

O PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO DOS MEIOS INTERNOS NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA *

Pelo Prof. Doutor Fausto de Quadros

SUMÁRIO

I — Introdução; II — Fundamento jurídico do princípio da exaustão dos meios internos; III — Conteúdo do princípio da exaustão; IV — Excepções ao princípio da exaustão; V — Subsidiariedade e não exaustão; VI — O princípio da exaustão na Ordem Jurídica portuguesa

* *Abreviaturas mais utilizadas no texto: Ac.* — Acórdão; *Annuaire* — Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme; *CEDH* — Convenção Europeia dos Direitos do Homem; *DR* — Decisions and Reports (da Comissão Europeia dos Direitos do Homem); *ECHR* — European Court of Human Rights (Colectânea de Acórdãos); *EGMR* — Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Colectânea de Acórdãos); *Encyclopedia* — Encyclopedia of Public International Law, dirigida por Rudolf Bernhardt, 12 vols. já publicados, Amesterdão eo., 1981 — ...; *GYIL* — German Yearbook of International Law; *RBDI* — Revue belge de Droit International; *RDI* — Revue de Droit International; *TEDH* — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; *YB* — Yearbook of the European Convention on Human Rights.

I — INTRODUÇÃO

1. Nas duas únicas versões autênticas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ⁽¹⁾, as versões francesa e inglesa, dispõe o seu art. 26.º o seguinte:

«La Commission ne peut-être saisie qu'après l'épuisement des *voies de recours* internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive».

«The Commission may only deal with the matter after all domestic *remedies* have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken» ⁽²⁾.

Em Direito, aos vocábulos utilizados por cada língua nacional tem de ser atribuído um significado coerente com o sistema jurídico global do respectivo país, especialmente quando nesse país os progressos da Ciência Jurídica conduziram já à sedimentação de uma velha e elaborada terminologia jurídica própria, como acontece com a generalidade dos Estados europeus ocidentais. Por isso, só formalmente as versões francesa e inglesa não coincidem no ponto que mais nos interessa neste trabalho: ou seja, quando a versão francesa fala em «*voies de recours*» e a inglesa emprega o vocábulo «*remedies*».

De facto, tradicionalmente o vocábulo *recours*, no seu sentido mais amplo, exprime no Direito francês qualquer meio de acesso a um órgão de decisão. Por isso, não tem necessariamente o significado de meio impugnatório (é o que acontece quando se fala em «*recours préjudiciel*» para se referir apenas o despacho pelo qual um tribunal suscita uma questão prejudicial junto de um outro tribunal), muito menos pretende restringir o seu sinó-

(1) Daqui em diante designada apenas por CEDH ou por Convenção.

(2) Os itálicos são nossos.

nimo aos meios contenciosos (excluindo os meios graciosos) e ainda menos pretende excluir do seu âmbito as acções. Por isso, quando o texto francês do art. 26.º CEDH fala em «*voies de recours*» está a querer dizer o mesmo que a versão inglesa, quando esta se socorre do vocábulo «*remedies*», que quer significar, apenas, «*meios jurídicos*». Note-se que não foi por acaso que o texto inglês não se serviu da expressão «*judicial remedies*», que quer dizer «meios judiciais», isto é, meios contenciosos.

À revelia de toda esta orientação, o legislador português, em mais uma prova do repetido desmazelo com que vem vertendo para a língua portuguesa tratados e outros textos jurídicos internacionais, inclusive normas ou actos emanados de órgãos de organizações internacionais (desmazelo do qual adiante encontraremos um outro exemplo, não menos grave), ao publicar a versão portuguesa (portanto, não autêntica) da CEDH, constante da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, que aprovou, para ratificação, aquela Convenção, veio a empregar no citado art. 26.º o vocábulo «*recursos*», numa cómoda e precipitada tradução à letra da versão francesa. Esqueceram-se, porém, os juristas linguistas portugueses que «*recurso*» no Direito Processual português é, por excelência, um meio contencioso (com a excepção dos recursos hierárquicos administrativos) ⁽³⁾ e, seguramente, não engloba o

⁽³⁾ É essa a razão pela qual, na doutrina portuguesa do Direito das Comunidades Europeias, nos temos recusado a falar em «*recurso prejudicial*» para nos referirmos ao processo das questões prejudiciais regulado no art. 177.º do Tratado CEE — v., por exemplo, o nosso *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público — Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, dissertação, Lisboa, 1984, pgs. 434 e segs.. De facto, aquele preceito permite nuns casos, impõe noutros (não interessa distingui-lo aqui), que o juiz nacional suscite uma questão prejudicial junto do Tribunal de Justiça das Comunidades nos casos aí previstos e quanto às matérias aí indicadas — é isso, e só isso, o que naquele preceito se dispõe. Ora como é que, perante os conceitos básicos do Direito Processual em Portugal, que ensinam que só cabe recurso de sentenças judiciais ou de actos da Administração, se pode chamar «*recurso*» a um despacho pelo qual o juiz nacional suspende a instância no processo principal e suscita uma questão prejudicial? *Quem recorre de quê e de quem?* E dir-se-á, de passagem, que também não há aí qualquer «*reenvio prejudicial*»: o reenvio, todos o sabem, é em português um conceito específico do Direito Internacional Privado que, de todo, nada tem a ver com o mecanismo das questões prejudiciais daquele artigo do Tratado de Roma.

meio contencioso acção. Ora tudo isso amputa sensivelmente o significado e o conteúdo que se quis dar, nas versões autênticas do art. 26.º, às expressões «*voies de recours*» e «*remedies*», significado e conteúdo que a aplicação daquele preceito, ao longo de quase 40 anos, veio à saciedade confirmar.

Para reforçar o que acabámos de afirmar atentemos em que a versão alemã da CEDH (portanto, também versão não autêntica) utiliza no art. 26.º o vocábulo «*Rechtszug*». Aliás, o mais profundo e vasto comentário que se conhece da CEDH, o do Professor *A. Frowein* e do Doutor *W. Peukert* (4), identifica «*Rechtszug*» com «*Rechtsweg*» e tradu-lo para «*processo jurídico interno*» («*internal juridical processes*»). Por sua vez, *Novak*, referindo-se ao preceito em causa, o art. 26.º CEDH, fala em «*Rechtsbehelfe*» e «*Rechtsmittel*» (5), vocábulos que se traduzem por «*meios jurídicos*». Já antes, a tradução da CEDH da responsabilidade da editora *Beck*, e orientada pelos Professores *Bruno Simma* e *Ulrich Fastenrath* (6), usava, naquele preceito, a expressão «*innerstaatliches Rechtsmittelverfahren*», que se traduz por «*processo jurídico interno*» ou «*meio jurídico interno*», na esteira da terminologia preferida, como vimos há pouco, por *Frowein* e *Peukert*. Os juristas alemães têm a justa fama de cultivarem um grande rigor na terminologia que utilizam. E isso fica provado também na matéria de que estamos a tratar.

Portanto, traduziremos «*voies de recours*» e «*remedies*», das versões autênticas do art. 26.º CEDH, por «*meios jurídicos internos*» ou, abreviadamente, por «*meios internos*». E veremos que é essa a terminologia que corresponde ao próprio espírito da Convenção, já que não é intenção daquele preceito exigir a exaustão só dos meios judiciais e, muito menos, dentro deles, só dos recursos, excluindo as acções (7).

(4) *Europäische MenschenRechtsKonvention — Kommentar*, Kehl, 1985, pg. 379.

(5) *UNO — Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, Kehl, 1989, pgs. 638 e segs.

(6) *Menschenrechte — Ihr internationaler Schutz*, 1.ª ed., Munique, 1979, pg. 196.

(7) Expressamente no mesmo sentido, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, pg. 106.

2. Propomo-nos estudar de seguida quando é que se poderá dizer no Direito português que foram exauridos os meios internos para os efeitos do citado art. 26.º. Para tanto, debruçar-nos-emos sucessivamente sobre o fundamento jurídico do princípio da exaustão, sobre o seu conteúdo, sobre as excepções que aquele princípio sofre, sobre o significado actual daquele princípio no quadro geral da letra e do espírito da CEDH e, depois, sobre a sua aplicação à Ordem Jurídica portuguesa. Neste estudo só nos interessa examinar o princípio da exaustão em relação à queixa individual, prevista no art. 25.º CEDH. Mas não faz dúvida, quer na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) quer, e de forma ainda mais expressiva, na prática da Comissão ⁽⁸⁾, que ele também se aplica, embora com especificidades, à queixa dos Estados, regulada no art. 24.º CEDH. Nesse aspecto, o regime da queixa individual e da queixa dos Estados é, em princípio, idêntico ⁽⁹⁾. Assim já decidiu, aliás, o Tribunal no caso *Áustria v. Itália* ⁽¹⁰⁾.

II — FUNDAMENTO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO DOS MEIOS INTERNOS

3. O princípio da exaustão é um velho princípio geral de Direito Internacional, onde é conhecido como «*local remedies rule*» ⁽¹¹⁾. Ele ensina que o indivíduo não tem acesso ao exercício da protecção diplomática activa para a salvaguarda dos seus

⁽⁸⁾ V., por todos, as Deliberações da Comissão 788/60 — *Áustria v. Itália*, in *YB* 4/116 (148); e 6.780/74 e 6.950/75 — *Chipre v. Turquia*, in *DR* 2/125 (137), e, estas últimas, também em PINHEIRO FARINHA, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, Lisboa, s/d, anotação 6 ao art. 26.º

⁽⁹⁾ Assim, JUDITH SCHAUPP-HAAG, *Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges nach Art. 26 EMRK und das deutsche Recht*, diss., Francoforte, 1987, pgs. 3 e 6; F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. III, 2.ª ed., Munique, 1977, pg. 22; e F. SUDRE, *Droit International et européen des droits de l'homme*, Paris, 1989, pg. 212.

⁽¹⁰⁾ Ac. 11-1-61, in *Annuaire*, t. 4, pg. 117.

⁽¹¹⁾ Por todos, FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, pgs. 379 e segs.

direitos e das suas liberdades enquanto não tiver esgotado todos os meios jurídicos que o Direito interno lhe faculta. Este princípio nasceu pela via do costume internacional, passou depois para o Direito Internacional convencional e cedo seria acolhido pela jurisdição arbitral. O Tribunal Internacional de Justiça deu-lhe expressamente guarida nos casos *Anglo Iranian Oil Company* ⁽¹²⁾, *Ambatielos* ⁽¹³⁾ e *Interhandel* ⁽¹⁴⁾. E, para além do art. 26.º CEDH, ele seria consagrado também ⁽¹⁵⁾ no art. 41.º n.º 1 c) do Pacto das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, nos arts. 2.º e 5.º n.º 2 b) do respectivo Protocolo Facultativo ⁽¹⁶⁾, nos arts. 11.º n.º 3 e 14.º n.º 7 a) da Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, no art. 46.º n.º 1 a) da Convenção Americana sobre Direitos do Homem, de 1969, e nos arts. 50.º e 56.º n.º 1 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 — entre outros tratados de menor importância ⁽¹⁷⁾.

4. O principal fundamento jurídico do princípio da exaustão reside no respeito pela soberania do Estado contra o qual o indivíduo pretende utilizar um meio contencioso reconhecido pelo Direito Internacional. Desta ideia decorre uma série de outras que, ainda que num plano secundário em relação a ela, completa a enunciação do fundamento do princípio da exaustão. Assim, tem sido dito que ele permite ao Estado ter a prioridade na reparação do prejuízo que ele causou ao cidadão e fazê-lo de modo efectivo; que ele pretende prevenir a utilização abusiva da protecção diplomática; que ele exprime a subordinação voluntária do cidadão ao Direito do Estado da sua residência, o que con-

⁽¹²⁾ *Recueil* 1952, pg. 93.

⁽¹³⁾ *Rec.* 1953, pg. 10.

⁽¹⁴⁾ *Rec.* 1959, pg. 27.

⁽¹⁵⁾ A. CANÇADO TRINDADE, *Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in International Law*, in *RBDI* 1976, pgs. 499 e segs. (508); SUDRE, *op. cit.*, pg. 210.

⁽¹⁶⁾ Sobre o citado Pacto e este Protocolo, v. o recente exaustivo comentário de M. NOVAK, *op. cit.*, pgs. 638 e segs., 703 e segs. e 748 e segs.

⁽¹⁷⁾ V. a lista completa em NOVAK, *op. cit.*, pg. 638 n.º 53.

siste num princípio geral de Direito Internacional; que ele previne um uso precipitado da protecção diplomática, enquanto faculta ao Estado a oportunidade de rectificar os erros dos seus órgãos através do seu próprio Direito interno, antecipando-se aos órgãos competentes em face do Direito Internacional; e que só ele assegura o respeito pelo princípio da igualdade entre pessoas nacionais e estrangeiras ⁽¹⁸⁾.

De qualquer maneira, o fundamento real, e o de maior solidez jurídica, traduz-se no princípio da soberania estadual. Como acertadamente opina *Dahm*, a protecção diplomática, de Direito Internacional, surge-nos como subsidiária em relação à protecção estadual ⁽¹⁹⁾. Daí que se comece deste já a compreender que a circunstância de o moderno Direito Internacional aceitar a limitação da soberania estadual ⁽²⁰⁾ se vai repercutir na menor rigidez a atribuir ao princípio da exaustão, como vamos logo de seguida ver ⁽²¹⁾.

Exactamente porque o princípio da exaustão se destina a proteger a soberania dos Estados nada obsta a que um Estado renuncie ao benefício da regra da exaustão. É essa, aliás, a prática internacional muito generalizada, como o reconheceu o Tribunal Euro-

⁽¹⁸⁾ K. DOEHRING, *Local remedies, Exhaustion of*, in *Encyclopedia*, vol. I, pgs. 136 e segs.; E. MÜLLER-RAPPARD, *Le droit d'action en vertu des dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *La protection internationale des droits de l'homme*, Bruxelas, 1977, pgs. 31 e segs. (81), e CANÇADO TRINDADE, *Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts*, in *Archiv des Völkerrechts* 1978, pgs. 333 e segs. (345).

⁽¹⁹⁾ *Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei Völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen*, in *Festschrift für Hans Dölle*, vol. 2, Tubinga, 1963, pgs. 3 e segs.

⁽²⁰⁾ Por todos, v. CARRILLO SALCEDO, *Soberania del Estado e Derecho Internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1976, *passim*; e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pgs. 385 e segs. e bibl. aí cit.

⁽²¹⁾ Assim, SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pg. 7; M. DI SALVIA, *Esaurimento delle vie di ricorso interne e ricorsi individuali: la giurisprudenza della Commissione e della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1988, pgs. 33 e segs.; e SUDRE, *op. e loc. cit.*

peu dos Direitos do Homem no célebre caso *De Wilde, Ooms e Versyp* (22).

III — CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO

5. No conteúdo do princípio que estamos a estudar a noção nuclear é a de «meio jurídico» («*remedy*», «*Rechtsweg*», «*Rechtsweg*»). Por isso, dar conteúdo àquele princípio significa, antes de tudo, precisar o conceito de «meio jurídico».

E a primeira interrogação que aí se coloca consiste em se averiguar se aquela expressão, do modo como nos aparece utilizada pelo art. 26.º CEDH, engloba apenas meios judiciais ou se abrange também meios políticos (isto é, que se traduzem no exercício da função política do Estado), meios legislativos e meios administrativos. Neste último caso, a Comissão só poderia admitir a queixa do indivíduo depois de este haver exaurido todos esses meios internos. E a questão é importante, desde logo porque se a exaustão só abranger meios judiciais não se aplicará aos Estados que não reconhecem aos tribunais competência para fiscalizar os actos dos seus órgãos políticos, legislativos ou administrativos.

Parece óbvio que não se pode exigir do indivíduo que esgote os meios políticos e legislativos, que, como facilmente se compreende, não estão ao seu alcance e que ele não consegue influenciar — por exemplo, não se pode levar em consideração a mera possibilidade de o indivíduo obter um acto de clemência ou o facto de se encontrar em preparação um acto legislativo que eventualmente resolva a sua situação, removendo a violação ao seu direito em causa (23). Mas já se lhe pode pedir que esgote os meios administrativos e judiciais que o Direito interno lhe faculta

(22) Ac. 18-6-71, in *Série A*, vol. 12, § 35. De modo concordante, SUDRE, *op. e loc. cit.*, e NOVAK, *op. cit.*, pg. 639. Aliás, já antes daquele Acórdão essa posição fôra sustentada por H. GURADZE, *Die Europäische Menschenrechtskonvention — Kommentar*, Berlim, 1968, pg. 219 e bibl. aí cit.

(23) Assim, também DOEHRING, *op. e loc. cit.*

e que, segundo o respectivo Direito nacional, sejam adequados ao seu caso.

6. E esta ideia de que o lesado só tem de exaurir os meios nacionais adequados ao seu caso conduz-nos à segunda questão, que consiste na definição do conteúdo do princípio da exaustão, ou seja, na determinação de quais os meios que devem ser exauridos para que se dê por cumprido o art. 26.º CEDH.

Os meios que devem ser exauridos são só os que se apresentam, no caso concreto, como essenciais, acessíveis, suficientes e verosimilmente eficazes e adequados à remoção da violação e dos seus efeitos (24).

Por meios essenciais quer-se significar só aqueles que são necessários e não os que se apresentam como meramente facultativos ou que, de algum modo, correm *a latere* em relação ao resultado prosseguido pelo queixoso. Quer-se significar também os meios de impugnação normais ou ordinários, por oposição aos recursos ou acções extraordinários, que devem ficar fora do alcance da exaustão (25).

Por meios acessíveis pretende-se referir, antes de mais, os meios que se encontram integralmente ao dispor do queixoso e que, portanto, não enfrentam obstáculos ao seu pleno exercí-

(24) M. MERAVIGLIA, *Note sull'interpretazione dell'art. 26 della Convenzione di salvaguardia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1988, pgs. 43 e segs.; e DI SALVIA, *op. cit.*, pgs. 35 e segs.

(25) Já era essa a opinião de H. WIEBRINGHAUS, *La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme*, in *Annuaire Français de Droit International* 1959, pg. 659. V. também C. MORRISON Jr., *The Developing European Law of Human Rights*, in *European Aspects*, Leyden, 1967, pgs. 78 e segs.; e SUDRE, *op. cit.*, pg. 213. Também MÜLLER-RAPPARD entende que só se devem exaurir os meios «normais» mas depois, contraditoriamente, e numa posição isolada, inclui neles tanto os recursos ordinários como os extraordinários — *op. cit.*, pgs. 81-82. Quanto à Comissão, é certo que ela começou por entender que também os meios extraordinários deviam ser esgotados previamente à apresentação da queixa, como fôra entendido na arbitragem internacional — v. caso *Salem*, in *Reports of International Arbitral Awards*, t. II, 1926, pg. 1190 —, mas mais tarde parece ter abandonado esta posição — v. caso *Jespers*, Deliberação 8403/78, in *DR* 22, pg. 114. Cfr., sobre a prática da Comissão, COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, pgs. 107-108.

cio ⁽²⁶⁾. Esses obstáculos podem consistir, por exemplo, no facto de «materialmente o interessado não estar em condições de se servir do meio adequado» ⁽²⁷⁾; ou no facto de o órgão administrativo que tem de decidir ou o tribunal que tem de julgar estarem sem titular há muito tempo e não ser previsível quando é que essa situação irá ser corrigida; ou na circunstância de um ou outro se encontrarem sob a acção de alguma causa de impedimento ou de suspeição. Em todos esses casos está dispensada a exaustão, porque eles equivalem à denegação de justiça ⁽²⁸⁾. Mas por meios acessíveis está-se também a pensar em meios que para o interessado são certos, isto é, aos quais ele tem acesso seguro, directo e imediato e não apenas por favor ou faculdade de uma vontade alheia. Por isso, não ficará englobada pela exaustão o acesso do indivíduo ao Tribunal Constitucional nos Estados em que não lhe seja reconhecido o direito a uma queixa constitucional («*Verfassungsbeschwerde*») e onde, por isso, esse acesso só tiver lugar por intermédio duma terceira entidade, como é o caso do nosso Provedor de Justiça (art. 281.º n.º 2 al. *d*) da Constituição), e ficando na discricionariedade dessa terceira entidade suscitar ou não, a pedido do indivíduo, junto do Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade da norma que lesou o direito do interessado.

Para serem exauridos, os meios têm também de ser suficientes, quer dizer, é preciso que o interessado não careça de se servir de mais meios ou de outros meios que não aqueles que, segundo a Ordem Jurídica interna, se apresentem como os meios *normalmente* bastantes para obter a reparação da infracção. Meios extravagantes ou supérfluos, que não fazem parte da ossatura *normal* que a Ordem Jurídica nacional preveja para a reparação *daquela infracção concreta*, não têm de ser exauridos. Para a Comissão, só a não utilização de um meio essencial e suficiente acarreta a inadmissibilidade da queixa ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Ac. TEDH, 18-12-86, caso *Bozano*, n.º 112, par. 45.

⁽²⁷⁾ Assim, cit. caso *Bozano*, n.º 111, par. 48.

⁽²⁸⁾ No m. sentido, DOEHRING, *op. cit.*, pg. 138.

⁽²⁹⁾ Deliberação 788/60, *cit.*, pg. 117.

Mas os meios têm de ser também eficazes e adequados, isto é, têm de se apresentar como idóneos para o interessado obter a remoção da violação e a reparação das suas consequências. Ou seja, têm de oferecer reais, e não meramente teóricas e abstractas, probabilidades de sucesso⁽³⁰⁾. Numa palavra, os meios internos devem ser úteis ao interessado para lhe fornecerem o efeito pretendido⁽³¹⁾. Assim entendeu o TEDH no célebre caso *Johnston*⁽³²⁾, no quadro de uma jurisprudência constante. E aqui, como bem decidiu o TEDH no caso *Van Oosterwijk*⁽³³⁾, não interessa saber-se se o meio jurídico em causa se encontra bem fundado e merece provimento: basta examinar a sua idoneidade para, naquele caso concreto, proporcionar ao lesado o resultado desejado. A própria Convenção, no seu art. 13.º, reconhece que todo o cidadão tem direito a um meio jurídico «efectivo» perante o tribunal nacional e liga, sem dúvida, este preceito ao art. 26.º. Aliás, a violação deste art. 13.º configura uma infracção de per si autónoma à Convenção⁽³⁴⁾ (35).

(30) Assim, Deliberação 343/57, caso *Nielsen*, in *Annuaire*, t. IV, pg. 413; 712/69, in *Rec.*, t. 8, pg. 38; e 4.311/69, in *Annuaire*, t. 14, pg. 319. Concordantemente, MERAVIGLIA, *op. cit.*, pg. 58.

(31) Assim, por todos, C. NORGAARD, *European Commission of Human Rights*, in *Encyclopedia*, t. 8 (1985), pgs. 178 e segs. (181); SUDRE, *op. e loc. cit.*; E. MÜLLER-RAPPARD, *op. cit.*, pg. 82; DOEHRING, *op. cit.*, pg. 138; GARCIA DE ENTERRÍA e outros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pgs. 240; e JOÃO RAPOSO, *As condições de admissão das queixas individuais no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in *Estado e Direito* 1988-2, pgs. 45 e segs. (61).

(32) Ac. 18-12-66, n.º 112, par. 45, com o aplauso de DI SALVIA, *op. cit.*, pg. 35.

(33) Ac. 6-11-80, in *Série A*, vol. 40, par. 27.

(34) FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, pgs. 298 e segs.; e MERAVIGLIA, *op. cit.*, pg. 47.

(35) Também aqui se revela o desleixo posto na tradução portuguesa da Convenção (para o qual já chamámos a atenção atrás), desta vez quando no art. 13.º da versão oficial portuguesa se fala só em «recurso», enquanto que nas versões autênticas se lê «*recours effectif*» e «*effective remedy*». Para qualquer leigo na matéria é óbvio que reconhecer-se ao cidadão direito a um «meio efectivo» é muito mais do que conceder-lhe direito apenas a um «recurso», como pretende a tradução oficial portuguesa, quer porque restringe os meios só ao recurso (já atrás vimos isto) quer porque não exige que ele seja *efectivo*, isto é, *eficaz*. Ou seja, os cidadãos portugueses ficam desprotegidos se se fiam na tradução oficial na sua língua pátria...

Como acertadamente observa qualificada doutrina ⁽³⁶⁾, um dos casos em que os meios internos não são eficazes e adequados e, portanto, não têm de ser exauridos, possibilitando o acesso imediato do interessado à queixa individual à Comissão, prevista no art. 25.º CEDH, é o da duração excessiva do processo nos tribunais internos, para a qual, em regra, a Ordem Jurídica nacional não prevê meios específicos eficazes de impugnação ou reparação. É claro que a duração de um processo tem de ser aferida quanto às circunstâncias concretas de cada caso, mas é evidente que há sempre atraso quando os prazos processuais não são cumpridos, quando o cargo de juiz no respectivo tribunal se encontra vago por período desrazoável e isso se reflecte no andamento do processo, quando o tribunal se entretém com formalidades dilatórias, quando a Administração, chamada a cooperar com a Justiça, não o faz ou até, pelo seu comportamento, mais contribui para atrasar, se não para denegar justiça, etc. Verificado um atraso no processo, que impede que a sua decisão seja proferida em prazo razoável, o que, comprovadamente, provoca prejuízos ao interessado, este está dispensado de exaurir os meios nacionais e pode queixar-se de imediato à Comissão da violação contínua pelo Estado do art. 6.º n.º 1 CEDH conjugado com o seu art. 13.º ⁽³⁷⁾.

Quando um processo se prolonga por um período desrazoável ele não confere uma garantia efectiva ao direito (entenda-se sempre: direito ou liberdade) que o interessado pretende fazer valer. Por outras palavras, este não lhe vê respeitado o meio «*efectivo*» que o art. 13.º CEDH lhe reconhece. Por isso, o interessado, sem esperar pela decisão do processo, pode de imediato queixar-se à Comissão da infracção ao art. 6.º n.º 1 CEDH ⁽³⁸⁾,

⁽³⁶⁾ NOVAK, *op. cit.*, pg. 639; P. VAN DIJK/F. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, 1984, pgs. 74 e segs.; e DI SALVIA, *op. cit.*, pgs. 36 e segs.

⁽³⁷⁾ Deliberações 6.699/74, in *DR*, t. 11, pg. 16; e 6861/75, in *DR*, t. 3, pg. 147.

⁽³⁸⁾ Assim, Acs. TEDH, 21-2-75, caso *Golder*, in *DR*, t. 1, pgs. 2 e segs., e 25-6-87, caso *Capuano*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1988, pgs. 96 e segs.

cumulativamente com a violação do art. 13.º. Como a Comissão e o Tribunal repetidamente têm sustentado, a finalidade prosseguida pela Convenção é a de garantir, repetimos, uma protecção *efectiva* (e não apenas platónica) dos direitos fundamentais que no seu texto e nos seus protocolos adicionais reconhece ao cidadão. A interpretação das suas disposições, que se deve socorrer fortemente do elemento teleológico, não só permite como até impõe que se vá para além da vontade expressa no momento da assinatura da Convenção, há quase quarenta anos, não só porque a Convenção é um instrumento vivo e em evolução, reflectindo o sentido do progresso do próprio Direito Internacional no caminho de uma maior democratização ⁽³⁹⁾, como também porque ela se insere num processo de realização de uma união cada vez mais estreita entre os Estados membros do Conselho da Europa, expressamente invocada no preâmbulo da Convenção, e ainda, e não menos, em nome do espírito do *favor libertatis*, que perpassa por toda a Convenção ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

7. Fora o caso de atraso desrazoável no processo, que não carece de mais explicações, vamos ver alguns exemplos em que fica dispensada a exaustão por não se reunirem algum ou alguns dos requisitos que atrás definimos para os meios a exaurir.

Imaginemos que o acto que atinge algum dos direitos reconhecidos ao indivíduo pela CEDH consiste num acto formal e materialmente legislativo. Se o Direito nacional respectivo não reconhecer ao indivíduo a possibilidade de obter a fiscalização *directa* desse acto por tribunais constitucionais ou administrativos (como é o caso de Portugal), é óbvio que não há meios a exaurir. Pedir-se ao indivíduo que aguarde pelo acto administrativo de aplicação do acto legislativo para só então exaurir os meios

⁽³⁹⁾ Assim, FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pg. 355 e bibl. aí cit.

⁽⁴⁰⁾ V., por todas, as Deliberações da Comissão nos casos *Mc Veigh e outros e Golder*, in *DR*, I, pgs. 2 e segs., e o Ac. TEDH, 25-4-78, caso *Tyrer*, *ibidem*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. DI SALVIA, *L'élaboration d'un «ius commune» des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme*, in *Mélanges Gérard Wiarda*, Colónia, 1988, pgs. 555 e segs. (559).

de impugnação daquele acto a fim de, só depois, poder exercer o direito conferido pelo art. 25.º CEDH parece-nos um excesso, e por dois motivos: primeiro, porque pode o acto de aplicação nunca surgir, sem que por isso se possa dizer que o regime jurídico definido por via legislativa não se repercute na esfera jurídica do interessado e não lhe causa prejuízos; segundo, porque é contrário ao espírito da Convenção (que impõe uma eficaz, e, por isso, célere, protecção dos Direitos do Homem) exigir-se do interessado que espere indefinidamente por um acto de aplicação que, ainda por cima, repetimos, não se sabe se aparecerá e quando aparecerá.

Suponhamos agora que o acto que fere algum dos direitos reconhecidos ao indivíduo pela CEDH se traduz num acto administrativo. Aí o princípio da exaustão apenas impõe ao indivíduo que esgote os meios que o sistema jurídico nacional considera *necessários* à obtenção de uma sentença judicial final com trânsito em julgado — e não mais do que isso. Assim, ele estará obrigado apenas a lançar mão dos meios administrativos gratuitos que lhe facultem a via contenciosa (através da prática, pela Administração, de um acto administrativo definitivo e executório) e, depois, a esgotar os meios ordinários de impugnação do acto perante os tribunais administrativos. Por isso, não lhe será oponível, em nome do princípio da exaustão, o facto de eventualmente não se ter socorrido de meios administrativos facultativos (como é o caso, em Portugal, da reclamação graciosa ou do recurso hierárquico facultativo) ou de recursos impróprios (como o chamado recurso hierárquico impróprio ou o recurso tutelar, no Direito português).

Um terceiro e último exemplo. Vamos imaginar que o acto, traduzido numa acção ou numa omissão, que viola um dos direitos consagrados na CEDH, não releva de modo algum para o Direito Administrativo: por exemplo, a prisão preventiva ilegal e demorada dum cidadão pelos órgãos e serviços nacionais de prevenção criminal. É evidente que num caso destes não haverá meios administrativos a exaurir, mas apenas meios judiciais — se, de facto, o Direito nacional os prever.

8. Daqui há que extrair, pois, e desde logo, esta importante conclusão: para que a queixa do cidadão, dirigida à Comis-

são ao abrigo do art. 25.º CEDH, seja admissível, ele, em cada caso concreto, deve exaurir apenas os meios adequados *àquele caso* e não todos aqueles que *em abstracto* se encontram ao seu dispor. Por exemplo, se o indivíduo não questiona a constitucionalidade da norma que atinge um direito que lhe é reconhecido pela CEDH não faz sentido exigir-se, em nome do princípio da exaustão, que ele esgote previamente uma queixa constitucional que porventura o respectivo Direito nacional teoricamente coloque ao seu dispor.

IV — EXCEPÇÕES AO PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO

9. Como atrás já demos a entender, o princípio da exaustão não é absoluto nem para o Direito Internacional Público, em abstracto, nem para a CEDH. O que quer dizer que nem sempre é de exigir o respeito estrito por aquele princípio — fora o caso em que o próprio Estado o pode dispensar, como atrás se referiu. As situações que configuram excepções a esse princípio reconduzem-se fundamentalmente aos casos em que o Direito interno não prevê quaisquer meios jurídicos utilizáveis *no caso concreto* ou em que prevê meios jurídicos que não se revelam acessíveis, ou adequados, ou eficazes, ou úteis, *naquele caso concreto*.

10. O art. 26.º da CEDH manda respeitar a regra da exaustão de harmonia com o que na matéria dispuserem os «princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos». Por conseguinte, na interpretação dessa regra a Comissão tem vindo a amparar-se no Direito Internacional geral ou comum⁽⁴²⁾. Por isso, convém que comecemos por ver quais são as excepções admitidas pelo Direito Internacional consuetudinário à regra da exaustão dos meios internos.

⁽⁴²⁾ Deliberações 8462/79, in *DR* 20/184 (185); 6148/73, in *DR* 6/19 (20); 6613/72, in *DR* 4/177 (186); e 5577-5583/72, in *DR* 4/4 (65).

Em primeiro lugar, a exaustão fica dispensada se não há meios jurídicos facultados ao cidadão pelo respectivo Direito nacional: ou porque eles não existem de todo, *em abstracto* (o que parece óbvio), ou porque, embora existam em abstracto, não se encontram, *no caso concreto*, ao dispor do cidadão, por exemplo, quando os tribunais não funcionam por causa de guerras ou outras perturbações internas, ou quando, embora funcionando, não possuem competência para julgar aquele litígio concreto ⁽⁴³⁾ — é o que acontecerá, por exemplo, na generalidade dos casos, quando o direito do cidadão for lesado por uma norma legislativa.

Não basta, portanto, que os meios existam em teoria; é necessário também que eles sejam adequados ao caso concreto e, sobretudo, que sejam eficazes. Doutro modo fica dispensada a exaustão. Assim decidiu o Tribunal Internacional de Justiça no já citado caso *Interhandel* ⁽⁴⁴⁾.

Num outro processo célebre, aliás também já citado, o caso *Ambatielos* ⁽⁴⁵⁾, o Tribunal foi da opinião que não há que exigir ao indivíduo que esgote os recursos para os tribunais superiores sempre que estes não tenham competência para rever a sentença do tribunal apelado. Deste caso resulta a consolidação da regra de que, sempre que existam teórica e formalmente meios jurídicos ao dispor do indivíduo mas seja certo que da sua utilização não se pode esperar qualquer contributo para a remoção da infracção ao direito infringido e para a reparação dos prejuízos sofridos pelo lesado, fica dispensada a exaustão.

O segundo grupo de excepções trazidas pelo Direito Internacional geral ou comum abrange os casos de denegação de justiça. O exemplo muitas vezes dado é o de o tribunal não poder ou não querer reparar a ilegalidade porque, por exemplo, não goza, para o efeito, da necessária independência em relação ao Executivo, ou porque se encontra impedido, por se verificarem factores que põem em causa a sua independência, ou, ainda, quando

⁽⁴³⁾ DE LA PRADELLE/POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, Paris, 1932, pgs. 593 e segs.

⁽⁴⁴⁾ *Loc. cit.*

⁽⁴⁵⁾ *Loc. cit.*

o exercício do meio jurídico é recusado ao indivíduo ou lhe é facultado mas em termos de não lhe permitir eficazmente a reparação integral da violação ao direito ofendido ⁽⁴⁶⁾.

A terceira categoria de excepções impostas pelo Direito Internacional geral ou comum refere-se ao caso de desproporcionada e excessiva duração do processo ou desproporcionado e excessivo atraso na sua decisão — matéria sobre a qual, a outro título, já nos debruçámos atrás. Como bem nota *Schaupp-Haag* ⁽⁴⁷⁾, pensando na CEDH, «um meio jurídico, que não é decidido em prazo razoável, não oferece uma protecção jurídica eficaz». Nessa hipótese, não só se torna desnecessário exaurir os meios internos como o indivíduo pode exercer o direito de queixa individual do art. 25.º da CEDH *sem esperar pela decisão do processo*. Essa situação configurará, aliás, uma infracção autónoma à CEDH por se traduzir na postergação do direito do cidadão a um «meio efectivo», reconhecido pelo seu art. 13.º. Mas, no caso de o processo em atraso ser um processo judicial, acrescerá a isso a violação do art. 6.º n.º 1, desde que se encontrem reunidos os elementos constitutivos da previsão desta norma. Num caso e noutro, estaremos perante violações *continuadas* daqueles dois preceitos, que, por isso, não necessitarão de prova da existência de uma «decisão interna definitiva», a que se refere a parte final do art. 26.º, nem estarão sujeitas ao prazo aí previsto. Estes princípios encontram-se todos reconhecidos pelo Direito Internacional geral ou comum, como foi aceite no caso *El Oro Mining* ⁽⁴⁸⁾ ⁽⁴⁹⁾. Além disso, obtiveram consagração em muitos tratados internacionais e convenções arbitrais ⁽⁵⁰⁾.

Todavia, não é fácil determinar-se a partir de que momento é que se deve entender que a duração de um processo, concreta-

⁽⁴⁶⁾ DOEHRING, *op. cit.*, pg. 138.

⁽⁴⁷⁾ *Op. cit.*, pg. 50.

⁽⁴⁸⁾ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, pgs. 191 e segs. (198).

⁽⁴⁹⁾ Concordantemente, DAHM, *op. cit.*, pg. 27, nota 74; e SCHAUPP-HAAG, *op. e loc. cit.*

⁽⁵⁰⁾ Art. 3.º da convenção arbitral anexa aos Acordos de Locarno de 1925 e art. 31.º n.º 1 da Acta Geral de Genebra de 1928.

mente considerado, excedeu um prazo «razoável», como dispõe o citado art. 6.º CEDH. Sabe-se, porém, que para o efeito deverão ser levados em conta diversos factores que rodeiam cada caso concreto, como sejam, a importância, a complexidade e a dificuldade do processo, e o empenho posto nele pelos juizes e pelas partes. Parece, todavia, claro que não constitui desculpa relevante o «excesso de trabalho» que, eventualmente, venha a ser invocado pelos juizes nacionais. Quando muito, estaremos nessa hipótese perante uma deficiente organização ou um mau funcionamento global do sistema judiciário nacional, que só por si legitimam a dispensa da exaustão⁽⁵¹⁾. A má organização ou o mau funcionamento do sistema judiciário nacional são imputáveis unicamente ao Estado, a quem cabe corrigi-los, pelo que deles não pode resultar qualquer limitação ao acesso do indivíduo aos meios internacionais de protecção e salvaguarda dos seus direitos.

Segundo o Direito Internacional Público geral ou comum, também fica dispensada a exaustão no caso de no Estado em questão existir uma jurisprudência constante dos tribunais superiores contrária à pretensão do cidadão cujo direito foi violado⁽⁵²⁾ — e esta surge-nos como a quarta excepção ao princípio da exaustão. De facto, compreende-se que não faz sentido exigir-se que se esgotem os meios internos se de antemão se sabe que os tribunais de recurso não vão reparar a violação do direito do cidadão nem arbitrar-lhe uma justa indemnização pelos prejuízos que dela lhe decorreram. Já assim fôra decidido pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional no caso *Panevezys-Saldutiskis-Eisenbahn*⁽⁵³⁾. Mas é óbvio que este motivo de dispensa da exaustão só vigora quando os meios formalmente a exaurir implicavam necessariamente o acesso do cidadão em causa aos tribunais superiores.

(51) Assim ficou decidido no citado caso *El Oro Mining*, onde as autoridades mexicanas haviam invocado «excesso de trabalho» — *op. e loc. cit.*

(52) DOEHRING, *op. e loc. cit.*; SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pg. 51; SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, 3.ª ed., Londres, 1957, pg. 609.

(53) *Séries A/B*, n.º 76, pg. 21.

Situação análoga, configurando a quinta exceção ao princípio da exaustão trazida pelo Direito Internacional geral ou comum, verifica-se quando, muito embora não se possa falar da existência de uma jurisprudência constante no sentido contrário ao desejado pelo cidadão, todavia num processo anterior em que se discutia uma questão de direito *idêntica na sua essência* à que está agora em causa foi proferida uma sentença contrária à pretensão do cidadão em questão e, pela fundamentação concreta da sentença, é razoável excluir-se de todo a possibilidade de, no nosso caso, que se encontra *sub judice*, se obter a modificação do juízo emitido naquela sentença. Também esta exceção já foi consagrada na jurisprudência internacional, por sinal no mesmo caso acima referido ⁽⁵⁴⁾.

A razão de ser desta exceção parece-nos procedente: se num caso anterior *essencialmente idêntico* ao caso agora em apreço os tribunais nacionais decidiram de tal forma que a interpretação dessa sentença permite dar como extremamente provável que no caso em apreço a decisão não vai diferir daquela e que, portanto, vai ser desfavorável ao cidadão em causa, é excessivo pedir-se, em nome do formalismo do princípio da exaustão, que se provoque aquela sentença. Mais uma vez, a celeridade e a eficácia da protecção dos Direitos do Homem impõem que nesse caso se dispense a exaustão (que, nessas circunstâncias, seria inútil) e se recorra mais cedo à protecção diplomática e ao Direito Internacional.

11. Em que medida é que estas excepções ao princípio da exaustão, aceites pelo Direito Internacional geral ou comum, encontram consagração na CEDH e na sua aplicação?

O art. 26.º CEDH não prevê, no seu texto, qualquer excepção ao princípio da exaustão. Não procedem assim alguns outros tratados internacionais sobre protecção e salvaguarda dos Direitos do Homem: é o caso, por exemplo, do art. 46.º n.º 2 da já citada Convenção Americana dos Direitos do Homem (texto não

(54) Caso *Panevezys-Saldutiskis-Eisenbahn*, loc. cit., pg. 18.

menos elaborado do que a CEDH e que é pena que seja de todo desconhecido em Portugal ⁽⁵⁵⁾), que dispensa a exaustão dos meios nacionais nos seguintes três casos: o Direito nacional não coloca ao dispor do cidadão um «processo de Estado de Direito» para a protecção do seu direito infringido; foi denegada justiça ao cidadão ou foi-lhe consentida apenas uma utilização limitada dos meios nacionais; verificou-se um injustificado atraso na decisão de um meio nacional do qual o cidadão se serviu para obter a reparação da infracção.

Todavia, a maioria dos tratados internacionais sobre a matéria contenta-se, como a CEDH, com a remissão para os princípios do Direito Internacional comum.

12. Na interpretação e na aplicação do art. 26.º CEDH, a Comissão e o Tribunal têm vindo a louvar-se também nos princípios do Direito Internacional geral ou comum — como aliás já demos a entender nas páginas anteriores e como ficou expressamente reconhecido na sentença arbitral proferida em 6 de Março de 1956 no caso *Ambatielos* ⁽⁵⁶⁾.

A Comissão e o Tribunal partem, obviamente, do princípio de base da exaustão dos meios nacionais. Mas logo acrescentam que essa regra «não é intangível»: «ela não se conforma com uma sua aplicação automática e não reveste carácter absoluto: ao fiscalizar-se o seu cumprimento é necessário atender-se às circunstâncias concretas do litígio» ⁽⁵⁷⁾ ou às «circunstâncias especiais» ⁽⁵⁸⁾ de cada caso — e umas e outras podem levar à dispensa da exaustão.

⁽⁵⁵⁾ Veja-se esta Convenção na *op. cit.* editada pela Beck, pgs. 325 e segs. Sobre ela, v. T. BUERGENTHAL, *American Convention on Human Rights*, in *Encyclopedia*, t. 8 (1985), pgs. 23 e segs.

⁽⁵⁶⁾ In *Journal de Droit International* 1957, pgs. 540 e segs., com anotação favorável de ROGER PINTO.

⁽⁵⁷⁾ Caso *Van Oosterwijk*, Ac. TEDH, 6-11-80, *loc. cit.*, par. 35.

⁽⁵⁸⁾ Deliberações 8727/79, in *DR* 20/230 (234); 8462/79, in *DR* 20/184 (185); 6148/73, in *DR* 6/19 (20); 5577-5583/72, in *DR* 4/4 (67).

Num ou noutro caso — por exemplo, a Deliberação n.º 1103/61 ⁽⁵⁹⁾ —, a Comissão foi um pouco mais longe na explicação do seu pensamento, falando então em «circunstâncias especiais, tais como uma impossibilidade económica ou jurídica ou um impedimento legítimo». A doutrina tem entendido que cabem nessa previsão designadamente a denegação de justiça pelo Estado e a ineficácia dos meios jurídicos nacionais para a reparação da infracção à Convenção: nesses casos não há que esgotar os meios nacionais ⁽⁶⁰⁾.

13. A aplicação da CEDH e, particularmente, o respeito pelo princípio da exaustão defrontam-se com o facto de cada Estado parte na Convenção ter o seu próprio sistema jurídico e, portanto, o seu próprio aparelho de reparação das infracções à Convenção e de fixação das indemnizações devidas pelos prejuízos que elas causaram aos lesados.

Não obstante a complexidade dos sistemas jurídicos dos vários Estados partes na Convenção, a maior parte deles não conhece qualquer meio de o cidadão impugnar directamente um acto legislativo que viole um direito reconhecido ao cidadão pela CEDH. É o que acontece com Portugal. Nesses casos, a Comissão é obviamente forçada a dispensar a exaustão, aceitando que o queixoso invoque directamente perante a Comissão a incompatibilidade do acto legislativo em causa — usando terminologia portuguesa: lei, decreto-lei ou regulamento administrativo não directamente impugnável — com a Convenção, sem ter de esperar pelo acto administrativo que venha a aplicar esse acto legislativo a um caso concreto ⁽⁶¹⁾. Do espírito das deliberações tomadas já pela Comissão na matéria parece poder extrair-se a conclusão de que não relevam nesse caso para a exaustão meios indirectos de impugnação do acto legislativo, cuja utilização, ainda por cima, não depende da vontade do cidadão nem é por este controlada. A título de

⁽⁵⁹⁾ In YB 5/168 (186).

⁽⁶⁰⁾ Por todos e por último, SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pg. 55.

⁽⁶¹⁾ Deliberações 595/71, in YB 15/482 (508); 5926/72, in YB 16/345 (354); e 6833/74, in DR 3/112.

exemplo, pensemos na faculdade, já atrás referida, que em Portugal é conferida ao cidadão de solicitar ao Provedor de Justiça que requeira ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das disposições legais que ofendam direitos que lhe são reconhecidos pela Convenção. Essa faculdade não deve ser levada em conta para a exaustão, pelo que o art. 26.º CEDH é respeitado se, nas condições referidas, o lesado a não exercer. Por isso, não poderá ser recusada a queixa que não tiver sido precedida do pedido nesse sentido dirigido pelo interessado ao Provedor de Justiça. É isto que se extrai dos Acórdãos proferidos pelo TEDH nos casos *Ringisen* (62), *Glaserapp* (63) e *Englert* (64). Em todos esses arestos, o Tribunal decidiu, de forma a não deixar dúvidas, que a exaustão engloba os «recursos essenciais» e que, dentro destes, se incluem os recursos para os tribunais constitucionais *interpostos directamente pelos próprios cidadãos*, quando o Direito interno os previr.

14. Além disso, porém, a Comissão exige, e bem, que os meios internos a exaurir sejam eficazes, o que quer dizer que o cidadão pode exercer o direito de queixa individual do art. 25.º CEDH sem previamente se servir dos meios jurídicos internos que se revelem, à partida, «ineficazes» ou «não efectivos» ou «inúteis» para a reparação da infracção e para a fixação da indemnização devida ao lesado.

A defesa desta tese tem sido muito cara tanto ao Tribunal como à Comissão. O Tribunal dispensa expressamente os meios internos cuja utilidade seja meramente ilusória e que não sejam «acessíveis e adequados» (65), inspirando-se directamente na fórmula defendida pelo Instituto de Direito Internacional, que fala

(62) Ac. 16-7-71, in *Série A*, vol. 13, pgs. 37 e segs.

(63) Ac. 28-8-86, in *Série A*, vol. 104.

(64) Ac. 25-8-87, in *Série A*, vol. 123.

(65) Por todos, Ac. 22-5-84, casos *De Jong, Baljet e Van Den Brink*, in *Série A*, vol. 77, § 39, e *Bozano*, *loc. cit.*

em «meios acessíveis ao lesado e que, verosimilmente, sejam eficazes e suficientes» (66).

Com base nesta construção, a Comissão tem feito prevalecer na sua prática uma interpretação flexível do art. 26.º, traduzida nestas duas ideias: o queixoso está dispensado de se servir de um meio interno «aleatório», isto é, cujo insucesso é provável (67); o queixoso não tem a obrigação de se servir de meios «ineficazes» ou «inadequados», quer dizer, aqueles que não são idóneos para reparar as infracções à Convenção (68).

Foi dentro deste espírito que, no citado caso *Donnelly*, a Comissão deliberou que, quando, em caso de perturbações políticas ou eventos militares anormais no Estado em causa, não se possa assegurar o funcionamento de meios jurídicos «efectivos», o queixoso fica dispensado da exaustão.

Não há exagero nesta exigência pelo Tribunal e pela Comissão de que só os meios «eficazes» ou «efectivos» ou «úteis» devem ser esgotados.

De facto, quer o espírito quer a letra da Convenção impõem que o sistema de protecção e salvaguarda dos direitos aí reconhecidos funcione com celeridade e, sobretudo, com eficácia. Por isso, não faz sentido perder-se tempo com meios internos que, logo de início, se sabe que não são idóneos para produzirem integralmente o efeito de reparar a infracção à Convenção. E essa construção é tanto mais cara ao sistema criado pela Convenção quanto é certo que, como já sublinhámos, o art. 13.º confere aos cidadãos nacionais direito a um «*meio jurídico efectivo*» (leia-se meio jurídico *eficaz, idóneo, adequado* (69)) perante uma «instância nacional», configurando o desrespeito por este preceito como uma infracção *autónoma* à Convenção.

(66) In *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 46, sessão de Granada, 1956, pg. 358.

(67) Deliberações 5577-5583/72, *cit.*, caso *Donnelly*; 3321-3323/67, in *YB* n.º 11/730; 3344/67, *ibidem*; 6780/74 e 6950/75, in *YB* n.º 18/83 (123).

(68) Ac. TEDH no caso *De Wilde*, *cit.*; e Deliberação da Comissão n.º 343/57 no caso *Nielsen*, *loc. cit.*, pg. 413.

(69) FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, pgs. 298 e segs.; NOVAK, *op. cit.*, pg. 639 e bibl. *ai cit.*

15. A Comissão também dispensa a exaustão quando a queixa se dirige contra a chamada «prática administrativa» ⁽⁷⁰⁾. Este problema tem sido discutido sobretudo a propósito da condenação da tortura, mas poderá, em teoria, ser suscitado a propósito de várias outras matérias.

O conceito de «prática administrativa» engloba casos de repetição de actos contrários à Convenção (como a tortura, maus tratos, etc.) e a sua «tolerância oficial». Por tolerância oficial entende-se que os superiores hierárquicos dos agentes responsáveis pelos actos incriminados não põem termo a esses actos ou não adoptam as medidas necessárias à não repetição desses actos. É assim que a Comissão concebe a «prática administrativa» ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾.

Parece razoável o entendimento da Comissão e do Tribunal de que, perante a existência de uma «prática administrativa» contrária à reparação da infracção de que foi vítima o queixoso, não faz sentido exigir-se a exaustão. De facto, se aquela infracção foi aceite e tolerada pelo Estado, sabe-se, à partida, que o queixoso não tem qualquer hipótese de obter através dos meios nacionais a reparação da infracção. Por isso, justifica-se que ele se queixe imediatamente à Comissão.

Esta questão da «prática administrativa» tem alguma coisa a ver com a situação análoga que consiste em a Comissão e o Tribunal aceitarem que a queixa se possa dirigir contra a simples incompatibilidade de normas legislativas estaduais com a Convenção, portanto, quando essa incompatibilidade violar um direito reconhecido pela Convenção. Também nesse caso, como é óbvio, a queixa pode ter por objecto a referida incompatibilidade sem necessidade de prévia exaustão dos meios jurídicos internos que, aliás, nesse caso porventura nem sequer existirão.

⁽⁷⁰⁾ Citada Deliberação no caso *Donnelly*. Ver também Deliberações 8007/77, in *DR* 13/85, caso *Chipre v. Turquia*, e 8462/79, in *DR* 20/184.

⁽⁷¹⁾ Deliberações sobre a admissibilidade, de 2-6-56, *Grécia v. Reino Unido*, in *Annuaire*, t. 2, pg. 184; de 1-10-72, *Irlanda v. Reino Unido*, confirmada pelo Ac. TEDH, 18-1-78; e de 6-12-83, *França e outros v. Turquia*, in *DR* 35, pg. 143.

⁽⁷²⁾ Sobre a «prática administrativa», v. SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pgs. 57 e segs.; e SUDRE, *op. cit.*, pgs. 212-213.

16. Outro grupo de fundamentos aceite pela Comissão para a dispensa da exaustão respeita exclusivamente ao funcionamento dos tribunais. Assim, tal como vimos acontecer no Direito Internacional consuetudinário, não é necessário esgotar os meios internos quando os tribunais fundadamente não merecem confiança ou quando se verifica atraso desrazoável no julgamento ou denegação de justiça.

A Comissão e o Tribunal entendem que, do mesmo modo como no Direito Internacional geral ou comum, se pode dispensar a exaustão nos casos em que a pretensão do queixoso esbarre numa permanente e constante jurisprudência dos tribunais nacionais, de tal modo que se sabe, de antemão, que ela não tem qualquer hipótese de obter acolhimento junto daqueles tribunais ⁽⁷³⁾. Como bem nota *Schaupp-Haag*, louvando-se em Deliberações da Comissão ⁽⁷⁴⁾, deixa de existir o dever de esgotar os meios nacionais «quando o resultado só pode consistir na repetição de uma decisão anterior» ⁽⁷⁵⁾.

17. Por aqui se vê que o princípio da exaustão, tal como se encontra consagrado na Ordem Jurídica da CEDH, se defronta com muitos limites e sofre muitas excepções. A ideia-chave nesta matéria, e que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem resumiu modelarmente no citado caso *De Jong und Baljet* ⁽⁷⁶⁾, é o de que só têm de ser esgotados os meios internos que possuam uma conexão com as infracções alegadas e que, simultaneamente, sejam acessíveis ao queixoso e adequados para reparar a violação da Convenção tal como o queixoso a alega e a demonstra. Ou seja, e ainda no entendimento do Tribunal no local citado, não basta que os meios jurídicos internos sejam em teoria ade-

⁽⁷³⁾ Ac. 18-6-71, caso *De Wilde, Ooms and Fersyp* (conhecidos, em globo, por «casos *Vagrancy*»), já citado; e Deliberações 27/55, in *YB* 1/138; 899/60, in *YB* 5/136 (144); 4465/70, in *YB* 14/476 (492); 4897/71, in *YB* 15/448 (466); 6650/74, in *DR* 5/62; e 7705/76, in *DR* 9/196 (199).

⁽⁷⁴⁾ 514/59, in *YB* 3/196 (202); 1936/63, in *YB* 7/224 (242); 7572, 7586 e 7587/76, in *DR* 14/64; 7705/75, in *DR* 9/196 (199).

⁽⁷⁵⁾ *Op. cit.*, pg. 60.

⁽⁷⁶⁾ *Cit.*, pgs. 18 e segs.

quados, é necessário também que o sejam na prática e *nas circunstâncias específicas de cada caso concreto*. Se assim não acontecer, falta-lhes efectividade ou eficácia e isso, só por si, justifica a dispensa da exaustão. O Tribunal acrescenta, no mesmo Acórdão, com o apoio da doutrina, que os Estados estão obrigados, pelo simples facto de terem subscrito a Convenção, a proporcionar aos seus cidadãos meios acessíveis, céleres, adequados e suficientes para estes obterem uma rápida e eficaz reparação das violações pelos órgãos nacionais dos direitos que lhes são conferidos pela CEDH (77). Sob pena de, com o seu comportamento omissivo, incorrerem autonomamente em infracção ao citado art. 13.º. Note-se que essa exigência apresenta coerência lógica com a exigência da exaustão, que perde sentido, como dissemos, se o Estado não oferecer aos seus cidadãos meios acessíveis, suficientes e adequados à reparação das infracções à CEDH.

18. Respeitados os limites e as excepções ao princípio da exaustão às quais nos referimos acima, a Comissão continua a ser exigente quanto ao respeito por aquele princípio, sempre com a flexibilidade necessária à sua adaptação a cada caso concreto (78).

Assim, ela não tem aceite como razões justificáveis para a dispensa da exaustão o estado de saúde grave do queixoso (79) ou a sua insuficiência económica (80) ou o erro sobre o conhecimento dos meios internos a exaurir (81) ou o facto de um agente administrativo ou um funcionário judicial terem prestado informações erradas sobre o princípio da exaustão (82) (83).

(77) V. mais uma vez, e por último, SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pg. 63.

(78) Paradigmática é a Deliberação 788/60, in *YB* n.º 4/170 (176).

(79) Deliberação n.º 2257/64, in *Collection of Decisions*, t. 27, pgs. 27 e segs.

(80) Deliberações 181/56, in *YB* 1/139 (141), e 2257/64, *cit.*.

(81) Deliberação 6840/74, in *DR* 10/5 (19).

(82) Deliberações 226/56, in *YB* 1/142 (143); 4340/69, in *YB* 14/352 (394); e 2257/64, in *YB* 11/180 (224).

(83) V. SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pgs. 60-61; e L. MIKAELSEN, *European Protection of Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 1980, pg. 122.

Pode-se mesmo dizer, vista em globo a actuação da Comissão nesta matéria, que ela, apesar de tudo, tem sido mais exigente quanto ao princípio da exaustão do que o sugere, como vimos, o Direito Internacional consuetudinário ⁽⁸⁴⁾ e do que o fazem outras instâncias internacionais ⁽⁸⁵⁾.

Quando ao Tribunal, ele tem seguido um caminho essencialmente idêntico ao da Comissão ⁽⁸⁶⁾.

Todavia, como bem notava há dez anos *A. Cançado Trindade* em dois artigos de revista ⁽⁸⁷⁾, e como mais recentemente escreve *Judith Schaupt-Haag* ⁽⁸⁸⁾, nos nossos dias a Comissão tem dado mostras de querer ainda mais suavizar a rigidez do princípio da exaustão, tal como ele se encontra definido no art. 26.º CEDH. Ou seja, a Comissão vai dando mostras de pretender alargar crescentemente a margem de flexibilidade com que tem encarado aquele princípio. Ela vai-se deixando convencer de que só assim estará a ser fiel ao espírito da Convenção, e que se resume em assegurar aos cidadãos dos Estados nela partes uma protecção efectiva (e não apenas platónica) dos seus direitos fundamentais, como meio importante de se alcançar uma união mais estreita entre os Estados europeus ⁽⁸⁹⁾. Para levar a Comissão a orien-

⁽⁸⁴⁾ SCHAUPP-HAAG, *op. cit.*, pg. 64; A.-M. NAY-CADOUX, *Les conditions de recevabilité des requêtes individuelles devant la Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Turim, 1966, pg. 98; contra, mas sem convencer, D. SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, diss., Lausana, 1979, pgs. 129 e segs.

⁽⁸⁵⁾ Assim, SCHAUPP-HAAG, *op. e loc. cit.*; e H. GURADZE, *op. cit.*, anotação 3 ao art. 26.º CEDH.

⁽⁸⁶⁾ Acs. de 6-11-80, caso *Guzzardi*, in *EGMR, Série A*, t. 39, pg. 26; 27-2-80, caso *Deweer*, *Série A*, t. 35, pgs. 17 e segs.; 10-11-69, caso *Stögmüller*, in *ECHR, Série A*, t. 9, pg. 42; e 16-7-71, caso *Ringeisen*, *cit.*

⁽⁸⁷⁾ *Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, in *GYIL* 1979, pgs. 380 e segs.; e *Exhaustion of Local Remedies in the «travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights*, in *RDI* 1980, pgs. 73 e segs.

⁽⁸⁸⁾ *Op. cit.*, pgs. 65 e 66 e segs., especialmente 85 e segs.

⁽⁸⁹⁾ DI SALVIA, *Esaurimento, cit.*, pg. 33; e MERAUVIGLIA, *op. cit.*, pg. 48.

tar a sua prática nessa direcção têm sido decisivos dois factores: primeiro, a remissão do art. 26.º para o Direito Internacional tem sido entendida como sendo para o Direito Internacional novo ou moderno ⁽⁹⁰⁾ e não para o que estava em vigor à data da Convenção, quatro décadas atrás ⁽⁹¹⁾; segundo, a actuação de moderna e arejada doutrina tem vindo a desmistificar a exaustão sempre que o queixoso não tenha ao seu alcance meios internos acessíveis, céleres, eficazes e adequados para reparar a violação aos direitos que a Convenção lhe atribui e para obter a correspondente indemnização ⁽⁹²⁾.

V — SUBSIDIARIEDADE E NÃO EXAUSTÃO

19. Do atrás exposto extrai-se a conclusão de que o princípio da exaustão dos meios internos, tal como se encontra consagrado no art. 26.º CEDH, continua a valer como princípio fundamental da Ordem Jurídica criada à sombra da CEDH. E só deixará de ser assim quando o sistema de garantia dos Direitos do Homem definido naquela Convenção se federalizar e quando, nesta conformidade, os cidadãos tiverem acesso directo e imediato a um Tribunal Europeu ou Internacional dos Direitos do Homem ⁽⁹³⁾. Esse dia, porém, ainda está longe, mesmo se a recente abertura dos Estados socialistas europeus ao ideal da salvaguarda dos direitos e das liberdades dos cidadãos nos permite augurar para durante esta década o alargamento da CEDH a novos Estados e o reforço dos mecanismos de protecção e de garantia que ela estabelece.

⁽⁹⁰⁾ FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pgs. 385 e segs.

⁽⁹¹⁾ Assim, MERAUIGLIA, *op. cit.*, pg. 53.

⁽⁹²⁾ V., por todas, as *op. cit.* de FROWEIN/PEUKERT, SCHAUPP-HAAG, GURADZE, VAN DIJK/VAN HOOF, COHEN-JONATHAN, SUDRE, DI SALVIA, e CANÇADO TRINDADE.

⁽⁹³⁾ Um dos contributos doutrinários mais significativos para essa evolução possível foi dado por K. WEIDMANN, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, Colónia, 1985.

Mas não é menos verdade que os muitos limites e as várias excepções que o princípio da exaustão sofre na Ordem Jurídica da CEDH nos obrigam a ver nele um princípio muito enfraquecido e de âmbito bastante restringido. Isso resulta sobretudo das novas concepções acerca do papel da soberania estadual no moderno Direito Internacional e também da necessidade sentida, pela doutrina, pela prática da Comissão e pela jurisprudência do Tribunal, de se dar cada vez maior eficácia, utilidade e celeridade ao sistema de garantia dos Direitos do Homem criado pela Convenção.

Por isso, falar-se hoje em «exaustão» é excessivo, tantos desvios aquele princípio sofre na sua aplicação prática e, por conseguinte, tantas são as portas abertas, na prática, ao cidadão para que exerça o direito de queixa individual do art. 25.º CEDH sem exaurir todos os meios internos abstractamente ao seu alcance. De facto, a filosofia que rege hoje as relações entre os meios internos e os mecanismos da Convenção é muito menos a da exaustão dos meios internos do que a da subsidiariedade dos meios criados pela Convenção. Isto é, faz hoje pouco sentido falar-se em exaustão dos meios internos quando este princípio, embora continue a vigorar, apresenta tantos limites e tantas excepções; ao contrário, é hoje mais rigoroso falar-se na subsidiariedade dos meios da Convenção em relação aos meios internos, para se dizer com isso que o indivíduo terá acesso àqueles sempre que estes não estiverem aptos a realizar de modo eficiente e eficaz a função de reparar a violação da CEDH e os seus efeitos. Estamos assim perante uma concretização do pensamento defendido já há trinta anos pelo grande Mestre que foi *Georg Dahm*, e ao qual já nos referimos atrás, segundo o qual a protecção internacional dos Direitos do Homem deve primordialmente ser vista como subsidiária em relação à protecção estadual ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁴⁾ *Op. e loc. cit.*

VI — O PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

20. Depois de havermos estudado o princípio da exaustão em termos abstractos, para o efeito de interpretarmos a primeira parte do art. 26.º CEDH, iremos agora aplicar as nossas anteriores reflexões ao caso português. Por outras palavras, vamos ver como é que o princípio da exaustão, assim como se encontra definido naquele preceito, deve ser respeitado na Ordem Jurídica portuguesa.

O sistema português de garantia dos direitos e das liberdades dos cidadãos é um sistema complexo, pesado e imperfeito. Complexo e pesado porque, sobretudo por confronto com os mais evoluídos sistemas estrangeiros — por exemplo, com os sistemas alemão, austríaco e britânico —, se compõe de muitos e díspares meios graciosos e contenciosos, gerais e especiais, ordinários e extraordinários, principais e acessórios, ainda por cima sujeitos a diferentes regimes substantivos e processuais, o que complica imenso a vida ao cidadão. Imperfeito, por duas razões: porque os meios graciosos e contenciosos funcionam lentamente, o que origina grandes atrasos na protecção dos direitos e das liberdades e diminui a sua utilidade e a sua eficácia; e porque o cidadão português não dispõe dos meios mais eficazes que o Direito Comparado coloca ao dispor do indivíduo para a defesa dos seus direitos e das suas liberdades, designadamente, a queixa constitucional.

Estas deficiências e estas limitações, estruturais e conjunturais, do sistema português de garantia dos direitos e das liberdades, não podem deixar de ser levadas em conta quando aplicamos o princípio da exaustão à Ordem Jurídica portuguesa. De facto, um dos princípios fundamentais que regem a interpretação e a aplicação da CEDH é, como já dissemos, o da igualdade de tratamento dos cidadãos de todos os Estados partes na Convenção. Para que a Convenção seja respeitada quando assegura aos cidadãos dos Estados membros o direito à não discriminação ou à igualdade é necessário que ela, tanto na sua letra como no seu espírito, comece por não discriminar e por, na sua aplicação, tratar de modo igual todos os cidadãos dos vários Estados mem-

bros ⁽⁹⁵⁾. Ora, se o princípio da exaustão fosse interpretado com igual grau de rigidez em relação a um Estado que possui um complexo, pesado, lento e imperfeito sistema de garantia dos direitos e das liberdades dos cidadãos e em relação a um Estado que possui um simples, eficiente e célere sistema congénere (recordemos que na Alemanha Federal e na Áustria, em regra, uma acção cível ou um recurso administrativo podem vir a ser julgados de fundo numa instância poucos meses apenas depois de terem dado entrada no respectivo tribunal), estar-se-ia a desfavorecer, na aplicação da Convenção, o cidadão do primeiro Estado, o que, repete-se, infringiria a letra e o espírito da Convenção.

Por isso, os órgãos da Convenção, ao verificarem do respeito por um cidadão português da regra da exaustão antes de ele lançar mão da queixa individual prevista no art. 25.º, não poderão deixar de levar em conta a situação *concreta* do sistema de garantia dos direitos e das liberdades na Ordem Jurídica portuguesa. Afinal, trata-se de mais uma manifestação dum princípio elementar que preside à interpretação e à aplicação da regra da exaustão, e ao qual já nos referimos repetidamente atrás: o de que só em função das circunstâncias *de cada caso concreto* se pode dizer quais são, *nesse caso*, as exigências do princípio da exaustão e se, especificamente, ele foi ou não aí respeitado. Tem sido esse, aliás, o entendimento constante tanto da Comissão como do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como mostrámos acima.

Nada disso, porém, impede que, em abstracto, nos debruçemos sobre as hipóteses e as condições do respeito pelo princípio da exaustão na Ordem Jurídica portuguesa.

21. No caso de o acto que infringe a Convenção ser uma norma legislativa (quer na forma quer no conteúdo), ao cidadão caberá, como solução *normal*, aguardar pelo acto administrativo definitivo e executório que a aplique a ele. E, nessa hipótese, a exaustão dos meios internos considerar-se-á respeitada se o cida-

⁽⁹⁵⁾ FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, pgs. 305 e segs.

dão esgotar os meios contenciosos ordinários que lhe são facultados para a impugnação de um acto administrativo com os atributos da definitividade e da executoriedade e atendendo ao tipo concreto do acto em questão.

Mas vamos supor que o acto administrativo não surge, ou que não é preciso que surja para atingir ou comprometer os direitos do cidadão porque a norma legislativa já define a situação jurídica dos particulares em face do poder político na matéria concreta em causa: por exemplo, o acto legislativo que fixa os valores de indemnizações por nacionalizações ou expropriações. No caso de o interessado pretender suscitar a questão da inconstitucionalidade da norma e se em Portugal ao cidadão fosse facultado uma garantia do tipo da queixa constitucional ele teria de lançar mão desse meio para que ficasse respeitada a regra da exaustão. Mas, infelizmente, o nosso legislador constituinte tem manifestado aversão a tal tipo de garantia. Por isso, entendemos que nesse caso o cidadão pode propor imediatamente a queixa prevista no art. 25.º CEDH devendo considerar-se que observou a regra da exaustão.

De facto, não se poderá opor ao nosso raciocínio o argumento de o cidadão poder, como dissemos, solicitar ao Provedor de Justiça que requeira ao Tribunal Constitucional a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade, se esse for o caso, dos preceitos que infringem o direito reconhecido ao interessado pela CEDH (incluindo os seus Protocolos Adicionais, que fazem parte integrante da Convenção). E isso é assim porque falta a esse meio a característica da acessibilidade, que atrás exigimos para os meios a exaurir, porque lhe falta a certeza, dado que o Provedor de Justiça não é obrigado a atender à solicitação do interessado e pode, discricionariamente, recusar-se a requerer a declaração de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Estamos, pois, perante um meio incerto e, portanto, não acessível, com segurança, ao interessado.

Aliás, se é verdade que o acesso do cidadão aos tribunais constitucionais é considerado, quer na prática da Comissão quer na jurisprudência do Tribunal, um meio teoricamente a exaurir, não o é quando esse acesso não se encontra na total disponibili-

dade do interessado, como acontece na situação de que estamos a tratar ⁽⁹⁶⁾.

22. Também o acesso ao Provedor de Justiça, sejam quais forem a forma que venha a revestir a petição e o objecto desta, não é um meio de exaustão obrigatório em Portugal. Dos requisitos atrás apontados à exaustão faltam a esse meio as características da adequação e da eficácia. De facto, do Provedor de Justiça o cidadão não pode em Portugal esperar a remoção da Ordem Jurídica do acto que viola um seu direito reconhecido pela CEDH pela simples razão de que o Provedor de Justiça não dispõe entre nós de competência para o efeito.

23. Suponhamos agora que o interessado pede ao Provedor de Justiça que requeira ao Tribunal Constitucional a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma legislativa que atinge os seus direitos, quando, como vimos, em nosso entender não tinha que o fazer para se poder queixar à Comissão. E imaginemos também que o Tribunal Constitucional decide no sentido de não se pronunciar pela inconstitucionalidade das disposições legislativas em causa, subsistindo, portanto, a infracção daquelas disposições à Convenção. Pergunta-se: vale o acórdão do Tribunal Constitucional como «decisão (...) definitiva» para os efeitos da contagem do prazo da queixa, nos termos da parte final do art. 26.º CEDH? Respondemos pela negativa. Se o requerimento do Provedor ao Tribunal Constitucional não era um meio de exaustão obrigatório — pelas razões acima expostas — parece-nos curial que o acórdão obtido daquele Tribunal não pode ser considerado decisão «definitiva» para os efeitos daquele preceito da Convenção. Isto quer dizer que, num caso destes, estamos perante uma infracção contínua à Convenção, não havendo, por isso, prazo para a apresentação da queixa.

⁽⁹⁶⁾ FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, anotações 17-20 ao art. 26.º. V. também *supra*, n.º 13.

24. Mas imaginemos agora que o acto que infringe a CEDH não é um acto legislativo mas, sim, um acto administrativo. Se esse acto não for definitivo e executório não restam dúvidas de que o princípio da exaustão imporá, para começar, que o interessado obtivesse, através das vias gratuitas de impugnação, o acesso ao contencioso administrativo, nos termos em que essa matéria se encontrasse disciplinada no respectivo Direito interno.

No caso de o acto que infringe a CEDH ser um acto administrativo definitivo e executório, então a regra da exaustão impõe que se esgotem os recursos ordinários adequados à obtenção da anulação (ou declaração da nulidade ou da inexistência jurídica) do acto e para o que em Portugal, como é sabido, nem sempre se facultam três instâncias ao recorrente.

Não há que exaurir, em nossa opinião, os recursos extraordinários, exactamente porque não são essenciais — e já vimos que os meios não essenciais não se encontram abrangidos pela regra da exaustão.

Também não nos parece de exigir, e pela mesma razão, que se esgotem os chamados meios acessórios.

Mas se, esgotada a última instância dos tribunais administrativos, subsistir a questão da inconstitucionalidade da norma à sombra da qual foi praticado o acto que infringe a Convenção, nesse caso a exaustão impõe que, como se encontra regulado pelo Direito interno português, se «recorra» (entre aspas, porque não se trata de um recurso em sentido próprio) para o Tribunal Constitucional.

Uma questão que se pode colocar especialmente quanto a um acto administrativo definitivo e executório que viole o direito à propriedade privada assegurado no art. 1.º do 1.º Protocolo Adicional à CEDH (por exemplo, um acto de expropriação, melhor dito, de declaração de utilidade pública para expropriação) é a de saber se, para que a queixa individual seja admitida pela Comissão, o interessado deverá lançar previamente mão de uma acção de declaração da propriedade. Respondemos, sem hesitar, pela negativa. De facto, essa acção é inadequada para se obter o resultado pretendido pelo expropriado e que é o da anulação do concreto acto administrativo da declaração de utilidade pública, anulação essa que apenas se pode obter através de um recurso

contencioso de anulação — e nunca por intermédio de uma acção declarativa da propriedade. E já mostrámos atrás que um dos requisitos dos meios a exaurir consiste na sua adequação ao resultado pretendido, resultado esse que, por sua vez, se traduz na remoção, da Ordem Jurídica, da violação da Convenção e dos seus efeitos.

25. Uma outra hipótese a considerar aqui consiste em se averiguar se também se deverá exaurir a acção por responsabilidade civil extracontratual contra a pessoa colectiva pública a que pertence o órgão ou agente autor da infracção à CEDH.

Mais uma vez, a nossa resposta é negativa. Também este meio não é adequado à remoção da violação do direito do interessado, e portanto não tem de ser exaurido como condição de admissão da queixa prevista no art. 25.º CEDH. De facto, bem vistas as coisas, aquela acção permitirá ao interessado obter uma indemnização pelos prejuízos resultantes da violação; mas não lhe vai remover da Ordem Jurídica a própria violação, seja qual for a forma que esta tenha assumido. Mais uma vez é a falta de adequação e de idoneidade, a ineficácia dum meio para permitir ao interessado obter a remoção da violação da Convenção que vão justificar a dispensa da sua exaustão. Sem prejuízo do que adiante acrescentaremos a isto.

26. Debrucemo-nos agora sobre a hipótese que, infelizmente, mais vezes dispensará em Portugal a exaustão dos meios internos. Estamos a pensar no atraso da justiça. A remoção da violação e dos seus efeitos exige que, quando o lesado lançou mão de um meio contencioso, a sentença do tribunal transite em julgado a tempo de produzir plenamente aquela consequência, portanto, a tempo de ser útil e eficaz. Como é óbvio, a Convenção não fixa qualquer prazo máximo para a duração do processo, já que ele variará conforme os casos; ela limita-se a exigir, no art. 6.º, que o processo seja julgado «num prazo razoável». Saber-se quando é que o prazo deixou de ser razoável é algo que só se poderá decidir em cada caso concreto. Mas seguramente não é razoável, para a decisão de um processo judicial, um prazo da ordem dos 3 ou 4 anos numa mesma instância ou dos 7 ou

8 anos nas três instâncias, sobretudo se o exame do caso concreto nos mostrar que esse prazo podia ter sido encurtado, se não muito encurtado, ou devido à simplicidade do pleito, ou por um comportamento mais diligente do Tribunal ⁽⁹⁷⁾, ou por uma mulher cooperação da Administração com a Justiça ⁽⁹⁸⁾, ou, em geral, por um melhor funcionamento do sistema judiciário. Nessas circunstâncias o interessado não é obrigado, sem qualquer dúvida, a esperar pelo termo do processo ou pelo proferimento duma sentença com trânsito em julgado, podendo antes disso lançar mão da queixa individual do art. 25.º CEDH. Mais: o atraso do processo, nos termos referidos, dá lugar a duas infracções autónomas à Convenção, como atrás mostrámos, resultantes da violação dos arts. 6.º n.º 1 e 13.º CEDH. É essa, aliás, a prática da Comissão, secundada pela jurisprudência do Tribunal ⁽⁹⁹⁾.

27. Para terminar, concentremo-nos sobre duas situações curiosas que podem levar à dispensa da exaustão dos meios internos em Portugal.

⁽⁹⁷⁾ Temos, para este efeito, exemplos de comportamento menos diligente da parte do Tribunal quando este se entretém em formalidades repetitivas ou, de algum modo, inúteis; quando não observa os prazos processuais ainda que, como vimos pela prática da Comissão, por «excesso de serviço»; quando não toma a iniciativa de promover o andamento, tão rápido quanto possível, do processo rumo ao seu julgamento.

⁽⁹⁸⁾ Por exemplo, há manifestamente incumprimento do dever de a Administração cooperar com a Justiça quando ela, sem justificação precedente, não remete atempadamente aos tribunais administrativos, em processo contencioso, o processo instrutor e demais elementos solicitados pelo Tribunal. A situação agrava-se quando esse incumprimento é reiterado ou quando o Tribunal não faz atempadamente uso, podendo fazê-lo, da faculdade que lhe é conferida pelo art. 11.º *maxime* n.º 2 da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho. Temos também violação do dever de a Administração cooperar com a Justiça quando, por exemplo, a P.S.P. ou a G.N.R. instróem mal, por pura negligência, simples autos de acidentes de viação, o que vai gerar sensíveis atrasos no julgamento dos respectivos processos por causa da deficiência na sua instrução. Em casos deste género não só fica dispensada a exaustão, nas condições descritas no texto, como também, e conforme as circunstâncias do caso, estamos perante infracções, porventura até infracções *agravadas*, dos arts. 6.º n.º 1 e 13.º da Convenção.

⁽⁹⁹⁾ Por todos, FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, anotações aos arts. 6.º n.º 1 e 13.º

No quadro da remissão do art. 26.º CEDH para os princípios do Direito Internacional dissemos atrás que este consente no desrespeito da exaustão sempre que os tribunais superiores do Estado em causa tiverem uma jurisprudência constante contrária à pretensão do cidadão lesado. Ora, tomemos como exemplo as indemnizações devidas por expropriações por utilidade pública. É um facto notório, bem conhecido quer da doutrina quer dos práticos do Direito e comentado depreciativamente em manuais e artigos da especialidade, que, de um modo geral, os nossos tribunais comuns, de qualquer instância, possuem tradicionalmente uma jurisprudência restritiva, nalguns casos fortemente restritiva, em matéria de fixação de indemnizações a arbitrar por expropriações. Neste caso, as imposições mais elementares dum Estado de Direito, e concretamente a exigência constitucional de que a cada expropriação caiba uma «justa indemnização» (art. 62.º n.º 2 da Constituição), têm vindo a ser letra morta para a generalidade dos nossos tribunais comuns. Daí que sejamos da opinião que, enquanto esta constância se mantiver na nossa jurisprudência, e, segundo as exigências do referido princípio de Direito Internacional, particularmente na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, o indivíduo que se sinta lesado no seu direito a uma justa indemnização, que lhe é conferido pelo art. 1.º do 1.º Protocolo Adicional à CEDH ⁽¹⁰⁰⁾, pode queixar-se de imediato à Comissão, sem exaurir meios internos, que se sabe à partida que são ineficazes e insuficientes para se alcançar o resultado pretendido.

Esta é a primeira das duas situações que tínhamos em vista. Pensemos agora na segunda, que não anda, aliás, longe dela.

Explicámos atrás por que é que entendemos que a acção de responsabilidade civil extra-contratual contra a pessoa colectiva pública a que pertence o órgão ou agente autor da infracção ao direito reconhecido ao interessado pela Convenção não constitui um meio a exaurir no nosso Direito. Agora diremos que, mesmo que em abstracto se pense que aquela acção deve ficar abrangida

⁽¹⁰⁰⁾ Assim, e por todos, FROWEIN/PEUKERT, *op. cit.*, especialmente as anotações 48 e 49 ao preceito em causa.

pelo princípio da exaustão, ela terá, na mesma, que representar uma excepção à exaustão e por um motivo diferente.

De facto, sabe-se que os nossos tribunais aceitam com muita relutância o princípio da responsabilidade extra-contratual da Administração e que, mesmo quando o aceitam, por sistema arbitram nesse caso ao lesado uma indemnização que fica muito longe da reparação compensatória dos prejuízos que a indemnização deve proporcionar. Não obstante possuímos na nossa Constituição um preceito largamente generoso na matéria — o art. 22.º —, os nossos tribunais têm tido alguma dificuldade em aceitar que o princípio da responsabilidade da Administração mais não é do que um corolário do próprio princípio da subordinação da Administração à lei. Basta ler as colectâneas de jurisprudência para facilmente nos apercebermos desse comportamento dos nossos tribunais.

Ora, se o lesado conseguir demonstrar que a acção de responsabilidade extra-contratual da Administração é inadequada à reparação dos prejuízos por si sofridos porque existe nos tribunais uma jurisprudência constante que é contrária à obtenção por essa via de uma indemnização *justa*, ele não terá, também por esta razão, que esgotar aquela acção e poderá socorrer-se directamente da queixa individual prevista na Convenção.

28. O exame que acabámos de levar a cabo da aplicação do princípio da exaustão à Ordem Jurídica portuguesa confirmou as grandes conclusões a que chegámos nas páginas anteriores deste trabalho. Ou seja, essa aplicação está dependente das características específicas de cada Ordem Jurídica nacional; dentro desta, encontra-se condicionada pela concreta adequação e eficácia dos meios internos para facultarem ao lesado a remoção da violação à Convenção e dos seus efeitos; e, sobretudo, está limitada pelas circunstâncias peculiares de cada caso concreto. O que quer dizer — repetimo-lo uma vez mais — que, não obstante o princípio da exaustão dos meios internos se traduzir num princípio fundamental do sistema jurídico criado pela CEDH para a salvaguarda dos direitos e das liberdades dos cidadãos, só perante o condicionalismo de cada caso concreto é que se poderá dizer se efectivamente há meios internos a exaurir e quais eles são —

mesmo que em teoria e em abstracto os haja. Desta forma não se está a desrespeitar a Convenção; pelo contrário, está-se, sim, a cumprir escrupulosamente o seu espírito, que manda assegurar uma rápida, útil e eficaz garantia aos direitos e às liberdades que ela na sua letra reconhece aos cidadãos dos Estados outorgantes, garantia essa que tantas vezes imporá que o lesado lance mão da queixa individual do art. 25.º CEDH sem previamente esgotar os meios jurídicos internos que teoricamente se encontram ao seu dispor.

Lisboa, 10 de Março de 1990.