoção e aplicação dos atos em questão. Cfr. Ada PAPROCKA / Michal ZIÓLKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», 281.

⁶⁷ Entende (e muito bem!) o TEDH que “*it should not be for the Strasbourg Court to have to work out for itself in which respect the national court requires its opinion. For the procedure to function properly, the relevant issues of Conventions law should be adequately identified and discussed at the national level*”. Além disso, não cabe ao Tribunal de Estrasburgo resolver o caso concreto pendente perante o Tribunal peticionário. Cfr. *Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, 6 de Maio de 2013, especialmente parágrafo 8.º.

⁶⁸ Vide parágrafo 12º do Relatório Explicativo do Protocolo. Este acrescenta, no seu parágrafo 13º, que as jurisdições que solicitam o parecer podem apresentar o seu pedido na língua oficial utilizada no processo interno. Os juízes de Estrasburgo expressaram algumas reservas quanto a este ponto, temendo o aumento considerável da quantidade de trabalho e dos custos que tal possibilidade implicará. Cfr. *Opinion of the European Court*, especialmente parágrafo 14.º.

⁶⁹ Relativamente a este ponto, entende o TEDH que, embora tal solução favoreça o debate construtivo com os tribunais nacionais, a recusa do pedido não deveria estar sujeita a fundamentação obrigatória. Devia, antes, optar-se pela emissão

nismo e evitar-se o surgimento de quaisquer “mal entendidos” ou tensões entre o Tribunal de Estrasburgo e os tribunais nacionais e, *pari passu*, aquele ir clarificando o que entende por “questões de princípio”. Tal como afirma Paul Gragl, a discricionariedade do Tribunal (diríamos nós, limitada por um dever de fundamentação) poderá vir a significar uma certa “importação” por Estrasburgo das doutrinas do *acte clair* e *acte éclairé* do TJUE⁷⁰. Por outro lado, se o coletivo de juízes aceitar o pedido⁷¹, é o Tribunal Pleno⁷² que fica encarregue de elaborar o parecer consultivo (artigo 2.º/2 do Protocolo), devendo conceder-lhe “alta prioridade”⁷³. Por fim, prevê-

de *guidelines* genéricas sobre o âmbito e modo de funcionamento da competência consultiva do Tribunal. Cfr. *Opinion of the European Court*, especialmente parágrafo 9º. Note-se, porém, que o Tribunal de Estrasburgo não deixa de reservar para si o direito de emitir uma motivação meramente sintética. Cfr. Giulio UBERTIS, «Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti», 1731.

⁷⁰ A 1.ª versão do Relatório Explicativo do Protocolo referia que “o Tribunal Pleno tem, ao abrigo do seu art 1.º/3, o direito de reformular as questões colocadas pelos tribunais nacionais”. Apesar de, curiosamente, esta referência ter sido omitida na versão final do relatório, parece claro que o TEDH poderá vir a deparar-se com a necessidade de reformular as questões que lhe sejam colocadas. Em tal circunstância, este deve atuar cautelosamente e de acordo com uma ideia de “cortesia judicial”. Cfr. Paul GRAGL, «(Judicial) Love is Not a One-Way Street: the EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Protocol n.º 16», *European Law Review* 38/2 (2013) 236-237; e ainda, Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 466.

⁷¹ Neste âmbito, coloca-se a questão de saber se, uma vez aceite o pedido consultivo dirigido ao TEDH, o processo ante a jurisdição nacional deve ser suspenso até que a *Grand Chamber* emita o parecer. Tal solução parece ser, na nossa opinião, a mais (senão, a única) razoável. No mesmo sentido, vide Luis LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», 24.

⁷² Bem se entende que a competência se atribua ao Tribunal Pleno - por um lado, a sua principal função sempre foi a de desenvolver e garantir a consistência da jurisprudência do Tribunal em questões de interpretação ou aplicação da Convenção e seus protocolos e, por outro lado, é ponto assente que o diálogo entre juízes nacionais e europeus deve preferencialmente desenrolar-se ao mais alto nível possível. Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 20.

⁷³ É isso mesmo que estabelece o ponto 17.º do Relatório Explicativo do

-se que o supramencionado painel de 5 juizes e o próprio Tribunal Pleno incluem *ex officio* “o juiz eleito pela Alta Parte Contratante a que pertence a jurisdição que fez o pedido” (artigo 2.º/3 do Protocolo). Na sua ausência ou perante impossibilidade de intervenção desse juiz, será o Presidente do Tribunal a selecionar quem intervéem no seu lugar, tendo em conta uma lista de nomes previamente apresentada por essa Parte. Admite-se também a participação de “terceiros”⁷⁴ na qualidade de *amici curiae*. O artigo 3.º do Protocolo prevê que “o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa e a Alta Parte Contratante a que a jurisdição que formulou o pedido pertence têm o direito de apresentar observações escritas e participar nas audiências”⁷⁵. No entanto, tenha-se em conta que a sua participação não é, naturalmente, obrigatória porque o procedimento não tem, na sua *genesis*, natureza contraditória. Cabe também notar que, precisamente por esta razão, só a estas entidades é reconhecida legitimidade direta para participarem no proce-

Protocolo. O que, aliás, bem se compreende, já que a demora indevida na emissão do parecer significará um irremediável atraso do processo pendente ante os tribunais nacionais petionários, situação que importa evitar a todo o custo. Além disso, a análise dos resultados e potencialidades da “*priority policy*” do Tribunal (adotada desde 2009) comprova o caráter vantajoso desta solução. Note-se que só as “questões da 1.ª categoria” (p.e. nas quais esteja em risco a vida ou saúde do petionário ou outras circunstâncias relacionadas com questões pessoais ou familiares especialmente relevantes, como, *verbi gratia*, quando esteja em causa o bem-estar de uma criança”) terão prioridade sobre estes pedidos consultivos. Vide Christos GIANOPOULOS, «Considerations on Protocol n.º 16», 349.

⁷⁴ Ao contrário do que acontece com o procedimento de consulta dos artigos 47.º a 49.º da CEDH, que se caracteriza pelo seu “caráter introvertido”. Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 23.

⁷⁵ No que diz respeito à participação do Comissário, esta possibilidade corresponde, *mutatis mutandis*, à prevista no artigo 36.º/3 da CEDH. Cfr. Gabriele ASTA, «Il Protocollo n. 16 alla CEDU», 781; e ainda, David MILNER, «Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1 (2014) 43-44.

dimento – outros sujeitos possivelmente interessados, mormente as outras Altas-partes contratantes ou as partes do caso pendente ante o tribunal nacional, só poderão intervir no procedimento se o Presidente do Tribunal lhes dirigir um convite para apresentarem observações escritas e/ou participarem nas audiências, sempre em nome da boa administração da justiça⁷⁶.

No que diz respeito aos pareceres sejam emanados pelo Tribunal, importa destacar alguns aspetos. Desde logo, estes têm de ser fundamentados (podendo ser anexada opinião separada do juiz que não concorda no todo ou em parte com o seu conteúdo⁷⁷) – artigo 4.º/1/2 do Protocolo. Os pareceres “têm [também] de ser transmitidos à jurisdição que formulou o pedido e à Alta Parte Contratante a que a jurisdição pertence”⁷⁸ (n.º 3) e têm de ser publicados (n.º 4)⁷⁹. Além disso, é de notar que os pareceres não são vinculativos (artigo 5.º do Protocolo), aprimorando-se, deste modo, o seu espírito dialógico⁸⁰ – no entanto, tendo em conta a

⁷⁶ Cfr. Luis LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», 26.

⁷⁷ Apesar de que seja prática do Tribunal “*to speak with one voice*” no exercício das suas competências consultivas.

⁷⁸ O parágrafo 23.º do Relatório Explicativo do Protocolo destaca que também devem ser notificadas as entidades participantes nos termos do artigo 3.º e, dado o facto de que a língua em que o parecer consultivo foi redigido pode ser distinta da do país do tribunal ante o qual decorre o processo a que este se refere, o Tribunal de Estrasburgo haverá de cooperar com as autoridades nacionais na preparação de traduções em tempo adequado – o que, na nossa opinião, poderá ser bastante difícil de concretizar...

⁷⁹ Cfr. David MILNER, «Protocols no. 15 and 16», 44-45.

⁸⁰ Esta solução enquadra-se na ideia de “promoção da autoridade persuasiva” do TEDH. No fundo, o Protocolo procura colocar os “interpretes da Convenção numa relação complementar, ao invés de competitiva”, ou seja, o Tribunal emite a sua opinião e esta deverá ser seguida porque é do interesse geral a adoção dessa solução e não propriamente porque os tribunais nacionais sejam obrigados a segui-la. Cfr. Christos GIANNOPOULOS, «Considerations on Protocol n.º 16», 342. No entanto, são muitas as críticas provenientes de alguns setores doutrinários e até de ONG’s que reclamam o reconhecimento de efeitos vinculativos aos pareceres

natureza jurídica de todo e qualquer parecer não podemos deixar de considerar que esta provisão é algo pleonástica. Isto não significa, naturalmente, que seja de esperar que as instâncias nacionais não venham a seguir a solução avançada pelo Tribunal⁸¹. Tal situação, embora não seja impossível, parece-nos bastante improvável, mormente tendo em conta o carácter facultativo do procedimento⁸². De todos os modos, se um Estado não respeitar o parecer emitido, nada impede que a parte possa vir a exercer posteriormente o seu direito de petição individual (artigo 34.º da CEDH)⁸³. No entanto, e como parece lógico, se a instância nacional decidiu em conformidade com o parecer consultivo emanado previamente pelo TEDH, os elementos da petição que se relacionem com o seu conteúdo deverão ser automaticamente inadmitidos. Neste contexto, pode afirmar-se que “a emissão de parecer consultivo pelo

emitidos. Cfr. Paul GRAGL, «(Judicial) Love is Not a One-Way Street», 247.

⁸¹ Desde logo, há que distinguir entre a interpretação, em geral, de provisões da Convenção – que será vinculativa, já que os tribunais nacionais devem respeitar a interpretação evolutiva da CEDH levada a cabo pelo Tribunal de Estrasburgo, cujas decisões veem reconhecida força interpretativa ou *res interpretata* – e a opinião do Tribunal quanto à adequação e aplicação de dita interpretação aos factos do caso *sub judice* – e será esta, e só esta, que não produzirá efeitos vinculativos. Cfr. Janneke GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR: A Comparative and Critical Appraisal», *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 21 (2014) 635.

⁸² Cfr. Thomas VOLAND / Britta SCHIEBEL, «Advisory Opinions of the ECHR», 11.

⁸³ O parágrafo 46.º do supramencionado *Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction* alerta para o facto de que o Tribunal deve, com vista a garantir a co-existência harmoniosa das suas competências consultivas e contenciosas, atentar na atitude adotada pelo TADH nesta matéria: este tribunal tem aproveitado a sua discricionarieidade para recusar pedidos de emissão de pareceres, principalmente, com vista a assegurar que a sua competência consultiva não “prejudica ou mina de modo algum” a sua jurisdição em casos contenciosos. Tal circunstância é de suma relevância na medida em que a legitimidade e autoridade do TEDH depende diretamente da preservação do direito de petição individual como elemento “sacrossanto” do qual depende a sobrevivência do sistema convencional. Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 459.

Tribunal produzirá um certo efeito preclusivo ou dissuasor, prefigurando como uma espécie de condição adicional *sui generis* de admissibilidade da petição”⁸⁴. Além disso, os pareceres consultivos passarão a fazer parte do *case-law* do TEDH, juntamente com os seus acórdãos e decisões, o que significa que o Tribunal os tomará em conta nas suas futuras deliberações⁸⁵.

Por fim, o artigo 6.º estabelece que a aceitação do Protocolo pelas Altas Partes Contratantes é opcional (baseando-se num claro sistema de *opting-in*) e que, uma vez aceite, os seus artigos devem ser encarados como artigos “adicionais” (e não “integrantes”!) da CEDH. Esta solução – que é contrária à adotada no Protocolo n.º 2 (que era um verdadeiro protocolo de alteração ou revisão) – significa, desde logo, que os Estados-parte da Convenção não ficarão obrigados *ipso jure* pelo Protocolo n.º 16 assim que este entrar em vigor; além disso, a partir da leitura conjunta do artigo supramencionado com o disposto no artigo 58.º da Convenção, torna-se possível que um Estado-parte denuncie o Protocolo, sem que isso signifique necessariamente a denúncia da CEDH no seu todo. Resta saber se, deste modo, se conseguirá concretizar a intenção manifestada na Declaração de *Brighton* de que “todos os Estados-parte [estejam] determinados a trabalhar *em parceria* com o Tribunal para (...) assegurar a viabilidade do mecanismo da Convenção”⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. Gabriele ASTA, «Il Protocollo n. 16 alla CEDU», 783.

⁸⁵ Sabe-se que o TEDH não se encontra formalmente vinculado pelos seus próprios precedentes. Porém, em nome da estabilidade e previsibilidade das suas decisões, é-lhes atribuída grande importância, indicando-se sempre e de forma minuciosa quais as razões de eventuais *revirements* – vide, *verbi gratia*, Ac. TEDH *Christine Goodwin v. United Kingdom*, de 1 de Julho de 2002, n.º 28957/95; Ac. TEDH *Mamatkoulou v. Turkey*, de Fevereiro de 2005, n.º 46827/99 e 46951/99; Ac. TEDH *Demir e Baykara v. Turkey*, de 2 de Novembro de 2008, n.º 34503/97; ou ainda Ac. TEDH *Scoppola v. Italy*, de 7 de Setembro de 2009, n.º 126/05. Cfr. Naiara POSENA-TO, «Diálogo Judicial e Direitos Humanos», 263.

⁸⁶ Alguns autores acrescentam que o carácter adicional do Protocolo pode

Quanto à entrada em vigor do Protocolo, o seu artigo 8.º exige que “dez Altas Partes Contratantes da Convenção tenham manifestado o seu consentimento em ficarem vinculados por este, em conformidade com as disposições do artigo 7.º”⁸⁷. Em contra do disposto no artigo 57.º da CEDH, refere o artigo 9.º do Protocolo que não se admitem reservas às suas disposições.

Analisados os traços gerais deste diploma, permitimo-nos tecer dois comentários: o primeiro para realçar, na senda de Marie-Clotilde Runavot, que os termos em que este Protocolo foi redigido parecem denunciar um certo “sincretismo” da competência aqui esboçada e que não deixa de combinar traços “dos géneros prejudicial, consultivo e contencioso” em nome da “eficácia e perenidade do sistema europeu de proteção de Direitos do Homem”⁸⁸;

“quebrar (...) a unidade do sistema judiciário europeu”. Cfr. Marie-Clotilde RUNAVOT, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne», 85 e 87.

⁸⁷ É de notar que o Protocolo n.º 16 ainda não entrou em vigor, já que, até ao momento, apenas 8 Estados o ratificaram (Albânia, Arménia, Estónia, Finlândia, Geórgia, Lituânia, San Marino e Eslovénia). Em 2014, quando questionado quanto à sua posição face ao Protocolo n.º 16 e às suas expectativas de o vir a ratificar em breve, Portugal afirmou que “o Estado Português terá de refletir novamente sob a posição a adotar, tendo em conta a natureza facultativa do Protocolo”, o que explica que ainda não tenhamos procedido à assinatura e ratificação do mesmo. Importa também, a título de curiosidade, olhar para as respostas dos principais países europeus à questão supramencionada: a França informou que “*le processus de ratification sera lancé une fois adoptées les modifications législatives et réglementaires nécessitées par cette nouvelle procédure d’avis consultatif. Aucun obstacle spécifique n’a été identifié à ce jour*”; por sua vez, a Alemanha reiterou que “*the Federal Constitutional Court has been consulted and the Government will take the Court’s views into account. At present, it is not decided whether Germany will ratify the Protocol*”; já o Reino Unido “*has long taken the position that it does not oppose advisory opinions in principle so long as they are optional, but equally has expressed itself as unconvinced of their value, particularly for addressing the fundamental problems facing the Court and the Convention system*”; por fim, a Bélgica considerou que “*taking the highest courts’ views (...) into account, it is, at present, not envisaged to ratify the Protocol*”. Para mais informações, nomeadamente sobre a posição adotada pelos demais Estados-parte da Convenção, vide Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 513-518.

⁸⁸ Cfr. Marie-Clotilde RUNAVOT, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne», 76.

um segundo comentário para deixar claro que, embora existam semelhanças entre o mecanismo do reenvio prejudicial e o procedimento aqui analisado (por exemplo, quanto à natureza da entidade que requer o parecer⁸⁹ ou o facto de se exigir que o pedido seja feito no âmbito de um processo pendente), ambos não se confundem, sendo identificáveis claras diferenças: em primeiro lugar, enquanto que o desencadear do procedimento instaurado pelo Protocolo n.º16 é totalmente opcional, o recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial é obrigatório quando “uma questão [de interpretação dos Tratados ou sobre a validade e interpretação do direito secundário ou derivado] seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno” (artigo 267.º/3 TFUE); em segundo lugar, enquanto que o Tribunal de Estrasburgo tem poderes discricionários para recusar a emissão do parecer (embora tenha de fundamentar a recusa), o TJUE tem de se pronunciar obrigatoriamente sobre todos os pedidos que lhe sejam dirigidos; em terceiro lugar, é reconhecida *ex lege* uma ampla legitimidade de participação de terceiros no procedimento do reenvio prejudicial para o TJUE⁹⁰, ao contrário do que acontece, como já vimos, no procedimento consultivo em análise; em quarto lugar, enquanto que os juízes do Tribunal Pleno poderão anexar ao

⁸⁹ Impõe-se aqui um esclarecimento adicional, sob pena de estarmos a incorrer numa evidente e imperdoável imprecisão. Considerámos este aspeto como comum a ambos os mecanismos porque tanto num, como no outro, só entidades jurisdicionais podem requerer o parecer ou ativar o mecanismo do reenvio prejudicial. Porém, neste último caso, não são apenas “as mais altas jurisdições” aquelas que estão legitimadas para tal, atribuindo-se legitimidade a “qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros”.

⁹⁰ Dispõe o artigo 23.º do Regulamento do TJUE que “as partes, os Estados-membros, a Comissão e, se for caso disso, a instituição, órgão ou organismo da União que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação é contestada têm o direito de apresentar ao Tribunal alegações ou observações escritas”.

parecer emitido opiniões separadas, tal possibilidade não é admitida aos juízes do Luxemburgo; por fim, se, por um lado, o parecer emanado pelo TEDH não será (ao menos, teoricamente) vinculativo, já o acórdão emanado pelo TJUE ao abrigo do mecanismo de reenvio prejudicial vincula o tribunal peticionário e todos os demais tribunais (*efeitos erga omnes*).

5. Que vantagens?

Após a breve análise do conteúdo do Protocolo n.º 16 à CEDH é fácil concluir que este surge como a principal “medida complementar [até hoje tomada] para que o sistema da Convenção permaneça eficaz e possa continuar a proteger os direitos e liberdades de mais de 800 milhões de pessoas na Europa”⁹¹. Estamos em crer que o procedimento que aqui analisámos será benéfico, não apenas para os juízes nacionais – que são legítimos aplicadores da Convenção –, mas também para os juízes de Estrasburgo e o estatuto do TEDH em geral. Ora vejamos.

Desde logo, com a entrada em vigor deste procedimento, os juízes de Estrasburgo verão (estamos em crer, a médio ou longo prazo) reduzida a sua carga de trabalho e, conseqüentemente, amenizados certos problemas de severa morosidade e reduzida eficácia na efetivação da Convenção⁹². Vários fatores contribuirão para que assim seja: o principal será, na nossa opinião, o exponencial incremento dos efeitos *erga omnes* da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo (ideia que, aliás, parece ir contra o disposto no artigo 46.º/1 da CEDH, que expressamente estabelece a mera eficácia *inter*

⁹¹ Cfr. Marie-Clotilde RUNAVOT, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne», 72.

⁹² Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 28.

partes das decisões do Tribunal) e da sua “função *nomofilática*”. É que, por um lado, acreditamos que a resolução do caso *sub judice* pelas “mais altas jurisdições” em consonância com o parecer emanado pelo TEDH abrirá caminho à progressiva harmonização da jurisprudência nacional na matéria⁹³ (num sentido de maior respeito e efetivação dos direitos e liberdades da Convenção, com ganhos claros na concretização do princípio da subsidiariedade e na diminuição dos “atropelos” à Convenção pelos tribunais nacionais); além disso, a tendência é de que os pareceres que venham a ser emitidos motivem – quiçá, de maneira incisiva – os Estados-parte a procederem a alterações legislativas ou administrativas de modo a evitarem que se continue ou se torne a violar a Convenção. E, tendo em conta o atual panorama dialógico europeu, é previsível que os demais Estados-parte sejam igualmente influenciados e tomem as mesmas medidas, produzindo-se uma espécie de efeito *snowball*⁹⁴.

Além disso, o próprio estatuto do Tribunal de Estrasburgo poderá vir a sair reforçado. Segundo Kanstantsin Dzehtsiarou e Noreen O’Meara, o TEDH sempre desempenhou duas funções distintas: uma função adjudicatória – através do exercício da sua competência contenciosa, em grande parte esgotada na resolução de *clone cases* – e uma função constitucional – estabelecendo *standards* mínimos de proteção dos direitos e liberdades da Convenção e forjando soluções para os chamados *hard cases*^{95/96}. Embora os

⁹³ Cfr. Naiara POSENATO, «Diálogo Judicial e Direitos Humanos», 262-264.

⁹⁴ Por isto se diz que este mecanismo consultivo está revestido de claras “virtudes profiláticas”, prevenindo conflitos e a imparável multiplicação das petições individuais que desaguam no Tribunal. Cfr. Marie-Clotilde RUNAVOT, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne», 83.

⁹⁵ Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 457.

⁹⁶ Às quais acrescentamos, como parece óbvio, a função consultiva que, embora tenha sido pouco exercida até hoje, se encontra suficientemente regulada e autonomizada.

autores considerem que a entrada em vigor do Protocolo n.º 16 não irá reforçar substancialmente esta última função do Tribunal, a nossa opinião aponta justamente no sentido contrário. Estamos em crer que o TEDH virá, ao permitir-se aos juízes de Estrasburgo que se foquem na análise das “questões de princípio” (diríamos nós, essenciais) da Convenção, a ver intensificado o seu precioso contributo para o processo de “regionalização” europeia dos Direitos Humanos⁹⁷, transformando-se num autêntico “Tribunal Constitucional Europeu” que previne e resolve múltiplos conflitos jurisprudenciais “conjunturais” (mas não estruturais), isto é, causados pelo desconhecimento pelo juiz nacional do conteúdo da Convenção ou pela existência de uma eventual ambiguidade na sua interpretação⁹⁸, desenvolvendo, progressivamente, certos princípios jurídicos fundantes do sistema convencional à medida que vai fixando *standards* (mínimos) de proteção dos Direitos Humanos que sejam aceites por todas as Altas Partes Contratantes⁹⁹.

Parece-nos, igualmente, claro o *apport* metodológico que o procedimento que aqui analisamos trará no que concerne à atuação do TEDH (principalmente se tomarmos como contraponto a experiência do mecanismo do reenvio prejudicial para o TJUE - que é, no nosso humilde entendimento, um dos mais bem-sucedidos mecanismos de diálogo institucionalizado). Analisando a questão de um ponto de vista estritamente metodológico, – e tendo em conta que o tema é relativamente complexo e, por isso, não poderemos, *hic et nunc*, desenvolvê-lo com a necessária profundidade – é sabido que o Tribunal do Luxemburgo, para se pronunciar quanto a um determinado pedido de reenvio, (só) encetará um autêntico

⁹⁷ Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme», 14 e s.

⁹⁸ David SZYMCZAC, «L'institutionnalisation du dialogue des juges».

⁹⁹ Vide parágrafo 5.º do *Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction*.

exercício de *reasoning* (mas já não de *application*), deixando para os tribunais nacionais (que também são, na verdade, tribunais comunitários¹⁰⁰) espaço suficiente para levarem a cabo a tarefa de, tendo por base esse juízo hermenêutico-valorativo *a priori* emanado pelo TJUE, determinarem qual a solução concreta a dar ao caso *decidendo* – que, além de consonante com o direito europeu, tende a ser mais harmónica e respeitadora das idiossincrasias de cada sistema jurídico nacional. Ora, até ao momento (e, pelo menos, enquanto o Protocolo n.º 16 não entrar em vigor) o TEDH tem-se destacado por levar a cabo, no exercício da sua função contenciosa, verdadeiros exercícios de *application* – *scilicet*, condenando um determinado Estado-parte sempre que entender que uma concreta decisão de um dos seus órgãos jurisdicionais comportou uma autêntica violação de algum direito ou liberdade consagrado na Convenção. Ora, introduzir um mecanismo de diálogo institucionalizado no sistema convencional – como é aquele que o Protocolo n.º 16 visa instituir e que, em boa verdade, muito se inspirou, do ponto de vista metodológico, no mecanismo do reenvio prejudicial – poderá abrir portas ao Tribunal de Estrasburgo para que este comece a dedicar-se, de forma afincada, a um verdadeiro e frutífero exercício de “*reasoning*”, deixando para os tribunais estaduais, pelo menos numa primeira fase, a complexa (e delicada) tarefa de “*application*”¹⁰¹. Este avanço metodológico é, como parece evidente, essen-

¹⁰⁰ Neste sentido, vide Roberto BARATTA, «National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration* 38/4 (2011) 297 e s.

¹⁰¹ Relembre-se que, como referido na nota 67, não caberá ao Tribunal de Estrasburgo, no âmbito do procedimento consultivo, resolver o caso concreto pendente perante o tribunal peticionário – essa tarefa caberá ao próprio tribunal nacional, tendo em conta o parecer emanado pelo TEDH (mas sem que este sequer esteja obrigado a decidir em consonância com o seu conteúdo, dada a natureza não vinculativa do mesmo).

cial para se lograr levar mais longe a ideia de responsabilidade dos Estados-parte na efetivação da Convenção –reconhecendo-lhe (de forma real e não meramente virtual) o espaço necessário para que estes procurem conciliar o sistema convencional e o(s) sistema(s) nacional(is), mormente buscando ajuizar uma solução para o caso *decidendo* que se encontre, dentro do possível, fundada nos pontos de encontro de ambos os sistemas. Quem sabe não será essa a chave para, num contexto de tensão inter-sistémica, se encontrar um *modus vivendi* apaziguador e benéfico para todos os envolvidos...

Por outro lado, é da nossa opinião que os tribunais nacionais sairão beneficiados com a entrada em vigor do Protocolo: em primeiro lugar, parece que só assim é possível inverter, de *ex post* a *ex ante*, a resolução de um conjunto de dificuldades interpretativas de certas provisões da Convenção *in foro domestico*¹⁰². Consequentemente, não só o tribunal nacional poderá decidir o caso concreto em conformidade com a Convenção, exercendo zelosamente o seu dever de respeito pela mesma, como também poderá vir a resolver todos os casos equiparáveis que futuramente surjam no plano interno – o que, como já afluíramos, trará evidentes vantagens para a concretização do princípio da subsidiariedade¹⁰³; em segundo lugar, sairá reforçada a legitimidade da decisão tomada pelo juiz nacional no caso concreto quando ela respeitar o sentido do parecer emanado pelo TEDH – e o mesmo se poderá dizer quanto

¹⁰² Cfr. OMEJEC, Jasna, “Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights”, 510; e ainda, cfr. Janneke GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR», 638-639.

¹⁰³ Vide Parecer n.º 285 (2013), aprovado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a 28 de Junho de 2013. Segundo Gertrude Lubbe-Wolf, a viabilidade e força do sistema convencional depende de uma repartição de funções baseada no diálogo e numa autêntica subsidiariedade substantiva e processual. Cfr. a sua intervenção na já citada conferência «Dialogue Between Judges», 11.

ao TJUE, assim que a União Europeia adira ao sistema da CEDH¹⁰⁴; *last but not the least*, os pareceres consultivos são, indiscutivelmente, “meios menos confrontativos” que um qualquer acórdão, promovendo o diálogo e a cooperação¹⁰⁵ e permitindo que os tribunais nacionais participem, de forma efetiva, no processo europeu de *decision-making* (especialmente, tendo em conta a natureza não vinculativa do parecer).

6. Críticas e Reservas

Apesar das evidentes vantagens reconhecidas ao procedimento que será instaurado pelo Protocolo n.º 16, a doutrina não se poupa a críticas e reservas quanto ao seu conteúdo e aos seus efeitos. Procuraremos, na medida das nossas possibilidades, analisá-las e refletir sobre a sua pertinência.

Desde logo, há quem considere que este procedimento, ao invés de reduzir a carga de trabalhos para o Tribunal de Estrasburgo, produzirá justamente o efeito contrário. Segundo Janneke Gerards tal deve-se, desde logo, ao facto de que muitos dos casos que atualmente asfixiam o Tribunal não resultem propriamente de problemas relacionados com a difícil interpretação e aplicação da Convenção, mas sim de “autênticos defeitos estruturais” como, *inter alia*, a demora excessiva dos processos judiciais ou as condições perniciosas de alguns estabelecimentos prisionais. E a verdade é que o número de queixas que chegam diariamente ao Tribunal por causa deste tipo específico de “defeitos” não será, *prima facie*, reduzido com a entrada em vigor do procedimento consultivo em

¹⁰⁴ Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme», 14.

¹⁰⁵ Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O'MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 450.

análise¹⁰⁶. A este fator juntam-se, pelo menos, mais três: em primeiro lugar, a possibilidade de participação de terceiros no processo nos termos previamente enunciados (e que é fundamental para legitimar os pareceres que venham a ser emanados) pode significar o seu arrastamento temporal¹⁰⁷; em segundo lugar, a verdade é que, hoje em dia, o Tribunal Pleno só consegue pronunciar-se, em média, entre 25 a 30 assuntos por ano, o que leva alguns autores a prever um verdadeiro “entupimento da *Grand Chamber*”¹⁰⁸; por fim, se a obtenção de um parecer consultivo ao abrigo do Protocolo não impede o sujeito de exercitar o direito de petição individual previsto no artigo 34.º da CEDH, mormente quando a decisão ao caso concreto o não satisfaça, o procedimento consultivo poderá, consoante esta prática se venha a tornar rotineira, gerar o efeito paradoxal de complicar ainda mais o trabalho do Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁹. Tais circunstâncias poderão, no limite, conduzir a atrasos tão significativos na tomada de decisão pelo TEDH que o façam incorrer na violação do direito à tutela jurisdicional efetiva em prazo razoável, previsto e protegido pelo artigo 6.º da CEDH¹¹⁰ – o que não deixaria de ser uma circunstância, no mínimo, tão caricata quanto lamentável.

Tendemos a discordar com estes argumentos – embora reconheçamos a sua pertinência – na medida em que, como já aflo-ramos anteriormente, será de esperar que, pelo menos a médio

¹⁰⁶ Vide Janneke GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR», 648.

¹⁰⁷ O que, sem dúvida, se repercutirá num atraso considerável do “processo pendente” ante o tribunal nacional peticionário. Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 460.

¹⁰⁸ Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme», 20.

¹⁰⁹ Cfr. Gabriele ASTA, «Il Protocollo n. 16 alla CEDU», 788.

¹¹⁰ Vide D. J. HARRIS, *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 37.

ou longo prazo, se venha a fortalecer a ideia de subsidiariedade – ou, melhor ainda, de “responsabilidade partilhada” na efetivação da Convenção – reforçando-se o caráter preventivo do sistema convencional¹¹¹. Ou seja, o exercício das funções consultivas do Tribunal poderá incrementar o seu estatuto constitucional e os efeitos *erga omnes* das suas decisões, criando-se as condições propícias para que os tribunais nacionais se empenhem na melhor aplicação e efetivação da Convenção e incentivando os Estados-parte a tomar medidas legislativas e administrativas que corrijam os tais “defeitos estruturais” vulneradores da mesma. Consequentemente, reduzir-se-ão os chamados “*clone cases*”¹¹² e garantir-se-á uma maior proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, o que só poderá traduzir-se na diminuição do número de petições individuais ao TEDH. Por outro lado, quanto à celeridade do procedimento consultivo propriamente dito, parece-nos que deverá ser feita, principalmente numa primeira fase, uma seleção cuidadosa das “questões de princípio” a que o Tribunal dará resposta, ocupando-se este apenas do “essencial” e evitando-se a inundação da *Grand Chamber* com questões pouco pertinentes ou, de certa forma, irrelevantes. A nosso ver, só assim se assegurará a celeridade e eficácia do procedimento, prevenindo-se a degradação

¹¹¹ Mesmo que o procedimento consultivo possa “levar o seu tempo”, o parágrafo 11.º do *Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction* alerta para o facto de que, na ausência da possibilidade de se recorrer *ex ante* ao Tribunal de Estrasburgo para esclarecimento de certas questões de interpretação e aplicação da Convenção, os tribunais nacionais tenderão a incorrer mais frequentemente na sua violação. Ante tal situação, os particulares só poderiam recorrer à competência contenciosa do Tribunal - exercendo o seu direito de petição individual -, o que poderá irremediavelmente significar uma demora ainda maior na efetivação dos seus direitos e liberdades fundamentais.

¹¹² Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme», 14.

gradual da capacidade de resposta do Tribunal de Estrasburgo¹¹³ e, conseqüentemente, a erosão do modo de funcionamento da administração da justiça a nível nacional. Quanto aos atrasos causados pela participação de terceiros no processo como *amici curiae*, limitamo-nos a afirmar que não nos parece que eles venham a ser de tal modo significativos que justifiquem a qualificação da solução como desadequada.

Outra das críticas que geralmente é tecida é a de que a ideia de diálogo – que, como sabemos, é fundamento primeiro do Protocolo n.º 16 – tende a partir da pressuposição errónea de que os Estados-parte se empenharão em adotar uma atitude “positiva” e aberta face ao TEDH. A realidade demonstra-nos, porém, que nem sempre assim é, existindo Estados cujas autoridades nacionais adotam posições críticas e céticas face ao Tribunal de Estrasburgo, tornando-se a ideia de cooperação e parceria inter-judicial uma mera miragem, senão mesmo uma profunda utopia. Aliás, é expectável que, quando assim for, os Estados-parte nem sequer tomem a iniciativa de assinar e ratificar o Protocolo n.º 16¹¹⁴ - o que poderá conduzir, segundo Lize Glas, a que “uma minoria de tribunais [que aderiram ao *judicial dialogue* com o TEDH] venha a impor as suas visões a uma maioria de tribunais inativos, dando origem a fortes tensões e dificultando a construção da ‘unidade na diversidade’”¹¹⁵.

Ora, quanto a este aspeto concreto, somos da opinião que, não obstante seja inegável que a recetividade à atividade do TEDH varia

¹¹³ No mesmo sentido, vide David SZYMCZAK, «L’institutionnalisation du dialogue des juges». O autor entende que urge garantir o equilíbrio no exercício de ambas as competências – contenciosa e consultiva – do Tribunal, evitando que esta última possa consumir de tal modo a sua atividade que o exercício da primeira se torne necessariamente lento e incompleto.

¹¹⁴ Cfr. Janneke GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR», 646.

¹¹⁵ Vide Lize GLAS, «Dialogue in the ECHR’s System», 276.

geograficamente, a entrada em vigor deste mecanismo permitirá aprofundar as relações deste com aqueles Estados-parte que, por natureza, são mais recetivos à sua atuação e, *pari passu*, poderá incentivar um adensar das relações dialógicas com aqueles Estados que lhe colocam mais resistências, principalmente tendo em conta a natureza não vinculativa dos pareceres que venham a ser emitidos e que os torna muito menos confrontativos e provocadores do que qualquer acórdão. É, porém, imperativo que o Tribunal de Estrasburgo evite assumir um qualquer papel de “ativista político”¹¹⁶, imiscuindo-se desmesuradamente nos ordenamentos jurídicos nacionais; antes, ele deve adotar uma atitude de pura “humildade”, de debate e cooperação recíproca com as várias autoridades nacionais¹¹⁷.

Outra acesa querela gira em torno da opção tomada pelos redatores do Protocolo de limitar as entidades legitimadas para requerer um parecer consultivo ao TEDH às “mais altas jurisdições de uma Alta-Parte Contratante”. Segundo alguns autores, tal solução permitirá aos Estados, desde logo, distorcer a natureza do mecanismo, por exemplo, evitando a indicação, ao abrigo do artigo 10.º do Protocolo, dos tribunais nacionais de pendor mais “ativista” - vedando-lhes, assim, o acesso ao procedimento consultivo – ou guiando-se exclusivamente por motivações de natureza política no momento de os indicar, invertendo-se, deste modo, a natureza do diálogo que o mecanismo visa promover¹¹⁸. Por outro lado, esta solução poderá dar origem a graves problemas de articulação sistémica – entre os sistemas nacionais de proteção de direitos

¹¹⁶ Cfr. Janneke GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR», 647.

¹¹⁷ Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 465.

¹¹⁸ Cfr. Kanstantsin DZEHTSIAROU / Noreen O’MEARA, «Advisory jurisdiction and the ECHR», 463.

fundamentais e o sistema convencional -, especialmente naqueles Estados-parte que têm um sistema concentrado de controlo da constitucionalidade e em que é possível recorrer para o TC – através da chamada “queixa constitucional” e desde que verificados determinados pressupostos específicos – das decisões tomadas pelas mais “altas jurisdições” nacionais que pretensamente vulnerarem direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, nestes casos, a relação entre o TC e esses tribunais cristaliza-se num esquema relacional vertical de “supervisor-supervisionado”, em que aquele está constitucionalmente autorizado a revogar a decisão tomada por estes, desde que ela efetivamente implique a violação ou vulneração de direitos fundamentais. É fácil de concluir que, num sistema assim, as relações entre o TC e os tribunais ordinários se encontram necessariamente marcadas por tensões estruturais e inerentes ao próprio sistema. Consequentemente, admitir que venha a ser dado um “impulso externo” que afete o esquema relacional em que esse sistema se sustenta poderá conduzir, irremediavelmente, à sua rutura estrutural. Por isso se tem defendido que, nestes países, só o Tribunal Constitucional haverá de ser indicado, ao abrigo do artigo 10.º do Protocolo, como legitimado para requerer a emissão de um parecer consultivo, sob pena de se limitar desproporcionadamente a discricionariedade judicial do TC e deslocar a responsabilidade pela tomada de decisões importantes e extremamente difíceis de tomar deste tribunal para o TEDH¹¹⁹.

¹¹⁹ Entre nós, não está consagrado o mecanismo da “constitutional complaint”, não sendo possível que o TC venha a revogar uma decisão judicial emitida por um “tribunal ordinário” quando esta viole direitos fundamentais dos indivíduos. Vide, a este propósito, Fernando Alves CORREIA, «Os Direitos Fundamentais e a sua Proteção Jurisdicional Efetiva», 70 e s. Não obstante, Jasna Omejec alerta para o facto de que, sob determinadas condições, as decisões do TC português podem ser qualificadas como uma “decisão interna definitiva” para efeitos de admissibilidade da petição ante o TEDH (vide, *verbi gratia*, o Ac. TEDH *Roseiro v. Portugal*, de 30 de Novembro de 2004, n.º 29288/02). Perante tal situação, a

Por outro lado, há também quem olhe com ceticismo para a ideia de que este Protocolo permitirá que se venha a dar um passo em frente na concretização do princípio da subsidiariedade, defendendo-se que ele poderá, afinal, instituir uma certa “dose de centralização”. Não estamos de acordo com tal acusação e relembramos que o princípio da subsidiariedade tem um sentido intrinsecamente bivalente: nas palavras de Denys Simon, é verdade que ele “pode dar origem a uma leitura descentralizadora ou centrífuga, justificando a intervenção das instâncias nacionais na medida em que a intervenção da instância comunitária não seja necessária ou adequada. No entanto, não devemos esquecer que este princípio nos encaminha igualmente para uma “leitura centralizadora ou centrípeta” que, *pari passu*, exige e justifica a intervenção do juiz comunitário *stricto sensu*”¹²⁰. Mas mesmo quem admite que poderá verificar-se um reforço da subsidiariedade no seio do sistema convencional não parece ficar especialmente convencido com a sua bondade: Gertrude Lubbe-Wolf defende que, deste modo, se desonerarão os tribunais nacionais de adotar uma posição própria quanto a certos aspetos da Convenção, tornando os imperativos de Direitos Humanos um autêntico “produto importado” e não (também) de produção nacional¹²¹. Por nossa parte, não entendemos como é que um diálogo profícuo e equilibrado com Estras-

autora questiona “se, em casos como este, antes do TC ter decidido sobre a (não) inconstitucionalidade de uma lei que é aplicável ao caso *sub judice*, o Supremo Tribunal tivesse requerido um parecer consultivo ao TEDH, será que o parecer de Estrasburgo teria algum efeito particular na posição que o TC viria a adotar ao tomar a decisão quanto à (não) inconstitucionalidade da lei que deveria ser aplicada no processo pendente perante o Supremo?” Só o tempo poderá dar resposta a esta questão... Cfr. Jasna OMEJEC, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», 499 e 508.

¹²⁰ Cfr. Denys SIMON, «La subsidiarité juridictionnelle: notion-gadget ou concept opératoire?», *Revue des affaires européennes* 1-2 (1998) 85.

¹²¹ Cfr. a sua intervenção na já citada conferência «Dialogue Between Judges», 14.

burgo, como é o que aqui defendemos, poderá vir a produzir tais efeitos perversos... A ideia por detrás do Protocolo não é, com toda a certeza, de incentivar os tribunais nacionais a desonerarem-se da sua “responsabilidade partilhada” na efetivação da Convenção, mas justamente de promover o seu sentido de compromisso e maior envolvimento na prossecução da mesma.

Por fim, há quem questione se o Protocolo n.º 16 não constituiu um verdadeiro “ato de deslealdade para com a União Europeia”, dado que foi adotado pouco depois do final das complicadas (e goradas) negociações sobre a adesão da UE à CEDH e o seu conteúdo ameaça a autonomia do DUE e o monopólio do TJUE na interpretação do Direito da União Europeia: não se potenciará, deste modo, uma espécie de *forum shopping* entre os tribunais de Luxemburgo e Estrasburgo? Na nossa opinião, tais receios são infundados já que consideramos, na senda de Johan Callewaert, que impor um conjunto de restrições jurídicas vinculativas à aplicação do Protocolo n.º 16 pelas “mais altas jurisdições” dos Estados-parte que são, simultaneamente, Estados Membros da UE (como, aliás, já foi proposto por vários setores doutrinários¹²²) seria não só desproporcionado, mas também verdadeiramente injustificado. Na verdade, apenas se exige que, uma vez a UE adira à CEDH, ambos os Tribunais não se “atropelem” e venham a ter o cuidado de intervir dentro das suas competências: *id est*, o TEDH nas questões relativas à Convenção e o TJUE nas questões

¹²² Vários autores já fizeram propostas nesse sentido, como é o caso de Thomas Streinz ou Stian Johansen. Vide, respetivamente, Thomas STREINZ, «Forum Shopping between Luxembourg and Strasbourg?», in *Verfassungsblog on matters constitutional*, Junho de 2014, disponível em <<https://verfassungsblog.de/forum-shopping-zwischen-luxemburg-und-strassburg/>>; e Stian JOHANSEN, «Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU- ECHR Accession Agreement», Maio de 2014, disponível em <<https://obykanalen.wordpress.com/2014/05/07/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-2-of-2/>>.

relativas ao DUE. E naqueles casos (que não são raros) em que as fronteiras se diluam e não se encontrem suficientemente definidas, apenas se requer a séria cooperação e diálogo entre as duas instâncias jurisdicionais – diálogo esse que deverá basear-se no respeito mútuo e que consideramos já existir, em certa medida, nos dias de hoje. Tal como o autor alerta, não se tratará propriamente de saber “which of the two European Courts speaks first”, mas sim de atentar “in what it says”¹²³.

7. Conclusão

Terminado este (breve) caminho pelos meandros no (“novo”) Protocolo n.º 16 à CEDH, parece-nos claro que este constitui um passo verdadeiramente significativo no aprofundamento do sistema europeu de proteção de Direitos Humanos¹²⁴, assente na CEDH e no papel insubstituível do Tribunal de Estrasburgo. Talvez pela dimensão das suas implicações – e porque muitas questões formais e materiais ficam por responder, abrindo-se brechas que sustentam duras críticas e reservas quanto ao mecanismo consultivo que se visa implementar – muitos dos Estados-parte mantêm-se céticos e reticentes em assinar e ratificar o Protocolo.

¹²³ Vide Johan CALLEWAERT, «Protocol 16 and the autonomy of EU Law: who is threatening whom?», *European Law Blog*, 3 de Outubro de 2014, disponível em <<http://europeanlawblog.eu/2014/10/03/protocol-16-and-the-autonomy-of-eu-law-who-is-threatening-whom/>>; e ainda, Thomas VOLAND / Britta SCHIEBEL, «Advisory Opinions of the ECHR», 17 e s.

¹²⁴ Mas note-se, este será um passo significativo, mas não suficiente... Por exemplo, como já propôs Ireneu Cabral Barreto, a “instituição de um mecanismo flexível ao nível interno, independente e imparcial em relação às partes, capaz de examinar as queixas que os indivíduos desejam apresentar ao Tribunal e de propor soluções de reparação, nomeadamente propostas de conciliação e arbitragem na procura de um compromisso ou de uma solução aceitável, poderia constituir um instrumento que libertaria o Tribunal de toda a massa que lhe chega atualmente, onde nenhuma questão jurídica importante se coloca”. Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, «O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro», 422.

Foi nosso objetivo ao longo deste ensaio dar um humilde contributo para a compreensão do mecanismo aqui analisado e das suas virtualidades, nomeadamente ao nível do aprofundamento do diálogo judicial pan-europeu – que não deixa de existir hoje, mas ainda num estado algo embrionário, apesar dos vários programas de visitas e seminários de formação dos magistrados dos Estados-parte da Convenção¹²⁵. No futuro, poderá vir a abrir-se uma nova via para a proteção dos direitos fundamentais, que não se baseará no clássico ciclo de violação/condenação, mas que antecipará verdadeiramente a tutela jusfundamental através da instauração de um diálogo frutífero de natureza preventiva¹²⁶ que permitirá ao Tribunal manter-se eficaz e operacional¹²⁷ e aprofundar as suas relações – que se querem harmoniosas - com os tribunais nacionais.

Assim sendo, o maior desafio do TEDH será o de garantir a prestação de auxílio aos tribunais nacionais na resolução dos seus problemas e desafios no campo da proteção e efetivação dos Direitos Humanos, sem que este deixe transparecer a tóxica ideia de que subestima ou marginaliza os seus pontos de vista específicos¹²⁸ – espera-se, pois, uma cada vez maior “horizontalização” das relações inter-judiciais que venha a legitimar (cada vez mais) o sistema convencional que, como sabemos, se encontra sustentado na *opinio*

¹²⁵ Cfr. Linos-Alexandre SICILIANOS, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme», 12-13.

¹²⁶ Cfr. a intervenção de Jean-Paul Jacqué na já citada conferência «Dialogue Between Judges», 23.

¹²⁷ A título de curiosidade, em cerca de 80% dos julgamentos do TEDH (desde 1959), este concluiu pela violação de, pelo menos, um direito ou liberdade consagrados na Convenção por um Estado-parte. Ora, a verdadeira razão pela qual o Tribunal se encontra “asfíxiado” atualmente é, justamente, de que as pessoas consideram que “não conseguem obter justiça dentro das fronteiras do seu Estado”. Cfr. a intervenção de Thomas Hammarberg na já citada conferência «Dialogue Between Judges», 35.

¹²⁸ Cfr. Christos GIANNOPOULOS, «Considerations on Protocol n.º 16», 342.

juris dos Estados-parte no sentido de que a CEDH constitui verdadeiramente um direito válido (no sentido que lhe foi atribuído por Herbert Hart¹²⁹) que estes devem, nessa medida, aplicar e efetivar.

Estamos em crer que só deste modo é que o sistema convencional poderá resistir às múltiplas antíteses do Terceiro Milénio, procurando a unidade possível dentro de um sistema normativo e axiológico claramente fragmentado. Da mesma forma, também o Tribunal terá de congregiar forças para se reorganizar e estar preparado para enfrentar os sérios desafios políticos e conjunturais que se lhe colocarão, evitando-se que ele venha a correr o risco de “frustrar os direitos daqueles que, afinal, era suposto proteger”¹³⁰. Esforços no sentido de reforçar a proteção e efetivação dos Direitos Humanos nunca são, na nossa opinião, demasiados... Os Direitos Humanos não são um luxo e, por isso, têm de ser assegurados à escala global, quebrando-se fronteiras geográficas, ideológicas, sociais e até mesmo temporais¹³¹. E o diálogo será, indiscutivelmente, a sua força motriz no percorrer deste difícil caminho... estamos à espera de quê para o aprofundar e, finalmente, “levar os direitos a sério” no quadro pan-europeu?¹³².

¹²⁹ Cfr. Paul GRAGL, «(Judicial) Love is Not a One-Way Street», 247; e ainda, Herbert HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, 105-106.

¹³⁰ Cfr. Ilias BANTEKAS / Lutz OETTE, *International Human Rights Law and Practice*, 259.

¹³¹ Não se leia nestas palavras a defesa de um qualquer processo dialógico de universalização dos Direitos Humanos cego e alheio às diferenças societárias identificáveis na arena global. Como afirma Suzana Tavares da Silva, o *judicial dialogue* não deve “servir um objetivo de universalização de valores”, mas sim “o de aprofundamento das soluções de inclusividade no contexto intercultural, até onde essa inclusividade se revelar possível. Cfr. Suzana Tavares da SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 138. Quer isto dizer que os direitos fundamentais e humanos não nascem, como é óbvio, num *vacuum* axiológico; antes cristalizam complexas premissas informadoras e fundantes da natureza humana e de cada sociedade, temporal e espacialmente localizada, e é com base nestas que se vai conformando o seu conteúdo.

¹³² Trata-se de uma referência à obra de Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriou-*

Bibliografia

- AMERASINGHE, C. Felix, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003.
- ASTA, Gabriele, «Il Protocollo n. 16 alla CEDU: Chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?», *La Comunità Internazionale* 4 (2013).
- BANTEKAS, Ilias / OETTE, Lutz, *International Human Rights Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2016.
- BARATTA, Roberto, «National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration* 38/4 (2011).
- BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Almedina, 2016.
- «O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entre o seu Passado e o seu Futuro», in Maria João ANTUNES, coord., *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício* Coimbra Editora, 2014.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012).
- CALLEWAERT, Johan, «Protocol 16 and the autonomy of EU Law: who is threatening whom?», *European Law Blog*, 3 de Outubro de 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2008.
- CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2016.
- «Os Direitos Fundamentais e a sua Proteção Jurisdicional Efectiva», *Boletim da Faculdade de Direito* 79 (2003).
- DUARTE, Maria Luísa, «O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do triângulo judicial», Oxford University Press, 1978.

- européu», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias* – Vol. II, Coimbra Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Oxford University Press, 1978.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin / O'MEARA, Noreen, «Advisory jurisdiction and the ECHR: a magic bullet for dialogue and docket-control?», *Review of Legal Studies* 34/3 (2014).
- GERARDS, Janneke / FLEUREN, Joseph, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case-Law*, Portland: Intersentia, 2014.
- «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the ECHR: A Comparative and Critical Appraisal», *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 21 (2014).
- GIANNOPOULOS, Christos, «Considerations on Protocol n. ° 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?», *German Law Journal* 16/2 (2015).
- GLAS, Lize, «Dialogue in the ECHR's System: inspiration, added-value and means», *Journal Européen des Droits de l'Homme* 3 (2015).
- GLENN, H. Patrick, «Persuasive Authority», *McGill Law Journal* 32 (1987).
- GRAGL, Paul, «(Judicial) Love is Not a One-Way Street: the EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Protocol n. ° 16», *European Law Review* 38/2 (2013).
- HARRIS, D. J. *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, 2014.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961.
- JAVIER ROIG, Francisco, «Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: toward a new model of law?», *The Age of Human Rights Journal* 6 (2016).
- JOHANSEN, Stian, «Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR Accession Agreement», Maio de 2014.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, «Dialogues between the Strasbourg Court and National Courts», in Amrei MÜLLER, coord., *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge University Press, 2017.

- «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo* 49 (2014).
- «Dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias», *UNED Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013).
- MARTINS, Ana Maria Guerra, «Opinion 2/13 of the Court of Justice in the context of multilevel protection of fundamental rights and multilevel constitutionalism», *Zeitschrift für öffentliches Recht* (2016).
- *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 5.ª reimpr., Almedina, 2016.
- «Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais: do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Vol. 1*, Almedina, 2016.
- MILNER, David, «Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1 (2014).
- MØSE, Erik, «The ECtHR's Use of Decisions of Domestic Courts from States Not Involved in the Case and of the Other Council of Europe Bodies», in Amrei MÜLLER, coord., *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge University Press, 2017.
- NEVES, António Castanheira, «Interpretação Jurídica», in *Digesta – Vol. 2.º*, Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, Marcelo, «Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana», in Fernando Alves CORREIA / Jónatas MACHADO / João Carlos LOUREIRO, coord., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- O'DONNELL, Thomas, «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly* 4/4 (1982).
- OMEJEC, Jasna, «Dialogue on the Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights», in Maria João ANTUNES, coord., *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, 2014.

- PAPROCKA, Ada / ZIÓLKOWSKI, Michal, «Advisory opinions under Protocol no. 16 to the ECHR», *European Constitutional Law Review* 11 (2015).
- POSENATO, Naiara, «Diálogo Judicial e Direitos Humanos – O novo Protocolo 16 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Espaço Jurídico Journal of Law* 15/1 (2014).
- RINCEANU, Johanna, «Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national Supreme Courts», in C.D. SPINELLIS *et al.*, coord., *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice and The Way Forward*, Ant. N. Sakkoulas, 2017.
- RUNAVOT, Marie-Clotilde, «Le Protocole n.º 16 a la Convention Européenne: Réflexions sur une nouvelle espèce du genre», *Revue Générale de Droit International Public* 1 (2014).
- SALVIOLI, Fabián, «La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial», in Renato LEÃO *et al.*, ed., *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Estudos em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, Sergio Fabris, 2004.
- SHABAS, William, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, London: Oxford University Press, 2015.
- SICILIANOS, Linos-Alexandre, «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – à propos du Protocole nº 16 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 97 (2014).
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- SILVEIRA, Alessandra / CANOTILHO, Mariana, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Almedina, 2013.
- SIMON, Denys, «La subsidiarité juridictionnelle: notion-gadget ou concept opératoire?», *Revue des affaires européennes* 1-2 (1998).
- SLAUGHTER, Anne-Marie, «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal* 44/1 (2003).
- «A typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review* 29 (1994).

- SPIELMANN, Dean, «The Judicial Dialogue between the ECJ and the ECtHR or how to remain good neighbors after the Opinion 2/13», conferência proferida em Bruxelas, a 27 de Março de 2017.
- STREINZ, Thomas, «Forum Shopping between Luxembourg and Strasbourg?», *Verfassungsblog on matters constitutional*, Junho de 2014.
- SZYMCZAC, David, «L’institutionnalisation du dialogue des juges: un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité?», *Journal d’Actualité des Droits Européens* (2013).
- TORRES PÉREZ, Aida, *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009.
- UBERTIS, Giulio, «Diritti Fondamentali e Dialogo tra le Corti: Fantascienza Giuridica?», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 57/4 (2014).
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bolonha: Il Mulino, 2010.
- VOLAND, Thomas/ SCHIEBEL, Britta, «Advisory Opinions of the ECHR: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?», in *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, 2016.

Documentos

- Brighton Declaration. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*. Reino Unido, 19 a 20 de Abril de 2012, disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf>.
- Conferência “Dialogue Between Judges: How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention System”, Estrasburgo, 27 de Janeiro de 2012, disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf>.
- Explanatory Report of the Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, disponível em <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>>.

Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention, 6 de Maio de 2013, disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf>.

Parecer n.º 285 (2013), aprovado pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a 28 de Junho de 2013.

Reflection paper on the proposal to extend the courts advisory jurisdiction, ECHR, 2013, disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf>.

Relatório Explicativo da Convenção para os Direitos Humanos e Biomedicina, disponível em <<https://rm.coe.int/16800ccde5>>.

Relatório Explicativo do Protocolo n.º 2 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, disponível em <<https://rm.coe.int/16800c92be>>.

“Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers”, *in International Legal Materials*, 46 (1), Cambridge University Press, 2007.

Siglas

Ac.	Acórdão
CDBI	Comité Diretor para a Bioética
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDHB	Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem ('Convenção')
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DUE	Direito da União Europeia
PGR	Procuradoria-Geral da República
UE	União Europeia
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TADH	Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ('Tribunal de Estrasburgo' ou 'Tribunal')
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

