

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem à luz de exigências democráticas: uma história de equilíbrios precários

Patrícia Fernandes ⁽¹⁾

Resumo: o presente trabalho procura refletir sobre os impactos da jurisprudência do TEDH na esfera nacional dos Estados, interpretando tal impacto como um desafio com implicações democráticas. Para tal, partiremos do caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal (2000), que marcou a primeira condenação de Portugal no que diz respeito ao art. 10.º da CEDH referente à liberdade de expressão. Este foi o primeiro de mais de duas dezenas de condenações que se seguiram, o que veio a provocar reações no meio jurisdicional português. A maioria dos participantes no debate entende que os tribunais nacionais devem adaptar a sua interpretação às decisões do TEDH, mas esta posição não é consensual. No nosso trabalho, procuraremos mostrar de que modo o Conselho da Europa, a DEDH e o TEDH – desde a sua génese ligada ao aprofundamento democrático e promoção e salvaguarda dos direitos humanos –, acabam por revelar as tensões inerentes ao modelo da democracia liberal que opõem o individualismo e universalismo liberais à democracia como possibilidade de decidir coletivamente um projeto comum. Analisaremos como aquelas instâncias europeias procuraram ter este desafio em conta – designadamente, através da consideração dos consensos nacionais e do princípio da margem de apreciação –, bem como as dificuldades inerentes a estes mecanismos, o que se traduzirá numa situação de equilíbrios precários. O contexto atual de crise do paradigma liberal é tomado em particular conta, fazendo relevar as reflexões aqui propostas.

¹ Professora Auxiliar Convidada na Universidade da Beira Interior e na Universidade do Minho. Agradeço a Benedita Mac Crorie, Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho, os ensinamentos no Mestrado em Direitos Humanos daquela Universidade que conduziram ao desenvolvimento deste texto.

1. Introdução

Na conferência que teve lugar na sessão de abertura dos cursos do 2.º ciclo da Escola de Direito da Universidade do Minho no ano letivo de 2018/2019, o Juiz Conselheiro João Silva Miguel procedeu ao balanço sobre os 40 anos de adesão de Portugal à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Esta Convenção, habitualmente designada como Convenção Europeia dos Direitos do Homem², foi assinada em Roma no dia 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor a 3 de setembro de 1953, com o depósito do décimo instrumento de ratificação. Concebida no âmbito do Conselho da Europa, constitui um dos documentos basilares da narrativa dos direitos humanos que se foi consolidando ao longo da segunda metade do século XX. Estão hoje vinculados a ela, por fazerem parte do Conselho da Europa, quarenta e sete Estados – o que constitui um longo caminho de alargamento desde os seus dez membros iniciais, albergando tradições culturais e políticas bastante distintas, desde a tradição liberal do Reino Unido a países como a Rússia e a Turquia.

Importa recordar a importância histórica do Conselho da Europa, cujo Estatuto foi aprovado a 5 de maio de 1949 e que entrou em vigor em agosto desse mesmo ano com as primeiras reuniões do Comité de Ministros e da Assembleia Consultiva (atualmente, Assembleia Parlamentar). De acordo com Jean-Louis Burban, o Conselho da Europa constitui “a primeira tentativa de uma Europa ‘europeia’, isto é, feita por Europeus e para os Europeus”³ – uma criação tentada a partir dos destroços das duas grandes guerras com vista à unificação dos países europeus sob o signo dos ideais democráticos. Como resultado dos esforços empreendidos pelo Comité Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia, o Conselho da Europa visava comprometer os países da Europa num projeto político comum, que se assumiu como sendo de salvaguarda e aprofundamento dos valores democráticos. Era este o parâmetro que definia o convite de adesão ao Conselho, conforme o expressou o primeiro Presidente eleito da Assembleia Consultiva, o belga Paul Henri Spaak, logo em 1949:

² Daqui em diante, CEDH.

³ *Apud* António Martins da Silva, «A origem do Conselho da Europa, a unidade europeia e o posicionamento português», in *Revista de História das Ideias*, vol. 22, Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2001, p. 598.

A porta do Conselho europeu está aberta e permanecerá aberta a todos os governos democráticos da Europa. Os promotores do movimento desejam que muitos destes governos, realmente democráticos, se juntem a eles. Contudo, o Conselho europeu fechará a sua porta a qualquer governo que não aplique e não respeite os princípios da verdadeira democracia. Admitir tais governos só conduziria ao caos⁴.

O Conselho da Europa acabaria por se revelar incapaz de realizar o projeto de unificação europeia (o que levou mesmo à demissão de Spaak em dezembro de 1951), mas ao longo destas sete décadas afirmou-se como instituição central na promoção e defesa dos direitos humanos, com a aprovação da DEDH e a instituição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵. Os direitos humanos surgem, assim, como uma das três travessuras da instituição, juntamente com a democracia e o estado de direito – numa relação triádica que constitui o cerne da narrativa dos direitos humanos: estes só podem ser assegurados por um estado de direito e em contexto democrático. Como Vieira de Andrade tem defendido entre nós, reconhecer os direitos humanos não é suficiente; eles precisam de garantias de proteção que só regimes democráticos podem oferecer em toda a plenitude⁶.

Ora, este aspeto é o ponto crucial a partir do qual pretendemos desenvolver a nossa análise. Se a génese do Conselho da Europa e o seu projeto de promoção dos direitos humanos estão ligados ao aprofundamento democrático, por outro lado, a noção de democracia entendida como a possibilidade da comunidade decidir o seu destino coletivo é desafiada pela ideia de uma unificação europeia promovida por instituições supranacionais⁷. Partiremos aqui do argumento de que a democracia está

⁴ *Apud ibid.*, p. 584.

⁵ Daqui em diante, TEDH.

⁶ Cf. José Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 335 e ss.

⁷ Os obstáculos colocados tradicionalmente pelo Reino Unido, e que marcaram muito do processo de criação do Conselho da Europa, são reveladores destas tensões entre perda, ou pelo menos partilha, de soberania.

necessariamente ligada a um espaço de soberania popular e que, nesse sentido, as instituições supranacionais condicionam a possibilidade de as comunidades determinarem os seus valores políticos e morais e a sua própria identidade.

Estas tensões de articulação de uma narrativa universalista com uma realidade democrática nacional estiveram presentes na criação do Conselho da Europa e revelam-se ainda na jurisprudência do TEDH. Para as demonstrar partiremos do exemplo usado pelo Juiz Conselheiro João Miguel na conferência de outubro: ao referir-se às várias condenações do Estado português no que diz respeito ao artigo 10.º da Convenção, dedicado à liberdade de expressão, o Juiz Conselheiro destacou o modo como os juízes nacionais têm vindo a alterar a sua interpretação da lei nacional à luz da jurisprudência do TEDH. Trata-se de um assunto de especial suscetibilidade, na medida em que se prende com moralidade e sensibilidade sociais, e nesse sentido a intervenção de uma instituição não nacional convoca reflexões de cariz metapolítico. São essas que procuraremos apresentar ao longo das próximas páginas, partindo do acórdão que condenou o Estado português nesta matéria pela primeira vez: o caso *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*⁸.

2. Caso *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*

Gostaríamos de começar por esclarecer o papel que é cumprido pelo caso *Lopes Gomes da Silva* na nossa argumentação. Ele será utilizado como exemplo de um conjunto de acórdãos que, ao longo das últimas quase duas décadas, têm impactado as decisões dos tribunais nacionais. Nesse sentido, o que importa aqui não é tanto os termos do caso em concreto, mas o facto de este tipo de condenação se ter tornado recorrente, relevando o modo como esta problemática veio a ser reinterpretada no contexto nacional.

Consideremos então o caso. A 15 de julho de 1997, o jornalista e diretor do jornal diário *Público*, Vicente Jorge Silva, apresentou queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem por entender que a condenação a que tinha sido sujeito pelos tribunais portugueses atentava contra o seu direito à liberdade de expressão. Os factos do caso

⁸ Queixa nº 37698/97, Acórdão de 28/09/2000, disponível aqui: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58817> (último acesso: 08/10/2019).

remetem para o editorial de sua autoria do dia 10 de junho de 1993, no qual avaliava a escolha do advogado e jornalista Silva Resende como candidato do Partido Popular às eleições municipais em Lisboa. Esse texto, bastante provocador e polemista, insurgia-se contra o perfil ideológico de Silva Resende (que era publicamente conhecido em resultado dos assíduos artigos de opinião publicados nos *media* portuguesas) nos seguintes termos, conforme consta do acórdão em análise:

Nem nas arcas mais arqueológicas e bafientas do salazarismo seria possível desencantar um candidato ideologicamente mais grotesco e boçal, uma mistura tão inacreditável de reacionarismo alarve, sacristanismo fascista e anti-semitismo ordinário. Qualquer figura destacada do Estado Novo ou qualquer presidente da Câmara de Lisboa durante o anterior regime passariam por insignes progressistas em comparação com este brilhante achado.

Silva Resende reagiu ao editorial apresentando queixa-crime e Vicente Jorge Silva foi acusado do crime de difamação cometido através da imprensa. Viria a ser absolvido pelo Tribunal Criminal de Lisboa, que entendeu que as expressões mais polémicas do editorial deviam ser interpretadas como uma crítica ao pensamento político de Silva Resende e não à sua honra ou reputação. Mas esta decisão viria a ser revogada pelo Tribunal da Relação de Lisboa por considerar que expressões como “grotesco”, “boçal” e “alarve” eram insultos que ultrapassavam os limites da liberdade de expressão. Vicente Jorge Silva interpôs recurso para o Tribunal Constitucional e, fundando-se no art. 10.º da CEDH, defendeu que a interpretação dada pelo Tribunal da Relação às disposições do Código Penal e da Lei da Imprensa violavam a Constituição. Contudo, o Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso, entendendo que quer a Constituição quer o art. 10.º da Convenção previam limitações ao exercício de liberdade de expressão e que a interpretação feita pelo Tribunal da Relação não era contrária à Constituição.

Perante o TEDH, as partes não contestaram que a condenação em causa constitui uma ingerência no exercício da liberdade de expressão de acordo com a lei portuguesa, mas pretendiam discutir se essa ingerência seria necessária numa sociedade democrática para alcançar o objetivo de proteger a “reputação ou direitos de outrem” no sentido do n.º 2 do art. 10.º da Convenção. Como chamou a atenção o representante do Governo, perante o conflito de direitos, o Estado português considerou que a liberdade de expressão pode ser exercida sem atacar o bom nome e a reputação de uma pessoa, e que os tribunais têm o direito e dever de punir os excessos. E acrescentou, perante o apelo do requerente a que o TEDH exerça o controlo que deve acompanhar a margem de apreciação que geralmente é concedida aos Estados nesta matéria, que a apreciação dos factos pelas jurisdições portuguesas deve prevalecer na medida em que estão mais próximas da realidade nacional – afinal, o TEDH não pode, sob pena de desvirtuar a própria letra e espírito da Convenção, surgir como uma quarta instância de recurso.

Como se posicionou o TEDH a este respeito? No acórdão sob análise, o Tribunal começa por recordar que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática (recordemos que o Conselho da Europa nasce do esforço de aprofundar a tradição democrática europeia); e uma sociedade democrática exige pluralismo, tolerância e espírito de abertura e isso implica liberdade de expressar não só informações e ideias geralmente aceites ou consideradas inofensivas, mas também aquelas que ferem, chocam ou causam inquietação. Por tudo isto, a limitação desta liberdade deve obedecer a critérios muito estritos. Mas o Tribunal acrescenta que a importância destes aspetos aumenta quando passamos para o domínio da imprensa, pelo que as limitações aí devem ser ainda mais reduzidas e variam conforme os sujeitos envolvidos. Por exemplo, os limites da crítica admissível serão mais amplos em relação a uma personalidade política do que em relação a um simples cidadão – isto porque faz parte da própria natureza do lugar político sujeitar-se a um escrutínio dos seus atos e declarações, tanto por parte dos jornalistas como por parte da generalidade dos cidadãos (ainda que mantenham, naturalmente, o direito à proteção da sua reputação).

Posto isto, o Tribunal assumiu como sua tarefa analisar se a ingerência promovida pelo Estado português correspondia a uma necessidade social imperiosa, se era proporcionada à finalidade legítima prosseguida e se as razões aduzidas para a justificar eram pertinentes e suficientes. Embora sem elaborar, o Tribunal introduziu aqui um mecanismo que tem vindo a desenvolver na sua jurisprudência: a de reconhecer que o Estado nacional goza de *margem de apreciação* quanto à determinação desses critérios, cabendo ao TEDH controlar e fiscalizar o uso dessa margem de apreciação. Como é referido no acórdão: “trata-se apenas de controlar, sob o ângulo do artigo 10.º e à luz do processo no seu conjunto, as decisões proferidas pelas instâncias nacionais no uso do seu poder de apreciação”.

Nesse juízo de controlo, o TEDH acabou por se pronunciar favoravelmente à queixa apresentada pelo requerente, considerando que a ingerência não se encontrava justificada: apesar de os termos usados serem polémicos, eles estão dentro do que se considera serem os riscos normais do jogo político e do debate livre de ideias. O requerente teria exprimido uma opinião motivada pelas posições políticas de Silva Resende e, na expressão dessa opinião, o jornalista tem liberdade para recorrer a uma certa dose de exagero ou provocação.

*

Como foi referido, este caso constituiu o primeiro de um conjunto de vinte e seis condenações de que Portugal foi alvo desde a adesão à Convenção por violação da liberdade de expressão até à data⁹. Entre essas condenações encontramos situações relativas a segredo de justiça¹⁰ e impedimento de exercer o direito à livre expressão¹¹, mas a maioria dos casos prende-se com a tensão constante entre o direito à liberdade de expressão (constante dos artigos 37.º da CRP e 10.º/1 da CEDH) e o direito à honra e reputação (previsto no artigo 26º/1 CRP e coberto pelo 10.º/2 da CEDH), em especial no

⁹

Cf.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22,%22FRE%22\],%22respondent%22:\[%22PRT%22\],%22article%22:\[%2210%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22\]UDGMENTS%22,%22DECLARATIONS%22\],%22violation%22:\[%2210%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22,%22FRE%22],%22respondent%22:[%22PRT%22],%22article%22:[%2210%22],%22documentcollectionid%22:[%22]UDGMENTS%22,%22DECLARATIONS%22],%22violation%22:[%2210%22]}) (último acesso: 08/10/2019).

¹⁰ Por exemplo: caso *Pinto Coelho c. Portugal*, Queixa nº 28439/08, Acórdão de 28.06.2011.

¹¹ Caso *Women on Waves e Outros c. Portugal*, Queixa nº 31276/05, Acórdão de 03.02.2009.

domínio da liberdade de imprensa (artigo 38.º da CRP). É precisamente nesse âmbito que cai o acórdão que apresentamos, mas igualmente os casos *Urbino Rodrigues c. Portugal* (2005)¹², *Público – Comunicação Social, SA e Outros c. Portugal* (2010)¹³ ou *Tavares de Almeida Fernandes e Almeida Fernandes c. Portugal*¹⁴.

Importa notar que Portugal é um dos países que mais sofre este tipo de condenações – o triplo da média dos restantes Estados-membros da União Europeia, como termo de comparação¹⁵–, o que convoca, necessariamente, reflexões: que razões podem justificar esta discrepância interpretativa entre as entidades portuguesas e o TEDH e como avaliar a tensão que resulta dos efeitos e exigências que, inevitavelmente, se exercem sobre os órgãos jurisdicionais nacionais?

No ensaio publicado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, Francisco Teixeira da Mota convoca fatores como a tradição conservadora de *respeitinho* que ainda marca a cultura portuguesa, associada a um certo paternalismo e infantilização em relação aos cidadãos por parte da maioria dos juízes¹⁶. Francisco Pereira Coutinho nota como os tribunais portugueses, relevando a sensibilidade nacional, fazem “prevalecer maioritariamente o direito ao bom nome e à reputação no confronto com a liberdade de imprensa”¹⁷; contudo, o TEDH revela um outro entendimento dos valores que devem prevalecer neste conflito, em especial na esfera pública:

Nestes casos, o tribunal de Estrasburgo atribui aplicação preferente ao direito à liberdade de expressão em relação ao direito ao bom nome e à reputação, rejeitando adotar a técnica jurídica da “concordância prática”, que exigiria

¹² Queixa nº 75088/01, Acórdão de 29.11.2005.

¹³ Queixa nº 39324/07, Acórdão de 07.12.2010.

¹⁴ Queixa nº 31566/13, Acórdão de 17.01.2017.

¹⁵ Cf. <https://www.rtp.pt/noticias/pais/portugal-soma-condenacoes-no-tribunal-europeu-dos-direitos-do-homem-o-que-dizem-os-juristas/es981931> (último acesso: 04/01/2019).

¹⁶ Francisco Teixeira da Mota, *A liberdade de expressão em tribunal*, Lisboa, FFMS, 2013.

¹⁷ Francisco Pereira Coutinho, «O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: os casos portugueses», in Carlos Blanco de Morais, Maria Luísa Duarte e Raquel Alexandra Brízida Castro (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 346.

*uma aplicação compromissória de direitos fundamentais valorativamente equivalentes, de acordo com o princípio da proporcionalidade*¹⁸.

E quando avalia a tensão que daí resulta, o académico inclina-se para considerar que tal se deverá a desconhecimento da CEDH e da jurisprudência do TEDH, “resultante de lacunas formativas nestas matérias nas Universidades e no Centro de Estudos Judiciários”¹⁹, posição igualmente defendida por Teixeira da Mota²⁰.

Este advogado e o Juiz Conselheiro João Miguel²¹ aproximam-se na defesa de que os tribunais nacionais devem fazer uma aproximação à jurisprudência do TEDH, reinterpretando a legislação nacional à luz de um documento com valor supralegal, considerando que esse é o desafio e a exigência que os direitos fundamentais colocam aos nossos juízes. Como afirma o Juiz Conselheiro Henriques Gaspar:

Não desconhecer ou, no rigor, conhecer e assimilar a jurisprudência do TEDH, reforça a independência na parte em que permita ao juiz dispor de um campo mais amplo de referências, possibilitando-lhe uma abordagem mais completa pela visão pluridimensional que os direitos fundamentais trouxeram aos vários sectores do direito²².

3. Desafios democráticos

Estas opiniões representam uma posição maioritária que se revela no modo como os tribunais nacionais têm vindo, progressivamente, a incorporar na sua argumentação as decisões do Tribunal de Estrasburgo²³. E tal impacto não constitui, importa dizê-lo, algo

¹⁸ *Ibid.*, p. 346.

¹⁹ *Ibid.*, p. 360.

²⁰ Francisco Teixeira da Mota, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão*, Coimbra Editora, 2009, p. 118.

²¹ Posição defendida na obra *supra* identificada e pelo Juiz Conselheiro na conferência de outubro a que fizemos referência no início do nosso trabalho.

²² António Henriques Gaspar, «A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional – A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho», in *Julgar*, n.º 7, 2009, p. 45.

²³ Podemos verificar isso mesmo consultando o documento elaborado pelo Gabinete dos Juizes Assesores do Supremo Tribunal de Justiça dedicado à liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do desse tribunal: <https://www.stj.pt/wp->

excêntrico, antes faz parte da própria lógica do Conselho da Europa. Como enunciamos a título introdutório, esta instituição procura uma unificação europeia; e se isso não foi conseguido em termos políticos amplos – esse objetivo ficaria para a União Europeia, sendo o Conselho da Europa entendido como a sua antecâmara –, aquela unificação tem vindo a ser concretizada no que à implementação jurídica dos direitos humanos diz respeito. Nesse sentido, embora o Conselho da Europa não seja, de acordo com as classificações tradicionais, uma organização de integração e, portanto, os Estados mantenham a sua soberania, a verdade é que a sua adesão os compromete a obrigações num domínio fundamental que é o dos direitos fundamentais.

Por sua vez, na medida em que esses direitos constituem o enquadramento fundamental de atuação dos Estados – eles são elemento essencial do contrato social que, filosoficamente, legitima a autoridade política –, aquele comprometimento acaba por ter implicações profundas, não só ao nível do sistema jurídico, mas também no modo como os cidadãos percecionam a sua organização social. É deste confronto entre a soberania democrática de determinação de um projeto comum e os impactos provocados por instâncias sem legitimidade democrática direta que resulta a tensão central que nos encontramos a explorar.

Para deixarmos este ponto mais claro, importará convocar a história das ideias que está na origem da narrativa dos direitos humanos e que nos permitirá interpretar esta tensão como inerente ao paradigma que fez surgir aquela narrativa, isto é, o paradigma da democracia liberal. Teremos em vista que, se afeta o paradigma que deu origem à ideologia dos direitos humanos, afetará necessariamente também esta.

Embora possamos fazer recuar a ideia de direitos naturais ao período final da Grécia Antiga, o modo como hoje os entendemos é produto de uma circunstância histórica específica que designamos como Modernidade. De facto, a ideia de que existem direitos que são naturais e inalienáveis, pertencendo a cada ser humano só pelo facto de ser humano, foi uma estratégia discursiva que se revelou particularmente eficaz na oposição à teoria do direito divino dos monarcas, que acompanhou a consolidação do

[content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf](https://www.julgarpublishing.com/content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf)
(último acesso: 04/01/2019).

Estado na primeira fase da modernidade. Essa estratégia discursiva assenta numa conceção profundamente individualista (tributária da tradição cristã): centra-se na ideia de indivíduos que pré-existem ao Estado, pelo que este só se torna legítimo com o consentimento daqueles; mas também numa conceção profundamente igualitária: de forma a recusar a reivindicação dos monarcas de que teriam um acesso especial ao poder, os filósofos da altura defenderam um princípio radical de igualdade (cf. Thomas Hobbes, John Locke e, mais tarde, Jean-Jacques Rousseau). Estes constituirão os termos fundamentais do contratualismo que viria a dar forma ao movimento liberal e constitucional dos séculos XVII (a Revolução Gloriosa, em Inglaterra, teve lugar em 1688) e XVIII (a Revolução Americana data de 1776 e a Francesa de 1789). Será a formulação da Declaração de Independência dos Estados Unidos,

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade,

a marcar o imaginário da política contemporânea: a ideia de que detemos direitos que são anteriores à própria comunidade e que impõem limites à atuação do Estado.²⁴ Em relação direta, amadurece a ideia de Estado de Direito, o único mecanismo capaz de assegurar aquela limitação.

Mas a defesa de valores democráticos, que viria a consagrar o modelo de democracia liberal, aparecerá apenas mais tarde. Na verdade, os iluministas e os revolucionários liberais tinham, em geral, uma opinião negativa sobre o regime consagrado em Atenas por Sólon, Clístenes e Péricles. A democracia era o governo das massas ignorantes e, por isso, da demagogia e do caos político. Será apenas com a introdução do mecanismo de representação, de que fala Alexander Hamilton em 1777²⁵,

²⁴ Numa fase subsequente, esta ideia de limitação seria substituída pela obrigação de intervenção estatal, de acordo com o que designamos como direitos de segunda e terceira geração.

²⁵ Cf. Hélène Landemore, «Is representative democracy really democratic? Interview of Bernard Manin and Nadia Urbinati»; URL: https://booksandideas.net/IMG/pdf/20080327_manin_en.pdf (último acesso: 04/01/2019).

que a democracia se tornará aceitável para os modernos: o poder não seria exercido diretamente por todos, mas pelos seus representantes – os mais capazes e competentes, que constituiriam a elite política. Teríamos assim um regime inspirado numa certa ideia de democracia dos antigos, em que o poder reside na população – afinal, o contrato social é celebrado entre iguais e é neles que reside a soberania pois só o seu consentimento autoriza o poder político –, mas uma democracia adaptada ao espírito dos modernos, como diria Benjamin Constant no famoso discurso de 1819²⁶.

*

Servem estas breves notas históricas para recordar que o regime político hegemónico no Ocidente, embora tenha introduzido alterações e *correções modernas* ao regime de Atenas (com limitações profundas a uma participação política ampla e efetiva por parte da população), ainda assim pretende tratar-se de um regime *democrático*. Ora, isso implica que os membros dessa comunidade democrática devem ter a possibilidade de definir um projeto coletivo comum, o mesmo é dizer, devem *sentir* que têm o poder de determinar os valores comuns que regulam a sua comunidade e o seu destino coletivo. O problema é que o universalismo liberal impôs progressivamente instituições de cariz globalizante que condicionam, limitam e diminuem essa possibilidade, pelo que desafiam a própria democracia embora usem a narrativa de a quererem aprofundar. E é nesta tensão permanente que pretendemos enquadrar as nossas reflexões acerca do Conselho da Europa (quanto à União Europeia, o problema é ainda mais grave), considerando o binómio universalidade / soberania comunitária.

Como um dos mitos principais do paradigma liberal, a narrativa dos direitos humanos assenta na ideia de universalidade (todos os homens são iguais antes da celebração do contrato social e, por isso, todos detêm os mesmos direitos após a constituição da sociedade civil). Mas a realidade social concreta compõe-se de diferentes culturas, tradições e formas locais de ver o mundo; e politicamente, o regime democrático emana dessas realidades concretas, pelo que a introdução de um critério que se reivindica como atemporal e a-histórico perturba o seu funcionamento.

²⁶ Referimo-nos ao discurso intitulado «Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos»; URL: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf> (último acesso: 04/01/2019).

O Conselho da Europa (e, conseqüentemente, a CEDH e o TEDH), como produto do paradigma liberal, revela estas tensões. Por um lado, podemos afirmar que,

[A] pesar das decisões do TEDH serem vinculativas, elas apenas obrigam as partes no caso decidido pelo Tribunal. Para além disso, o próprio TEDH tem realçado que não há efeito direto, muito menos supremacia, das previsões da Convenção nas ordens jurídicas nacionais. Como acontece com toda a legislação internacional, o modo como a convenção e as decisões do TEDH são implementadas na lei nacional é determinada pelas constituições nacionais. Soma-se a isto que, mesmo que o TEDH tenha tornado claro que tem o poder de, em última instância, proteger os direitos previstos na Convenção, ele não reivindicou, de todo, que algum grau de transferência de soberania tenha tido lugar.²⁷

É também este espírito que podemos encontrar na Declaração de Bruxelas, que resultou da Conferência de março de 2015, quando, após reconhecer o trabalho realizado pelo Conselho da Europa na consolidação dos direitos humanos, as partes reiteraram

A natureza subsidiária do mecanismo de supervisão estabelecido pela Convenção e, em particular, o papel principal desempenhado pelas autoridades nacionais, nomeadamente governos, tribunais e parlamentos, e a sua margem de apreciação na garantia e proteção dos direitos humanos ao nível nacional, envolvendo instituições nacionais dos direitos humanos e a sociedade civil quando apropriado²⁸.

Contudo, a verdade é que o impacto das interpretações do TEDH vai para lá do caso concreto que é julgado. Como afirma Janneke Gerards, embora as diferenças entre o

²⁷ Janneke Gerards, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», in *European Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 2011, p. 102 (tradução nossa).

²⁸ Cf. https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf (último acesso: 04/01/2019; sublinhado e tradução nossos).

Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal de Estrasburgo sejam evidentes, isso não significa que a posição do TEDH não seja mais “parecida com a dos tribunais da UE do que poderia parecer caso a previsão legal fosse tomada à letra”.²⁹ E recordemos a Recomendação n.º 5 (2004) do Comité de Ministros no sentido de que os Estados verifiquem “sistematicamente a compatibilidade dos projetos de lei com a Convenção à luz da jurisprudência do Tribunal”, zelem “para que haja mecanismos para verificar (...) a compatibilidade das leis em vigor e das práticas administrativas”, bem como “para uma adaptação o mais rapidamente possível das suas leis e práticas administrativas, a fim de evitar violações à Convenção”³⁰.

É dentro deste espírito que devemos considerar as alterações legislativas ao Código de Processo Penal e ao Código de Processo Civil, que introduziram como fundamento da revisão de sentença transitada em julgado “uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça” (art. 449, n.º 1, al. g)) ou ela “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português” (art. 696.º, al. f)). E Cabral Barreto, na edição anotada da Convenção, chama a atenção para a influência que a Convenção e a sua jurisprudência tiveram na própria Constituição, quer na sua versão original, quer nas sucessivas revisões, em especial na revisão de 1997³¹.

Ora, tudo isto deve ser entendido no contexto mais amplo do mundo globalizado atual que tem tido implicações profundas nos sistemas jurídico-constitucionais, pensados inicialmente no plano da soberania nacional, mas que agora vivem em domínio de interconstitucionalidade, de acordo com a expressão consagrada por Gomes

²⁹ Janneke Gerards, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», in *European Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 2011, p. 103 (tradução nossa).

³⁰ Cf. http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomendacao_rec_2004_5_do_comite_de_ministros.pdf (último acesso: 04/01/2019).

³¹ Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (4.ª ed.), pp. 42-3.

Canotilho,³² de acordo com o espírito de “*constitutional cross-fertilization*” de que fala Anne-Marie Slaughter:

Os tribunais constitucionais citam as decisões uns dos outros em assuntos que vão desde a liberdade de expressão a direitos de privacidade e pena de morte. (...) Eles citam-se não a título de precedente, mas como argumentos de autoridade. Eles também podem distinguir as suas visões da posição de outros tribunais que têm considerado problemas parecidos. O resultado, pelo menos em algumas matérias como a pena de morte e os direitos de privacidade, é a emergência de uma jurisprudência global³³.

*

Pensamos que com a exposição *supra* se tornam claros os desafios democráticos que são convocados pelo funcionamento do Conselho da Europa e, conseqüentemente, pela jurisprudência do TEDH. Não pretendemos questionar a bondade da narrativa dos direitos humanos; o nosso objetivo passa antes por, sobretudo à luz dos desafios atuais, avaliar a sua eficácia. Afinal, quando os impactos na identidade comunitária democrática são excessivos, não afetamos com isso a própria promoção e salvaguarda dos direitos humanos? Quando os juízes nacionais alteram a sua interpretação da lei de acordo com interpretações supranacionais não estaremos a dar azo a que as populações sintam que o controlo do seu projeto coletivo lhes escapa das mãos? E quando isso acontece, não ficarão elas predispostas e sensíveis a propostas que prometem recuperar esse poder e controlo, mesmo que isso ponha em causa uma narrativa que até há bem pouco tempo lhes parecera fazer sentido?

³² Cf. José Gomes Canotilho, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012.

³³ Slaughter, Anne-Marie, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n.º 1, 2003, p. 193 (tradução nossa).

4. Contramovimentos: estrutura orgânica, respeito pelos consensos nacionais e princípio da margem de apreciação

Como decorreu do exposto, a nossa análise não se prende com o domínio jurídico-constitucional. Afinal, de acordo com Cabral Barreto, “a doutrina mais significativa defende para a Convenção, como para os outros instrumentos de direitos internacional pactício, uma posição intermédia entre a lei constitucional e as leis ordinárias. Subordinada hierarquicamente à Constituição, a Convenção tem, no entanto, valor supralegal”³⁴. Isto significa que o documento fundacional ao nível estatal continua a ser a Constituição: esta prevalece sobre a Convenção e os Estados podem precaver-se de eventuais discrepâncias utilizando instrumentos como declarações interpretativas e reservas. Se os Estados não considerarem pertinente recorrer a qualquer destes mecanismos é porque entendem que a sua ordem jurídica está de acordo com os valores dos documentos internacionais que subscrevem e, tendo valor supralegal, é admissível que as disposições da convenção condicionem a interpretação dos diplomas legais que lhes são hierarquicamente inferiores (embora mesmo esta posição não seja unânime, como veremos).

O que pretendemos, antes, é promover uma reflexão metapolítica ao nível da legitimação democrática – no fundo, a questão de saber como equilibrar determinações exteriores com um espírito de soberania que é necessariamente nacional. O problema não foi ignorado por aqueles que pensaram o Conselho da Europa, nem é ignorado pelos atores do TEDH – e é por essa razão que podemos identificar dois mecanismos que podem ser entendidos como resposta aos desafios de cariz democrático que indicamos.

O primeiro desses mecanismos prende-se com o modo de funcionamento do TEDH. Como reconhece Cabral Barreto, “o Tribunal procede com cautela de modo que as suas decisões possam refletir tanto quanto possível um sentir existente no seio dos Estados sob a sua jurisdição.” Na sua dinâmica de promoção e salvaguarda dos direitos humanos, o TEDH reconhece a importância dos consensos nacionais e a imprescindibilidade de os ter em conta quando se está a avaliar decisões que concernem

³⁴ Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (4.ª ed.), p. 33.

Estados concretos e realidades políticas específicas. “O Tribunal deseja ser o promotor de um ordenamento jurídico europeu comum na matéria que lhe cabe cuidar, a dos Direitos Humanos, mas prosseguindo um caminho que encontre as suas referências no ordenamento jurídico dos diversos Estados membros.” Recordemos a larga abrangência do Conselho da Europa, que reúne quarenta e sete países de diferentes tradições, exigindo, por isso, equilíbrios:

[S]e o Tribunal não fica à espera de uma harmonia total, dificilmente ele avançará sozinho sem o apoio mais ou menos sólido de algumas jurisdições nacionais e, naturalmente, sem o apoio de alguns tribunais superiores, pois são eles os melhores colocados para se aperceberem das mudanças sociais ocorridas ao nível interno³⁵.

Pensemos, igualmente, no art. 26.º da CEDH: se, de acordo com o número 3 desse artigo, um juiz com assento na qualidade de juiz singular não poderá proceder à apreciação de qualquer petição formulada contra a Alta Parte Contratante em nome da qual o juiz em causa tenha sido eleito, a provisão do número 4 surge como reforço do nosso argumento anterior: o juiz eleito por uma Alta Parte Contratante que seja parte no diferendo será sempre membro de direito da secção e do tribunal pleno, o que tem em vista garantir um juízo mais próximo das considerações locais.

O segundo mecanismo que pretendemos introduzir pode ser visto como um corolário desta ideia de respeito pelos consensos nacionais e da ideia de que a CEDH e a atuação do TEDH se regem por um princípio de subsidiariedade (reafirmado, como vimos, pela Declaração de Bruxelas). Esse mecanismo, designado como *princípio da margem de apreciação*, amadureceu na jurisprudência do Tribunal desde a primeira aparição em 1958 num relatório da Comissão para um caso que opôs a Grécia ao Reino Unido sobre uma alegada violação dos direitos humanos no Chipre, e desde então surgiu em muitas

³⁵ *Ibid.*, p. 34.

decisões da Comissão e em centenas de acórdãos do Tribunal³⁶. Importa, no entanto, notar que se trata de um expediente que não encontra cobertura no texto da convenção – tal só acontecerá com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15, que ainda aguarda ratificação por parte de alguns Estados³⁷.

Em que consiste o princípio da margem de apreciação? De acordo com Steven Greer, “refere-se ao espaço de manobra que as instituições de Estrasburgo estão dispostas a dar às autoridades nacionais para o cumprimento das suas obrigações que resultam da CEDH”³⁸. E, como chama a atenção Janneke Gerards, assenta em duas considerações: a primeira é a de que há um padrão mínimo de proteção de direitos fundamentais, partilhado e uniformizado, e que expressa o espírito universal dos direitos humanos – como tal, tem de valer para todos os países e para todas as pessoas; assim, a margem de apreciação surge apenas numa segunda dimensão: a avaliação das limitações que podem ser convocadas quanto a essa proteção, uma vez que

as autoridades nacionais estão melhor colocadas para avaliar a necessidade e propriedade de restrições e limitações. Não só têm melhor acesso a informação factual sobre a necessidade de tais restrições, como também estão geralmente numa melhor posição para avaliar de que modo uma medida ou

³⁶ Greer, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000, p. 5. Como assinala Benedita Mac Crorie, «[e]sta doutrina foi referida, pela primeira vez, pela Comissão Europeia no caso Grécia c. Reino Unido, relativo a situações de emergência (artigo 15.º), embora nessa decisão a Comissão tivesse usado o termo “discretion” em vez de “margin of appreciation”. O Tribunal invocou expressamente a expressão pela primeira vez no caso *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, ainda que em decisões precedentes pareça ter concedido aos Estados uma certa margem.» (in Benedita Mac Crorie, «Margin of appreciation», in Georgios Milios e David Moya Malapeira (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Ed. Brill [em publicação]).

³⁷ Cf. art.º 1 do Protocolo: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842794d544d7457456c4a535638794c6d527659773d3d&fich=ppr13-XIII_2.doc&Inline=true (último acesso: 04/01/2019).

³⁸ Greer, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000, p. 5 (tradução nossa).

*decisão nacional se relaciona com valores constitucionais nacionais e tradições legais*³⁹.

Deste modo, o que justifica a existência da margem de apreciação é o facto de, em determinadas questões, os Estados estarem em melhor posição para procederem ao balanço entre direitos conflituantes e os interesses públicos – pensemos, mais uma vez, no acórdão Lopes Gomes da Silva. O tribunal reconhece essa margem de discricionariedade aos Estados, mas mantém o direito de escrutinar e exercer controlo sobre esse poder decisório.

É essa avaliação que o TEDH é chamado a fazer e fá-lo, como Gerards destaca, atendendo a três fatores: “*the common ground*”, “*better placed argument*” e “*nature of affected right or interest*”.⁴⁰ Assim, a existência de ampla convergência quanto ao direito em causa entre os Estados membros, o facto de se tratarem de questões sensíveis que serão melhor analisadas proximamente ou a natureza do direito em causa determinarão a amplitude da margem de apreciação dos Estados.

A amplitude desta margem varia e depende de um número de fatores, que inclui a natureza do direito da Convenção que está em causa, a sua importância para o indivíduo, a natureza da interferência e o objeto prosseguido pela interferência. A margem tende a ser mais pequena quando o direito em causa é crucial para o gozo individual efetivo de direitos de intimidade ou semelhantes (...). Quando um aspeto particularmente importante da existência ou identidade individual está em jogo, a margem permitida ao Estado será restringida. (...). Quando, pelo contrário, não há consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa sobre a

³⁹ Janneke Gerards, «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, n.º 18, 2018, p. 498 (tradução nossa).

⁴⁰ Cf. Janneke Gerards, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», in *European Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 2011, pp. 80–120.

*importância relativa do interesse em jogo ou sobre o melhor modo de protegê-lo, a margem será mais ampla (...)*⁴¹.

Mais concretamente: aplica-se com maior amplitude ao art. 15.º da CEDH, em casos que se prendem com a proibição de discriminação do art. 14, à provisão de liberdades dos artigos 8.º a 11.º e à proteção da propriedade do art. 1.º do Protocolo Adicional. E é especialmente relevante no que diz respeito à liberdade de expressão – como vimos no acórdão analisado –, mas também no domínio da bioética, como chama a atenção Benedita Mac Crorie⁴².

5. A título de conclusão: uma história de equilíbrios precários

Procuramos ao longo deste texto refletir sobre as implicações democráticas que resultam do impacto de instituições supranacionais e que pautam o mundo globalizado dos nossos dias. Para tal, partimos da ideia de que todos os paradigmas assentam em contradições ou tensões internas que vão criando movimentos num sentido e contramovimentos em sentido inverso. Também a narrativa dos direitos humanos vive, como não poderia deixar de ser, sobre estas tensões – que recuam ao contexto histórico e ideológico da sua génese: sendo parte do paradigma liberal, os direitos humanos revelam as tensões entre a universalidade liberal e a soberania democrática. Isto significa que, na mesma medida em que os direitos humanos recorrem à narrativa democrática para se fortalecer, as instâncias supranacionais que promovem a universalização e uniformização desses direitos põem em causa o funcionamento democrático – que entendemos aqui como a possibilidade soberana de uma comunidade determinar um projeto coletivo comum. Usamos o exemplo português e o caso Lopes Gomes da Silva para revelar essa tensão no que diz respeito ao Conselho da Europa, à CEDH e à jurisprudência do TEDH; mas recordamos na secção anterior de que modo as instituições de Estrasburgo reconhecem o desafio. Porém, a nossa apreciação dessa contra-resposta leva-nos a

⁴¹ Caso *S. e Marper c. UK*, Queixa n.º 30562/04 e 30566/04, Acórdão de 04.12.2008 (tradução nossa).

⁴² Benedita Mac Crorie, «Margin of appreciation and bioethics», texto apresentado na conferência “Constitutionalism in a Plural World”, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa (22 e 23 de novembro, 2017).

considerar que estamos perante equilíbrios bastante precários, sujeitos a desmoronar-se mal enfraqueça a narrativa do paradigma que fundamentou os direitos humanos. É isso que procuraremos mostrar de seguida.

Se, como referimos, é defendido que o TEDH procura agir sempre em respeito pelos consensos nacionais, a verdade é que o caso de que partimos na nossa análise mostrou precisamente como, pelo contrário, o TEDH tem impactado a atuação dos juízes nacionais no sentido de que alterem aquele que parecia ser o consenso nacional de privilegiar o direito à reputação e à honra sobre a liberdade de expressão. Embora muitas figuras, como destacamos, se coloquem ao lado do Tribunal e da influência da sua jurisprudência, esse posicionamento não é consensual. A título de exemplo, os juízes do Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão datado de 26 de janeiro de 2017, entendem que

Esta leitura da CEDH por parte do TEDH conflitua, a nosso ver, com o direito interno português e a interpretação que a maioria da doutrina e da jurisprudência fazem da colisão de direitos constitucionais com igual dignidade abstrata. Porém, em nosso entender, tal jurisprudência comunitária não é vinculativa dos tribunais portugueses.⁴³

Por outro lado, o princípio da margem de apreciação, embora pareça atrativo, convoca uma série de dificuldades que procuraremos apresentar de forma breve. Considerando uma apreciação jurídica, tem sido defendido que o recurso que o TEDH faz do princípio da margem de apreciação apresenta um cariz eminentemente casuístico, o que se traduz numa forte imprevisibilidade. Por essa razão, muitos autores têm defendido a sua exclusão, embora a maioria reconheça o seu valor e defenda, antes, que a sua clareza, coerência e consistência devem ser melhoradas.⁴⁴ Gerards chama a atenção para a progressiva falta de relevância deste mecanismo: o tribunal recorre à margem de apreciação de modo cada vez mais recorrente, mas essa utilização parece, a cada momento, mais vazia, de forma arbitrária ou sem apresentar a fundamentação devida. E

⁴³ Acórdão disponível aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2539879f68366f6e802580b8004a8a5b?OpenDocument> (último acesso: 04/01/2019).

⁴⁴ Cf. Steven Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000, p. 5.

isto tem conduzido a autora a explorar outro tipo de mecanismos, como o incrementalismo e o equilíbrio reflexivo, embora continue a defender a importância da margem de apreciação.⁴⁵ Benedita Mac Crorie defende, no mesmo sentido, que para o princípio da margem de apreciação ser eficaz tem de garantir previsibilidade nos seus padrões e nas suas decisões, sob pena de se fragilizar a própria Convenção.⁴⁶

Contudo, o princípio da margem de apreciação convoca outras dificuldades para lá do domínio jurídico e que apelam a uma reflexão mais filosófica. Como recorda Monica Lugato, vozes mais críticas argumentam que “a doutrina é dificilmente compatível com direitos humanos e a aspiração subjacente a um padrão universal para a sua proteção, uma vez que autoriza tratamento preferencial do Estado e das maiorias em detrimento da proteção do indivíduo e das minorias”.⁴⁷ Este é um argumento que tem sido desenvolvido por Eyal Benvenisti, que destaca o facto de o princípio da margem de apreciação ameaçar a proteção das minorias – um aspeto que está no âmago da democracia liberal, como observado por John Stuart Mill,⁴⁸ servindo a componente liberal da dicotomia para, através do Estado de Direito, limitar o poder das maiorias.

A doutrina da margem de apreciação pode ser teoricamente justificada como um meio de promover a democracia entre comunidades. Mas sempre que existam minorias, a democracia é propensa a debilitar os seus interesses. As maiorias monopolizam frequentemente o poder político, com pouco mais do que metade dos votos, e usam, dessa forma, os processos democráticos como meio para assegurar os seus interesses à custa da minoria. Tendo em conta

⁴⁵ Cf. Janneke Gerards, «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, n.º 18, 2018, pp. 495-515.

⁴⁶ Cf. Benedita Mac Crorie, «Margin of appreciation», in Georgios Milios e David Moya Malapeira (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Ed. Brill (em publicação) e «Margin of appreciation and bioethics», texto apresentado na conferência “Constitutionalism in a Plural World”, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa (22 e 23 de novembro, 2017).

⁴⁷ Monica Lugato, «The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity», in *Journal of Catholic Legal Studies*, Volume 52, Numbers 1&2, 2013, p. 53 (tradução nossa).

⁴⁸ Cf. John Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*, trad. port. Pedro Madeira, Lisboa, Edições 70, 2006 (em especial o primeiro capítulo).

*esta deficiência inerente ao sistema democrático, as políticas nacionais não garantem proteção quando direitos e interesses das minorias estão em causa*⁴⁹.

Temos aqui, mais uma vez, o reflexo das contradições internas da própria democracia liberal. O princípio da margem de apreciação parece desafiar a essência universal da própria ideia de direitos humanos, abrindo a porta a uma espécie de relativismo, como também afirma Benvenisti⁵⁰.

Uma última crítica que faremos aqui notar tem especial eco nos países da América Latina e tem sido convocada por Cançado Trindade: de acordo com este autor, uma vantagem fundamental dos sistemas regionais passa por garantirem uma independência que os juízes nacionais, em sistemas democráticos mais frágeis, não têm⁵¹. É interessante notar como esta questão não se colocava, com especial ênfase, na Europa, mas o surgimento de democracias iliberais⁵² deu-lhe, subitamente, sentido: perdendo-se uma das traves-mestras da democracia liberal – a separação dos poderes e a independência do poder judicial –, a margem de apreciação revela toda a sua fragilidade.

E usaremos este último ponto para apresentarmos a nossa conclusão, pretendendo que a presente reflexão ganhe importância atendendo ao contexto político atual. Afinal, os acontecimentos políticos mais recentes, marcados por um gradual sucesso dos populismos, um recrudescer dos movimentos nacionalistas e uma sedução por figuras fortes e paternalistas podem ser interpretados como uma tentativa das populações recuperarem controlo e poder sobre os seus destinos. E isto mesmo que à custa de narrativas de cuja bondade não duvidaram até então, como é claramente o caso da dos direitos humanos. Este contexto desenha um desafio fundamental que é colocado à narrativa dos direitos humanos: perante aquilo que interpretamos como o fim do

⁴⁹ Eyal Benvenisti, «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», in *New York University Journal of International Law and Politics*, n.º 31, 1998, p. 849 (tradução nossa).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 844.

⁵¹ *Apud* Cláudio Netto, «O Princípio da margem de apreciação: em busca do terreno comum», in *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Ano 6, n.º 11, 2008, p. 77.

⁵² Expressão usada por Viktor Orbán para caracterizar o seu modelo de governação na Hungria.

paradigma liberal, ou ela se revela capaz de se reinventar ou ficará condenada a desmoronar-se juntamente com o sistema a partir do qual nasceu.

BIBLIOGRAFIA

- Andrade, José Vieira de**, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Almedina, 1987
- Barreto, Ireneu Cabral**, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- Benvenisti, Eyal**, «Margin of appreciation, consensus, and universal standards», in *New York University Journal of International Law and Politics*, n.º 31, 1998, pp. 843-854
- Canotilho, José Gomes**, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012
- Constant, Benjamin**, «Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos», 1819; URL: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>
- Coutinho, Francisco Pereira**, «O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: os casos portugueses», in Carlos Blanco de Moraes, Maria Luísa Duarte e Raquel Alexandra Brízida Castro (coord.), *Media, Direito e Democracia*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 321-361
- Crorie, Benedita Mac**, «Margin of appreciation», in Georgios Milios e David Moya Malapeira (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Ed. Brill (em publicação)
- Crorie, Benedita Mac**, «Margin of appreciation and bioethics», texto apresentado na conferência “Constitutionalism in a Plural World”, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa (22 e 23 de novembro, 2017)
- Gaspar, António Henriques**, «A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional – A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho», in *Julgar*, n.º 7, 2009, pp. 33-50
- Gerards, Janneke**, «Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights», in *Human Rights Law Review*, n.º 18, 2018, pp. 495-515

Gerards, Janneke, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», in *European Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 2011, pp. 80-120

Greer, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000

Landemore, Hélène, «Is representative democracy really democratic? Interview of Bernard Manin and Nadia Urbinati»; URL: https://booksandideas.net/IMG/pdf/20080327_manin_en.pdf

Lugato, Monica, «The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity», in *Journal of Catholic Legal Studies*, Volume 52, Numbers 1&2, 2013, pp. 49-70

Mill, John Stuart, *Sobre a Liberdade*, trad. port. Pedro Madeira, Lisboa, Edições 70, 2006

Mota, Francisco Teixeira da, *A liberdade de Expressão em Tribunal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013

Mota, Francisco Teixeira da, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

Netto, Cláudio, «O Princípio da margem de apreciação: em busca do terreno comum», in *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Ano 6, n.º 11, 2008, pp. 66-87

Slaughter, Anne-Marie, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n.º 1, 2003, pp. 191-219

Silva, António Martins da, «A origem do Conselho da Europa, a unidade europeia e o posicionamento português», in *Revista de História das Ideias*, vol. 22, Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2001, pp. 553-602

ANEXO

Jurisprudência do TEDH, condenando Portugal pela violação do art. 10.º

(26 casos, desde 1978 até setembro de 2019)

Caso Lopes da Silva c. Portugal, Acórdão de 28.09.2000, Queixa n.º 37698/97;

Caso Urbino Rodrigues c. Portugal, Acórdão de 29.11.2005, Queixa n.º 75088/01;

Caso Roseiro Bento c. Portugal, Acórdão de 18.04.2006, Queixa n.º 29288/02;

Caso Almeida Azevedo c. Portugal, Acórdão de 23.01.2007, Queixa n.º 43924/02;

Caso Colaço Mestre e SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A. c. Portugal, Acórdão de 26.04.2007, Queixas n.º 11182/03 e n.º 11319/03;

Caso Azevedo c. Portugal, Acórdão de 27.03.2008, Queixa n.º 20620/04;

Caso Campos Dâmaso c. Portugal, Acórdão de 24.04.2008, Queixa n.º 17107/05;

Caso Women on Waves e Outros c. Portugal, Acórdão de 03.02.2009, Queixa n.º 31276/05;

Caso Alves da Silva c. Portugal, Acórdão de 20.10.2009, Queixa n.º 41665/07;

Caso Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, Acórdão de 19.01.2010, Queixa n.º 16983/06;

Caso Público - Comunicação Social, S.A. e Outros c. Portugal, Acórdão de 07.12.2010, Queixa n.º 39324/07;

Caso *Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira c. Portugal*, Acórdão de 11.01.2011, Queixa n.º 4035/08;

Caso *Gouveia Gomes Fernandes e Freitas e Costa c. Portugal*, Acórdão de 29.03.2011, Queixa n.º 1529/08;

Caso *Conceição Letria c. Portugal*, Acórdão de 12.04.2011, Queixa n.º 4049/08;

Caso *Pinto Coelho c. Portugal*, Acórdão de 28.06.2011, Queixa n.º 28439/08;

Caso *Bargão e Domingos Correia c. Portugal*, Acórdão de 15.11.2012, Queixa n.º 53579/09 e 53582/09;

Caso *Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal*, Acórdão de 23.07.2013, Queixa n.º 33287/10;

Caso *Welsh e Silva Canha c. Portugal*, Acórdão de 17.09.2013, Queixa n.º 16812/11;

Caso *Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, Acórdão de 3.04.2014, Queixa n.º 37840/10;

Caso *Pinto Pinheiro Marques c. Portugal*, Acórdão de 22.01.2015, Queixa n.º 26671/09;

Caso *Pinto Coelho c. Portugal*, Acórdão de 22.03.2016, Queixa n.º 48718/11;

Caso *Medipress-Sociedade Jornalística, Lda c. Portugal*, Acórdão de 30.10.2016, Queixa n.º 55442/12;

Caso *Do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal*, Acórdão de 4.10.2016, Queixa n.º 53139/11;

Caso *Tavares de Almeida Fernandes e Almeida Fernandes c. Portugal*, Acórdão de 17.01.2017, Queixa n.º 31566/13;

Caso *Pais Pires de Lima c. Portugal*, Acórdão de 12.02.2019, Queixa n.º 70465/12;

Caso *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz c. Portugal*; Acórdão de 24.09.2019, Queixas n.ºs 75637/13 e 8114/14.