

---

**ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM NA  
CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS: TOMO I**

***ACCESS TO JUSTICE: MEDIATION AND ARBITRATION IN THE  
EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: PART I***

**PAULO DE BRITO**

Professor Associado da Faculdade de Direito e Ciência Política e Diretor do Instituto de Investigação Jurídica (I2J) da Universidade Lusófona do Porto.

**RESUMO**

**Objetivos:** o artigo busca contribuir para a discussão sobre se formas alternativas de resolução extrajudicial de conflitos, designadamente a arbitragem e a mediação pré-processual obrigatória poderão colocar em causa o direito de acesso à justiça previsto no artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

**Metodologia:** a pesquisa centra-se na análise e estudo da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), nas suas implicações com a problemática da mediação pré-processual obrigatória.

**Resultados:** a arbitragem e a mediação pré-processual obrigatória, consagradas em alguns ordenamentos jurídicos, são compatíveis com o direito de acesso à justiça previsto no artigo 6.º, da CEDH.

**Contribuições:** O artigo apresenta uma conceptualização importante numa altura em que se discute no âmbito da CEPEJ (Commission Européenne pour l'efficacité de la justice) do Conselho da Europa, a possibilidade de uma Convenção sobre mediação apresentando esta um carácter pré-processual obrigatório.

**Palavras-chave:** Direito de acesso à justiça. Estado de Direito. Mediação pré-processual obrigatória. Arbitragem



---

## ABSTRACT

**Objective:** This paper aims to discuss whether arbitration and mandatory mediation are compatible with the right of access to a court within the framework of article 6 of the European Convention on Human Rights.

**Methodology:** The research focuses on the study of case law within the ambit of the European Court on Human Rights (ECHR).

**Results:** The arbitration and mandatory mediation are compatible with the right of access to a court within the framework of article 6 of the European Convention on Human Rights.

**Contributions:** This paper sets up an important theoretical framework at this particular moment in time when the possibility of a Convention about mandatory mediation is under discussion in the Council of Europe.

**Keywords:** Right of access to a court. Rule of law. Mandatory mediation. Arbitration

## 1 INTRODUÇÃO

Até mesmo em condições diferenciadas de tempo e lugar em que se manifesta e em que é interpretada, a noção de justiça remete sempre para o conceito de valor, para a composição das relações humanas em sociedade, orientada por uma ideia que vai já para além da mera expressão bruta da força (seja esta a da parte privada que remove os obstáculos que o vizinho lhe levanta, seja a força do senhor da guerra que impõe a sua lei aos conquistados) e procura uma ordem virtuosa de relação entre os sujeitos que permita o pleno desenvolvimento da pessoa no seio da comunidade. Almeja, portanto, uma ordem de paz. Uma paz que se consubstancie em algo mais do que a simples ausência de guerra e se afirme positivamente como geradora do indispensável contexto de segurança e estabilidade indispensáveis ao desenvolvimento e realização máxima da personalidade<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf., neste sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2018, p. 9, in [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf), website acedido em 2020-04-30: *“la idea de paz va más allá del (...) sentido negativo para adquirir una dimensión positiva, que reclama estabilidad real en las sociedades de referencia y que alumbra también la idea de seguridad humana, además de no limitarse a la lógica estatal. No cabe duda de que el concepto de*



---

A paz é, pois, a condição da segurança que constitui a base da confiança nas relações humanas e que, precisamente, com a justiça, funda a ordem do Direito, entendida esta como o sistema de regulação social que supera o primitivo modelo da vingança privada e da lei do mais forte, e institucionaliza a regulação pacífica dos conflitos por referência a valores e não à força.

Note-se, contudo: indo para além da força, a justiça – quando institucionalizada e erigida em fim último do Direito – não renuncia à força. Submete, regula e controla o uso da força, orientando-a à prossecução da ordem que visa promover: a ordem justa. A força é um mero instrumento ao serviço dessa ordem. Como fim em si mesmo, como expressão pura e incondicionada de afirmação de uma vontade – ainda que da vontade geral – a força é, antes e apenas, a manifestação da ordem injusta. E a ordem injusta tem de ser removida.<sup>2</sup>

É deste modo que todas as sociedades que superaram a fase primitiva de vingança e de organização privadas da justiça tiveram de instituir órgãos e mecanismos reguladores da justiça – tribunais, polícias, órgãos de investigação criminal, sistemas formais de acusação e defesa – garantindo, do mesmo passo, o acesso à tutela jurídica dos direitos de cada um, por essa via dispensada.

A instituição de um sistema judiciário dotado dos meios necessários para ditar e fazer cumprir a ordem de valores que uma comunidade faz erigir como «justa», declarando com força obrigatória geral o direito de cada um (*suum cuique tribuere*) e que a que todos possam aceder é, com efeito, o complemento indispensável das ideias de justiça e de paz.

Proibida a justiça privada, tem a comunidade de assegurar a cada cidadão, incluindo aos mais fracos (“aos órfãos e às viúvas”, no imaginário medieval) o acesso

---

*paz ha sufrido una profunda evolución que permite acercarlo, como apunta Rojas Aravena, al desarrollo”.*

<sup>2</sup> Cf. RAWLS, 1999, p. 3: “...laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many.”



à justiça, não os deixando simplesmente sujeitos e subjugados à vontade e ao poder dos mais fortes.<sup>3</sup>

É neste sentido, por exemplo, que o artigo 1.º do Código de Processo Civil português, afirmando que “*A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei*”, só ganha sentido quando integrado pelo artigo 2.º, número 2, do mesmo diploma legal: “*A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação*”.<sup>4</sup> Mas é necessário ir ainda mais longe. É necessário que ao titular do direito a que corresponde uma acção seja efectivamente assegurado o poder de facto de intentar essa acção e de a ver apreciada por um tribunal que proclame com força obrigatória geral aquele direito.

Neste ponto, chegamos ao problema central pressuposto no presente trabalho: o problema do acesso à justiça.

---

<sup>3</sup> Tratamos do problema do ponto de vista do Direito estadual interno. Não vai o objecto do presente estudo além dessa dimensão. A questão comporta, todavia, uma dimensão internacional não menos relevante. Não só não devem as relações entre os indivíduos assentar na pura força, como o não devem também as relações entre Estados. Ainda que carecida dos meios de coacção de que habitualmente dispõem os Estados, ainda que limitada ao recurso à *soft law* e às normas imperfeitas sem sanção, a ordem internacional não está, por isso, menos submetida ao Direito do que a ordem interna, e não é, por vezes, menos legítimo o uso da força nas relações entre Estados do que nas relações entre indivíduos. Sobre o tema, cf. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2018).

<sup>4</sup> Saliente-se que as aparentes excepções contidas naqueles preceitos legais não o são verdadeiramente. Com efeito, os casos em que o Direito português consente o recurso à força, para a tutela privada dos direitos, são os de “acção directa” (artigo 336.º do Código Civil português), “legítima defesa” (artigo 337.º) e “estado de necessidade” (artigo 339.º), situações, todas elas, justificadas pela urgência e pela impossibilidade de garantir em tempo útil o apelo às vias institucionalizadas de hétéro-realização da justiça. Não se trata, contudo, de autênticos casos de justiça privada. É que compete sempre às instituições judiciárias estaduais a verificação e o controle dos pressupostos do recurso àqueles meios de tutela privada dos direitos, fiscalizando e controlando os respectivos pressupostos e reprimindo eventuais abusos. A única diferença é que essa verificação e controle são realizados *a posteriori*, após a actuação tutelar privada, sem prévia legitimação dessa actuação. Não estamos, porém, no domínio do não jurídico ou da indiferença do sistema público de justiça perante a justiça privada. De modo semelhante, as excepções referidas no artigo 2.º, número 2, do Código de Processo Civil português, em que a um direito não corresponde a garantia de uma acção que o permita fazer valer em tribunal, não o são em sentido próprio. Correspondem aos casos em que ao direito subjectivo corresponde uma obrigação natural (artigo 402.º do Código Civil português) que o próprio sistema axiológico instituído pela ordem jurídica quis desvalorizar, reconhecendo a sua natureza de direito legítimo, mas atenuado e não judicialmente exigível.



---

Não há “justiça justa” sem acesso à justiça. Com efeito, para haver uma ordem conforme ao Direito e aos seus fins, não basta que um Estado possua leis justas. É necessário, adicionalmente, que garanta a aplicação dessas leis. E isso só se alcança garantindo a todos, sem discriminações, o acesso a tribunais que apliquem aquelas leis de forma imparcial e independente.

As leis justas fazem a ordem justa, mas só um verdadeiro e garantido direito de acesso à justiça permite alcançar uma sociedade de onde seja definitivamente afastada a “severidade das injustiças manifestas”, como propugna Amartya Sen (RODRIGUES, 2013, p.105).

Quais os pressupostos materiais e formais de uma verdadeira garantia de acesso dos cidadãos à justiça?

É em torno desta pergunta que se organiza hoje o essencial do discurso da justiça aplicada. Pela dimensão ingente implicada na resposta a tal questão, não cabe a mesma num trabalho com a natureza do que aqui apresentamos. Centrar-nos-emos, por isso, num aspecto muito específico e parcial, envolvido naquela interrogação: em que medida formas alternativas de resolução extrajudicial de conflitos, designadamente a mediação (em particular, a mediação obrigatória) e a arbitragem constituem ou podem constituir modelos perversos de regresso a sistemas de justiça privada negadores de um verdadeiro e fundamental direito de acesso à justiça?

É claro que mesmo o tratamento limitado desta questão restrita não dispensa o seu enquadramento no problema mais vasto em que se enquadra. É, pois, pela tematização e contextualização do direito fundamental de acesso à justiça que começaremos, ainda que apenas de um modo muito liminar e sucinto, restrito aos aspectos essenciais para a compreensão da problemática nele postulada.



---

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÃO DO PROBLEMA

### 2.1 PRELIMINARES

Como referimos já, para termos uma sociedade justa, não basta termos normas justas. Temos igualmente de dispor de tribunais ou, de um modo mais amplo, de um sistema judiciário global que aplique aquelas normas e – *last but not least* – dos meios de facto e de Direito adequados a garantir o efectivo acesso à tutela dispensada por esse sistema a todo e qualquer cidadão que reclame a titularidade de um direito subjectivo.

É o carácter imperativo da necessidade desta garantia (sem a qual toda a construção do sistema legislativo e judicial, isto é, toda a construção da ordem jurídica de uma comunidade, será vazia) que coloca qualquer Estado que se pretenda um Estado de Direito na situação de sujeição face ao cidadão, não podendo negar-lhe ou restringir-lhe desnecessariamente, o direito de acesso à justiça. É esta situação de sujeição que configura o direito de acesso à justiça como um direito fundamental potestativo<sup>5</sup>, insusceptível de renúncia ou negociação.

Assim primordialmente instituída, assume-se a garantia de acesso ao Direito como um direito fundamental de duplo grau: constitui-se ela própria, num primeiro momento, como um direito fundamental ao lado dos outros que – desde a «Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão», de 1789, passando pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 - foram sendo sucessivamente consagrados<sup>6</sup>; erige-se, em segundo grau, como o direito fundamental que tem por escopo assegurar a tutela efectiva *hic et nunc* de todos os outros direitos contemporâneos.

---

<sup>5</sup> Neste sentido, Cf. VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 171.

<sup>6</sup> Cf. GOMES CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 408: «O **direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva** (...) é, ele mesmo um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível de protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito.»



---

Em boa verdade, a garantia de acesso ao Direito é o corolário natural da ideia de proibição da justiça privada<sup>7</sup> que, ao nível da lei ordinária, encontra expressão nos já referidos artigos 1.º e 2.º do Código de Processo Civil português e o postulado necessário dessa mesma proibição.

Nesta medida, a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional é uma exigência lógica, decorrente da ideia de «contrato social», tal como ela foi desenvolvida pelos filósofos pós-Renascimento, em particular pelos filósofos das Luzes, como marca primeira do fim do tempo dos antigos e da instituição da modernidade.

A questão dos direitos fundamentais, como hoje a entendemos, remonta, com efeito, aos finais da Idade Média, com o triunfo, especialmente a partir de Ockham, das concepções epistemológicas do nominalismo.

Se para o pensamento clássico e cristão medieval os direitos do indivíduo se fundavam numa idêntica natureza comum de toda a humanidade, numa partilha da mesma natureza humana (o arquétipo do homem no mundo das ideias de Platão; o homem criado à imagem e semelhança de Deus no pensamento judaico-cristão), o pensamento nominalista vai destruir uma tal concepção e ver-se na necessidade de reconstruir todo o edifício dos direitos individuais.

Para o nominalismo, nada que corresponda a uma natureza humana universal tem existência real fora do pensamento. A realidade é a realidade dos homens concretos, dos indivíduos isolados e distintos, não do ser humano, categoria universal, carecida de existência extra-mental.

As consequências desta concepção na pré-compreensão epistemológica do fenómeno jurídico são óbvias: negada a realidade da humanidade, negada a realidade de uma natureza humana, negada fica a existência de um direito natural inerente a essa humanidade, de um direito comum a todos os homens, anterior e superior aos homens. Nas palavras de Diogo Leite de Campos «a lei deixa de ser vista como uma expressão da ordem descoberta na Natureza, para se transformar na expressão da

---

<sup>7</sup> Sem prejuízo da subsistência dos casos excepcionais de autotutela. Cf. supra, nota 4.



---

vontade do legislador. E o Direito já não [é] uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autónomo do indivíduo.» (LEITE CAMPOS, 1991, p.149).

Nominalismo, logo positivismo e voluntarismo. Ainda nas palavras de Leite de Campos «[n]ão havendo mais que o ser (individual), ao qual o Direito tem de estar necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito» (LEITE CAMPOS, 1991, p.149). De um Direito que, por ser produto humano, é contingente e discutível; não a expressão de relações justas, mas a expressão da vontade e do poder.

Neste quadro, a reconstrução do edifício jurídico imposta pela nova concepção dominante vai correr sempre à beira do abismo, sempre a exigir a vigilância atenta do jurista que, a cada passo, corre o risco de ver funcionalizado o Direito que lhe cumpre defender, não ao serviço da justiça, mas ao serviço do poder dominante.

No plano do Direito comum, a resposta vai ser dada precisamente com os direitos fundamentais, direitos do indivíduo enquanto concreto indivíduo particular, não direitos inerentes a uma natureza humana universal, essa, irremediável e definitivamente perdida.

No plano político, destruída a humanidade que assegurava a possibilidade e coesão da vida em sociedade, a reconstrução vai dar-se a partir das doutrinas do contrato social, um contrato entre indivíduos livres, isolados e iguais que aceitavam abdicar de parte da sua liberdade a favor da possibilidade de vida em sociedade. Ora aceitavam também – e é o ponto que aqui e agora nos importa – alienar a favor da comunidade, constituída em Estado, o poder de assegurar o próprio Direito, contra a garantia de que ele, Estado, zelaria por essa tutela, criando e mantendo instituições independentes, imparciais, eficazes e dotadas de poder para o efeito: os tribunais.

Perdida aquela humanidade natural, destruído o que era anterior e superior aos indivíduos, o que sobra pode ser a expressão voluntarista da pura força. O intento nobre da consagração de direitos fundamentais do homem, enquanto indivíduo e enquanto pessoa, pode degenerar na doença jurídica dos nossos dias dos direitos de personalidade individualistas.



---

O meu direito individual à vida ou à felicidade e, eventualmente, o teu direito à felicidade correm o risco sério de se verem interpretados como o meu direito individualista à felicidade ou o teu direito individualista à felicidade, entidades jurídicas que não têm outra realidade que não a de serem afirmações concretas do meu e do teu direito, expressões puras da minha e da tua força, sem nada em comum, anterior e superior que as justifique e legitime.

O meu direito é intrinsecamente individual, concreto e único. Assim sendo, a sua realidade poderá passar apenas pela sua afirmação. E a sua afirmação poderá passar apenas pelo poder de o impor. Desaparecida a referência ao universal, ao comum, ao semelhante e, naturalmente, à justiça, o Direito pode passar a ser expressão pura da força e da vontade. O nominalismo anda de braço dado com o voluntarismo e, como salienta outra vez Leite de Campos, «os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm [podem ter, diremos nós, mais optimistas] a sua *natureza* adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os outros.» (LEITE DE CAMPOS, 1993, p.61).

É também por isto que a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva é, para além de direito fundamental, em si mesma, uma garantia de segundo grau, uma meta-garantia de que os outros direitos subjectivos serão, também eles – ao serem objecto de apreciação, em última instância, por entidades independentes e imparciais – assegurados de modo uniforme e supra-partes, em nome da justiça e não do simples poder individual e da força de quem faz e afirma o próprio direito.<sup>8</sup>

E é também por isto que o direito fundamental de acesso à justiça – consagrado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 em termos que analisaremos sumariamente, em breve – constitui, ele próprio, para além de um direito potestativo, um limite material de revisão constitucional. Um poder constituinte que o procurasse eliminar seria um poder ilegítimo; e a norma que o

---

<sup>8</sup> Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, 1989, p. 142: «o juiz desempenha a sua função de representação do todo quando decide com justiça, pois *decidir com justiça* coincidirá exactamente com *decidir em representação do todo, sem parcialidade nem partidarismo.*»



---

eliminasse – por, na prática, repor a ordem primitiva da força contra a ordem axiológica da paz e da justiça - uma norma constitucional inconstitucional, para usar a expressão consagrada de Otto Bachof.

Na verdade, alguém que pretendesse proclamar as regras constitutivas de uma ordem justa, negando simultaneamente a possibilidade de acesso pleno à tutela efectiva conferida por tais normas, estaria a violar o princípio da não contradição e o princípio da comunicação com sentido, princípios fundadores da própria possibilidade de vida em sociedade. Afirmando, em abstracto, os direitos fundamentais do cidadão e negando ou limitando, ao mesmo tempo, o acesso às vias de efectivação concreta desses direitos, um legislador que assim procedesse estaria, de facto, a colocar-se fora da comunidade comunicativa, a infirmar a ordem jurídica como ordem de valor e de sentido, como ordem justa, e a afirmar apenas o valor da lei, como a lei do mais forte. (BAPTISTA MACHADO, 1989).

Compreende-se, face ao exposto, que o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça e ao Direito se analise na enumeração e na discriminação das condições indispensáveis à garantia de efectivação daquele direito.

Nesta análise, tem sido crucial a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>9</sup>, desenvolvida a partir dos problemas suscitados pela interpretação e aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>10</sup>, justamente o preceito que nela consagra o direito de acesso à justiça.

É sobretudo a partir dela que consideramos aqui o leque de garantias que obrigatoriamente têm de integrar o núcleo central da garantia de acesso ao Direito e à justiça, para se poder ter este direito fundamental como plenamente vigente e subsistente em determinada ordem jurídica. São elas, na nossa síntese:

- a) Garantia de independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes;
- b) Garantia de acesso de todos os cidadãos aos tribunais, independentemente da sua condição social ou económica;
- c) Garantia de tutela efectiva do direito;

---

<sup>9</sup> Doravante, abreviadamente referido como ECHR (European Court of Human Rights).

<sup>10</sup> Doravante, abreviadamente referida como CEDH.



- d) Garantia de tutela em tempo razoável;
- e) Garantia da prevalência da substância sobre a forma;
- f) Garantia de publicidade;
- g) Garantia de exequibilidade.

## 2.2 GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS E IMPARCIALIDADE DOS JUÍZES

Deixando de lado, por alheio ao presente estudo, o problema do conceito de «direitos e obrigações de carácter civil», referido no artigo 6.º, número 1, da CEDH, a primeira dificuldade na interpretação deste é a determinação do próprio conceito de «tribunal».

Podemos caracterizar tribunal como um órgão jurisdicional investido no poder de julgar com imparcialidade e independência um determinado conflito, proferindo uma decisão que (ainda que susceptível de alteração e revisão em sede de eventual recurso) se impõe às partes com força vinculativa.<sup>11</sup>

O tribunal é um órgão jurisdicional. Significa isto que as suas decisões são orientadas, em primeira e única linha, à realização da justiça, com exclusão da valoração de quaisquer outros fins ou propósitos que noutras esferas (*maxime* administrativas) podem ser relevantes e de prossecução necessária. A decisão do tribunal é «proferida de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico. A pronúncia que se baseie em qualquer modelação *activa*, transformadora, de qualquer ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar sobre uma determinada conjuntura esperada ou sobre uma eventual evolução das circunstâncias, em vez de se preocupar exclusivamente com o que é o *direito* do caso concreto no preciso

---

<sup>11</sup> Daqui não decorre que o juiz tenha de exercer no «tribunal» apenas a função jurisdicional com exclusão expressa de outras, de natureza não jurisdicional, como, por exemplo, a gestão financeira do Palácio da Justiça ou o poder disciplinar sobre os respectivos funcionários administrativos. Não, o que importa não é que o tribunal exerça apenas a função jurisdicional, mas que, no exercício desta, actue investido das garantias de imparcialidade e independência que a seguir referiremos. Neste sentido, BEDDARD, 1993, p. 167.



---

momento em que se julga, já não [será] uma decisão jurisdicional em sentido material mas uma decisão administrativa ou, pelo menos, contaminada por elementos de carácter *administrativo*» (BAPTISTA MACHADO, 1989, p.146). Não implicam estas considerações que o juiz – em particular, nas sentenças constitutivas – se deva abster sempre da ponderação de um juízo de prognose sobre os efeitos da decisão a proferir. Implicam, sim, que tal juízo de prognose esteja ele próprio previsto na lei como pressuposto dessa decisão a proferir e esta se configure, assim, como um julgamento situado, um julgamento em contexto, por referência a factos já conhecidos. Será o caso, por exemplo, da sentença que condene o autor do dano a repor a situação em que o lesado se encontraria se aquele não tivesse ocorrido ou o da sentença que, aplicando normativo adrede estabelecido, suspenda a execução do despejo, com fundamento na grave situação de carência económica e social em que ficaria o inquilino habitacional se imediatamente privado do espaço locado. É que aqui é o próprio legislador que ordena o juízo de prognose como critério da decisão, sustentada, em todo o caso, sobre factos passados. Como escreve ainda Baptista Machado, «poderá dizer-se que a decisão jurisdicional assenta sempre, em último termo, em factos já verificados – isto é, em factos que engendraram aquele efeito de direito que a sentença se limita a *declarar*. Pois que, mesmo a sentença *constitutiva* (...) só pode e deve ser proferida quando se verificarem aqueles factos ou pressupostos que a lei considera antecedentes obrigatórios da intervenção constitutiva do tribunal» (BAPTISTA MACHADO, 1989, p.146).

Logo do exposto decorre também a segunda nota definidora da natureza específica de um tribunal: a imparcialidade.

A imparcialidade dos tribunais, enquanto órgãos jurisdicionais, não se confunde com a imparcialidade que, de um modo geral, vincula toda e qualquer entidade administrativa ou instituição pública. É que, nestas, a imparcialidade tem essencialmente que ver com o princípio da igualdade, com o respeito pela regra da não discriminação, do tratamento igual, não parcial, de todos os cidadãos, independentemente da «ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião,



---

convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»<sup>12</sup>

A imparcialidade dos tribunais é um conceito mais amplo. Inclui o princípio da igualdade, mas vai para além dele. Traduz a ideia de realização da justiça, em si, como uma totalidade, sem consideração específica por razões particulares, de natureza legítima, mas estritamente administrativa. Ao tribunal não cabe, em primeira linha, aplicar apenas a lei, mas realizar o Direito. Ao juiz não cabe, por exemplo, ponderar se a sua decisão é a que melhor contribui para o desenvolvimento regional, para a salvaguarda das finanças públicas ou para a adequada vigilância da costa marítima. Cabe-lhe pronunciar a decisão que, dirimindo um conflito, corresponda à melhor interpretação e ponderação dos valores que integram a ordem jurídica global, realizando a justiça como um todo. «[A]o magistrado judicial só compete defender e declarar o que é de *direito* em cada caso, pois não está empenhado na realização do interesse ou dos fins da Administração. Demais disso, não deve achar-se ligado às partes em litígio, ou ter contendas com qualquer delas, para que fique garantida a sua *isenção* ou a *imparcialidade* da decisão a proferir» (BAPTISTA MACHADO, 1989, p.149).

Já por aqui se vê que não devem ser considerados tribunais, para efeitos dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da Constituição da República Portuguesa, de 1976<sup>13</sup>, de que falaremos adiante, certos órgãos dotados de poderes decisórios e revestidos de certas garantias de independência, mas cujas competências estão orientadas à realização de determinados fins particulares que lhes configuram e limitam o sentido das decisões a proferir. Será, por exemplo, o caso, no Direito português, da Comissão de peritos que aprecia o pedido de revisão da matéria colectável fixada por métodos indirectos, prevista nos artigos 91.º e seguintes da Lei Geral Tributária<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de 1976.

<sup>13</sup> Doravante, abreviadamente referida como CRP.

<sup>14</sup> Por maioria de razão, faltando-lhes inclusive poderes de decisão, não são tribunais eventuais Conselhos de peritos que emitam pareceres sobre matérias da sua especialidade (médica, por exemplo), ainda quando, por força da natureza técnica ou científica do objecto desses pareceres, eles acabem por ser determinantes do sentido da decisão a proferir pelos órgãos jurisdicionais.



---

Resta ainda a independência como elemento essencial integrador da ideia de tribunal. Os tribunais são órgãos jurisdicionais independentes. «Significa esta independência [nas palavras de Baptista Machado, cuja lição continuamos neste ponto a seguir] antes de mais que os juízes, nos seus julgamentos, não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou directivas de qualquer superior hierárquico<sup>15</sup> – ao contrário do que se verifica relativamente aos órgãos e agentes da Administração». (BAPTISTA MACHADO, 1989, p.149). É por isto que as decisões proferidas em procedimentos administrativos ou tributários de reclamação graciosa ou de recurso hierárquico, por exemplo, não são, nem podem ser nunca, decisões de carácter jurisdicional. Carecem em absoluto do contexto de independência, sem o qual não será, em caso algum, possível falar em exercício de um poder jurisdicional.

Simplesmente, a independência dos juízes não é uma independência abstracta, remetida para o limbo das intenções programáticas sem garantia. É uma independência real e concreta, assegurada, no Direito português, pelas garantias de inamovibilidade e de irresponsabilidade, constitucionalmente instituídas no art.º 216.º, n.ºs 1 e 2, da CRP<sup>16</sup>, complementadas pelas obrigações impostas aos magistrados nesse mesmo preceito e destinadas a assegurar a inexistência, sequer, da possibilidade de um qualquer conflito de interesses que possa de algum modo, ainda que mínimo, manietar, diminuir ou condicionar a estrita isenção e independência que é prerrogativa necessária da função do magistrado.<sup>17</sup>

A inamovibilidade significa a impossibilidade de demitir, suspender ou transferir magistrados judiciais fora de situações excepcionais, especificamente previstas no Estatuto dos Magistrados Judiciais. Associado à inamovibilidade, encontra-se o princípio do juiz natural (cf. artigo 32.º, n.º 9, da CRP), o que implica que a designação de juiz que vai julgar a causa depende de critérios absolutamente objetivos e pré-determinados pela lei e não de escolha das partes num dado processo. Além disso, as transferências de juízes entre as comarcas devem orientar-se por critérios objetivos e legalmente fixados. A irresponsabilidade significa a insusceptibilidade de se ser demandado pelas decisões proferidas, com exceção dos casos de dolo ou negligência grosseira e implica que a única forma de contestar uma

---

<sup>15</sup> É por isto, desde logo, que o Ministério Público não integra nem pode integrar a estrutura dos tribunais portugueses.

<sup>16</sup> E reiteradas pelos artigos 4.º, 5.º e 6.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei número 21/85, de 30 de Julho.

<sup>17</sup> Ver também, neste sentido o artigo 6º-A do Estatuto dos Magistrados Judiciais, cit.



---

decisão judicial é por via de recurso para tribunal superior, e não por quaisquer outros meios. Apenas o Estado pode ser responsabilizado pelas decisões fora das situações em que magistrados judiciais podem ser responsabilizados, designadamente nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade civil e criminal ou disciplinar. Encontra-se vedada a responsabilidade pessoal direta dos magistrados pelas suas decisões.” (PORTUGAL, 2019)

Foi por ausência deste requisito de independência, conatural e consubstancial à função jurisdicional, que o Tribunal Constitucional português, logo num dos seus primeiros acórdãos, declarou inconstitucionais as normas constantes do n.º 1 do artigo 206.º e do n.º 5 do artigo 209.º do Regulamento Geral das Capitanias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/72, de 31 de Julho, que configurava o capitão do porto como um órgão jurisdicional com competência para dirimir litígios (BRASIL, 1984). Aí se fixou de forma cristalina e definitiva a doutrina prevalente neste campo:

“Para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja ‘independente’, como o exige o artigo 208º da CRP.

E não se diga que tal característica se encontra verificada no caso vertente por o n.º 2 do artigo 206.º do Regulamento Geral das Capitanias determinar que ‘a autoridade marítima decide unicamente em conformidade com a lei aplicável ao caso concreto, sem qualquer sujeição a ordens ou instruções, e não responde pelas suas decisões’.

Tal ressalva, em boa verdade, nada altera.

A independência dos tribunais, para efeitos do artigo 208º, não pode, na verdade, ‘ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens e instruções’, antes exige, igualmente, a independência pessoal dos juízes, que tem como pressuposto mínimo a respectiva inamovibilidade (...).

Ora, é esta independência pessoal, que se exige e se garante aos juízes, que falece às autoridades marítimas e, designadamente, aos capitães dos portos, entidades integradas no sistema da Administração Pública e hierarquicamente



---

dependentes, insusceptíveis de se enquadrarem em qualquer das categorias de tribunais a que se refere o artigo 212º da Constituição”<sup>18</sup>

Não se confunda, porém, como advertem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a função jurisdicional com a função judicial.

«O direito à tutela jurisdicional implica o **direito de acesso aos tribunais** (...) “no sentido do direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional”.

Tribunais neste sentido não são apenas os tribunais judiciais. Tutela *jurisdicional* não significa, na realidade, o mesmo que tutela *judicial*, havendo no ordenamento jurídico português diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição.» (MIRANDA; MEDEIROS, 2017, p.317).

É precisamente nesta distinção que vamos encontrar um ponto relevante para o problema específico considerado no objecto do presente estudo, o problema da compatibilidade do direito fundamental de acesso à justiça com os modelos actuais de resolução alternativa dos litígios<sup>19</sup>.

No Direito português, a par dos tribunais judiciais propriamente ditos, a CRP prevê, no seu artigo 209.º, n.º 2, a possibilidade de existência de tribunais arbitrais e de julgados de paz, com características já inequivocamente tendentes à realização da justiça por recurso a sistemas de ADR.

«...os Julgados de Paz enquadram-se precisamente nesta perspectiva do legislador constituinte. E não restando dúvidas de que estamos perante tribunais, a questão que imediatamente se nos coloca é se, em consequência, os juízes de paz poderão ser considerados magistrados. Numa sociedade que se requer democrática nada obsta à existência de um pluralismo jurisdicional. Nesse sentido, os juízes de paz são indubitavelmente magistrados como o são, desde logo, os juízes dos Tribunais Judiciais, dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Tribunal Constitucional... Concebida à luz da contemporaneidade, a magistratura representa, por assim dizer, a unidade que, numa relação dialéctica, engloba no seu seio a

---

<sup>18</sup> Os preceitos citados reportam-se à versão do texto constitucional em vigor à data da prolação do acórdão.

<sup>19</sup> Doravante, abreviadamente referidos como ADR (Alternative Dispute Resolution).



---

multiplicidade e afirma-se, assim, no respeito pelos vários múltiplos, neste caso as diversas magistraturas. Deste modo, num Estado de Direito democrático o respeito absoluto que o princípio da separação dos poderes exige encontra-se também plasmado na existência de um pluralismo de instâncias judicantes.» (BRITO, 2016, p.115)

Deste modo, em Portugal, a Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, dita de Organização do Sistema Judiciário, veio explicitamente referir os tribunais arbitrais (cf. o respectivo artigo 150.º) e mencionar, no seu artigo 151.º, que os julgados de paz constituem uma forma alternativa de resolução de litígios.

Estamos no domínio da busca de soluções para o problema da tomada de consciência dos direitos individuais, da exigência de tutela garantística desses direitos e da conseqüente explosão da conflitualidade e do atolamento dos tribunais judiciais, a postular medidas novas e alternativas de resolução dos conflitos com realização da justiça em tempo útil. Haveremos de ver, em breve, que essa é também uma condição essencial de uma efectiva tutela dos direitos individuais, sem a qual não pode falar-se de um autêntico direito de acesso à justiça.

Deixemos claro: os tribunais arbitrais e os julgados de paz são verdadeiros tribunais, exercendo plenamente a função jurisdicional própria dos tribunais.

E nem sequer deixam de o ser por, eventualmente, se constituírem como tribunais não estaduais. O conceito de função jurisdicional não se confunde com o conceito de justiça estadual. O que importa é que esteja sempre assegurada a imparcialidade e independência própria de quem exerce a função jurisdicional, quer esta decorra no âmbito do exercício da função judicial propriedade dos tribunais comuns, quer ocorra fora desse âmbito, no exercício da função jurisdicional



---

«incomum»<sup>20</sup> dos julgados de paz, ou no exercício da função jurisdicional dos tribunais arbitrais, ainda que em sede de arbitragem voluntária.<sup>21</sup>

Ora, em Portugal, tanto a Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho), nos seu «Capítulo IV», artigos 21.º e seguintes, como a Lei da Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) nos seus artigos 9.º e 10.º e, em especial, nos números 3 a 5, do art.º 9.º e n.º 6 do art.º 10.º exprimem e consagram soluções que, dentro do quadro particular e das especificidades próprias inerentes à sua natureza, visam a salvaguarda e a garantia da imparcialidade e independência daqueles tribunais.

A propósito dos «[re]quisitos dos árbitros», a que se reporta o art.º 9.º da Lei da Arbitragem Voluntária, escreve Pereira Barrocas: «[n]ão se tratam de requisitos exigidos pela convenção de arbitragem, mas sim de requisitos legais inerentes à jurisdição arbitral e ao estatuto do árbitro.

Tal como sucede com o juiz (artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais), é exigido ao árbitro que seja e se mantenha, em todo o processo arbitral, independente e imparcial.» (PEREIRA BARROCAS, 2013, p.55).

Não estamos, pois, apesar da natureza voluntária da arbitragem aqui em causa, perante preceitos dispositivos cuja aplicação as partes possam afastar por mútuo acordo, mas perante normas imperativas de Direito Público que se impõem à vontade das partes no processo arbitral e que prevalecem sobre ela. Por isso mesmo, também a Lei da Arbitragem Voluntária, como um todo, não pode ser afastada por vontade das partes, sob pena de já não estarmos perante um processo arbitral, *rectius*, perante um processo de natureza jurisdicional, com uma decisão final com força de sentença proferida por um tribunal. É ainda Pereira Barrocas

---

<sup>20</sup> «Os Julgados de Paz são tribunais incomuns dotados de características próprias de funcionamento e organização» - CPJ, 2019.

<sup>21</sup> Precisamente porque assim é, porque a jurisdição voluntária independente não exclui, antes afirma, o direito de acesso à justiça e aos tribunais, o ECHR não recebeu a pretensão da Requerente no caso “Transado – Transportes Fluviais do Sado, S.A., v. Portugal”, não reconhecendo que as garantias de imparcialidade na interpretação e aplicação das cláusulas de um contrato não ficavam asseguradas pelo facto de serem submetidas à apreciação de um tribunal arbitral a que a requerente voluntariamente tinha aderido (cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2003).



---

quem afirma: «sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral<sup>22</sup> do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro» (PEREIRA BARROCAS, 2013, p.24).

Claro está que, ao menos no domínio dos direitos disponíveis, as partes poderão sempre configurar livre e alternativamente o modo como prevêm a regulação dos seus futuros e possíveis litígios e escolher um modo de composição não jurisdicional de conflitos que não se compagine com o modelo da Lei da Arbitragem Voluntária. Simplesmente, nessa hipótese, a decisão que venha a ser encontrada, podendo resultar de um processo de mediação voluntária, não valerá como decisão de um tribunal. Nesta medida, poderá ser livremente impugnada junto de um tribunal judicial, requerendo o interessado – nos termos do artigo 20.º da CRP e do artigo 6.º da CEDH – a tutela efectiva do seu direito, sem que o tribunal se encontre limitado no seu julgamento à apreciação dos fundamentos taxativamente enumerados no artigo 46.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária.

E o que se diz para os processos de arbitragem voluntária vale, *mutatis mutandis*, para os processos de arbitragem necessária. Se a lei especial que os impõe não reveste o estatuto dos árbitros das indispensáveis garantias de imparcialidade e independência, nunca a arbitragem em causa poderá ser havida como arbitragem de natureza jurisdicional e nunca as suas decisões poderão ser havidas como decisões de um tribunal.<sup>23</sup>

Foi neste mesmo sentido que se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional português no processo n.º 696/95, negando a natureza de tribunal arbitral necessário à «comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes ou pelo membro qualificado do mesmo Conselho que aquele para o

---

<sup>22</sup> Sublinhado nosso.

<sup>23</sup> Decisivo será também que a lei que cria um tribunal arbitral necessário respeite o princípio de reserva relativa de competência da Assembleia da República, estatuído no art.º 165.º, n.º 1, alínea p), da CRP. Um Decreto-Lei não autorizado do Governo não pode instituir um processo de arbitragem de natureza jurisdicional.



---

efeito designar», prevista no artigo 227.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (antigo Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas), ao concluir que «as normas dos n.ºs. 1 dos artigos 221º e 227º do Decreto-Lei nº 235/86 (...) não impedem o acesso aos tribunais (porque o não-acordo terá de ser dirimido nos tribunais e o acordo equivale à dissolução do litígio) e não subtraem aos tribunais uma parte da função jurisdicional (porque a intervenção da comissão que preconizam tem um carácter conciliatório - não jurisdicional - e porque, se a supressão negociada de conflitos diminuísse as fronteiras da jurisdição, então teria de concluir-se que o mero cumprimento pontual das obrigações também o faria, o que seria, naturalmente, um absurdo).» (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 1997)

Em suma, o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos, consagrado nos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP, não fica comprometido nem é violado pelo facto de o tribunal acedido não ser um tribunal judicial ou não ser, sequer, um tribunal estadual. O ponto é que seja um verdadeiro tribunal, com competência para tomar decisões de carácter jurisdicional, proferidas por quem se encontre investido de indispensáveis garantias de imparcialidade e independência. É que se assim não for, não podemos falar de um tribunal e de uma sentença. Quando muito, poderemos estar perante a simples apreciação administrativa de um litígio, com uma tomada de posição por quem apenas se encontra vinculado à imparcialidade administrativa restrita acima mencionada (não à imparcialidade própria dos juízes, consubstanciada na declaração do Direito, sem subordinação a outros valores que não os da própria realização da justiça) e/ou integrado numa estrutura hierárquica.

Se dessa apreciação meramente administrativa não couber recurso para um tribunal, para um verdadeiro tribunal, imparcial e independente, aí sim, estaremos perante uma intolerável violação dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP.

Não se extrai de tudo o que até agora ficou dito que o direito de acesso aos tribunais é um direito absoluto, insusceptível de conhecer limitações ou de ver o seu exercício restringido ou condicionado.



---

O direito de acesso aos tribunais é, seguramente, um direito fundamental, mas nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos. Integram-se num conjunto mais alargado de valores igualmente dignos de protecção constitucional e muitas vezes incompatíveis entre si que, por isso mesmo, precisam de ser compatibilizados, coordenados e integrados, impondo-se pontualmente o seu sacrifício parcial, como logo prevê o art.º 18.º da lei fundamental portuguesa.<sup>24,25</sup>

Relevante é que as restrições introduzidas decorram de lei geral e abstracta e não retroactiva, não revistam carácter arbitrário, respeitem o princípio da proporcionalidade, sejam necessárias para a salvaguarda de outros direitos e princípios fundamentais e não atinjam em caso algum o núcleo essencial do direito em causa.<sup>26</sup>

Em síntese: a garantia de independência dos tribunais consubstancia-se, antes de mais, na garantia da separação de poderes, assegurando a não interferência do poder político no poder judicial, seja alterando o sentido das decisões por estes proferidas, seja condicionando ou tentando condicionar por qualquer modo o sentido dessas decisões, designadamente, por exemplo, através de intervenções externas, positivas ou negativas, na normal progressão das carreiras dos magistrados. Mas não se fica por aí. Postula também a garantia de não submissão do juiz a outras influências, interferências ou heterocondicionamentos de qualquer espécie, que não o respeito pelo princípio da legalidade (em sentido amplo) e o pelo sentimento de justiça ditado pela sua formação e pela sua consciência.

---

24 Pense-se, por exemplo, nos institutos jurídicos da caducidade e da prescrição cuja consagração legal não contraria o direito de acesso aos tribunais nem a garantia de tutela efectiva dos direitos. Razões de certeza e de segurança jurídicas, sem as quais a realização mesma da justiça se torna impossível, justificam a imposição de limites temporais ao exercício dos direitos, ultrapassados os quais estes deixam de poder ser exercidos. O que não pode acontecer é que esses limites sejam tão desproporcionalmente curtos e que com isso se descaracterize a essência do direito a proteger.

25 Sobre as restrições aos direitos fundamentais ver, por todos, (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, pp. 277 e seguintes).

26 Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2019, p. 22, referindo o acórdão De Geouffre de la Pradelle v. France: «*The “right to a court” and the right of access are not absolute. They may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (...). Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*»



---

No plano internacional, em linha com tudo o que acima se disse, o Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Milão de 26 de Agosto a 6 de Setembro de 1985 e endossado pela Assembleia Geral das Nações Unidas nas suas Resoluções 40/32, de 29 de Novembro de 1985, e 40/146, de 13 de Dezembro de 1985, estabeleceu os princípios básicos em que se deve traduzir a garantia de independência dos tribunais (PORTUGAL, 2020):

- “Os juízes deverão decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, com base nos factos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições ou influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, diretas ou indiretas, de qualquer sector ou por qualquer motivo”;
- “A magistratura terá jurisdição sobre todas as questões de natureza judicial e terá autoridade exclusiva para decidir se um caso que lhe tenha sido submetido para decisão é da sua competência nos termos definidos por lei”;
- “Não haverá quaisquer interferências indevidas ou injustificadas no processo judicial e as decisões dos tribunais não serão sujeitas a revisão”;
- “Todas as pessoas têm o direito de serem julgadas por tribunais comuns, de acordo com os processos legalmente estabelecidos. Não serão criados tribunais que não apliquem as normas processuais devidamente estabelecidas em conformidade com a lei, para exercer a competência que pertença normalmente aos tribunais comuns ou judiciais”;
- O “Estado (...) tem o dever de proporcionar os recursos necessários para que a magistratura possa desempenhar devidamente as suas funções”;
- “[O]s magistrados gozam, como os outros cidadãos, das liberdades de expressão, convicção, associação e reunião; contudo, no exercício destes direitos, os juízes deverão sempre comportar-se de forma a preservar a dignidade do seu cargo e a imparcialidade e independência da magistratura”;
- “Os juízes gozam do direito de constituir ou de aderir a associações de juízes ou outras organizações que representem os seus interesses, promovam a sua formação profissional e protejam a independência do poder judicial”;



---

– “A inamovibilidade dos juízes, nomeados ou eleitos, será garantida até que atinjam a idade de reforma obrigatória ou que expire o seu mandato, se existir tal possibilidade”;

– “Sem prejuízo de qualquer processo disciplinar, do direito de recurso ou do direito a indemnização por parte do Estado, em conformidade com a legislação nacional, os juízes devem gozar de imunidade pessoal face a processos de responsabilidade civil por danos patrimoniais resultantes de atos ou omissões indevidas praticadas no exercício das suas funções judiciais”

Foi por violação destes princípios, em especial do sexto e do oitavo, que o ECHR condenou o Estado húngaro no caso *Baka v. Hungary* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016). Estava em apreciação a eventual violação do princípio da independência dos tribunais e da não interferência do poder político no poder judicial, consubstanciada numa lei que antecipava a idade de jubilação dos juízes e, por essa via, punha termo ao mandato do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça da Hungria que tinha manifestado opiniões particularmente críticas sobre as reformas do sistema judiciário húngaro, propostas pelo poder político.

Entendeu o Tribunal que a lei visada punha em causa, de facto, a independência dos tribunais:

*In its judgment the Chamber considered that the facts of the case and the sequence of events showed that the early termination of the applicant’s mandate as President of the Supreme Court was not the result of restructuring of the supreme judicial authority, as the Government had contended, but a consequence of the views and criticisms he had publicly expressed in his professional capacity. The proposals to terminate his mandate and the new eligibility criterion for the post of President of the Kúria had all been submitted to Parliament after the applicant had publicly expressed his views on a number of legislative reforms, and had been adopted within an extremely short time (...). The early termination of his mandate thus constituted an interference with the exercise of his right to freedom of expression (...). The Chamber considered that the interference had not been ‘necessary in a democratic society’. (...). Issues concerning the functioning of the justice system constituted questions of public interest, the debate of which enjoyed the protection of Article 10 of the Convention. It had been not only the applicant’s right but also his duty as President of the National Council of Justice to express his opinion on legislative reforms affecting the judiciary. As regards the proportionality of the interference, the applicant’s term of office as President of the Supreme Court had been terminated three and a half years before the end of the fixed term applicable under the legislation in force at the*



---

*time of his election. The Chamber reiterated that the fear of sanction had a “chilling effect” on the exercise of freedom of expression and, in particular, risked discouraging judges from making critical remarks about public institutions or policies (...). In addition, the impugned measure had not been subject to effective judicial review by the domestic courts. The Chamber therefore found that the interference with the applicant’s right to freedom of expression had not been necessary in a democratic society.*

Reza uma lenda alemã (NORONHA NASCIMENTO, 2017, p.290) que, durante o Iluminismo, começando o tema da independência dos juízes a entrar no debate público, certo Ministro de Frederico, o Grande, da Prússia, teria comentado que “gostava muito que os juízes fossem independentes, desde que fosse ele a decidir das suas carreiras”. O caso *Baka v. Hungary* evidencia que o tema não ficou esgotado no Iluminismo. A independência dos tribunais é tarefa nunca acabada que postula a cada momento a atenção empenhada dos juristas e dos cidadãos e a resistência activa às tentações eternas do poder político.

## REFERÊNCIAS

ANACLETO COSTA, P. J. **O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados**, [Assembleia da República], [Lisboa], s.d.

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?**, tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.

BAPTISTA MACHADO, J. **A Cláusula do Razoável**. João Baptista Machado: obra dispersa, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.

BAPTISTA MACHADO, J. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Almedina, Coimbra, 1989.

BARRETO, A., **Crises da Justiça**. Justiça em Crise, Crise da Justiça, (Org.) A. Barreto, Dom Quixote, Lisboa, 2000.

BEDDARD, R., **Human rights and Europe**, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993.



---

BRASIL. Tribunal Constitucional. **Acórdão de 02.07.1997** (Alves Correia), Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acesso em: 2019-05-18

BRASIL. Tribunal Constitucional. **Acórdão de 04.07.1984** (Nunes de Almeida) Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, Acesso em: 2019.05.17.

BRASIL. Tribunal Constitucional. **Acórdão de 17.01.1994** (Luís Nunes de Almeida) in <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, Acesso em: 2020-05-21.

BRITO, P. de **Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça**. O estado da justiça, (Org.) António Cândido de Oliveira e César Pires, Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2016, pp. 109-119.

CPJ - Conselho dos Julgados de Paz. **Informação ao Cidadão**. 2019. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.mj.pt/informacao.asp>. Acesso em: 2019.mai.17.

DIAS VARGAS, L. **Julgados de Paz e Mediação**: uma nova face da justiça, Almedina, Coimbra, 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 05.04.2018** (Guido Raimondi), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821>, Acesso em: 2020-05-14.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 06.01.2015** (Mark Villiger), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151029>, Acesso em: 2019.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 16.12.1992** (R. Ryssdal), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, Acesso em: 2019.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 16.12.2003** (G. Ress), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, Acesso em: 2020.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 17.03.2015** (Luis López Guerra) Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153985j>, Acesso em: 2020-05-19.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 19.02.1998** (R. Bernhardt), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, Acesso em: 2020-05-13).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 20.07.2001** (C. L. Rozakis), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59604>, Acesso em: 2020-05-17.



---

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 21.09.2006** (C. L. Rozakis), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76956>, Acesso em: 2020-05-19.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 23.06.2016** (Luis López Guerra), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>, Acesso em: 2019.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 26.03.2015** (Isabelle Berro), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>, Acesso em: 2019.05.18.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 28.10.1999** (L. Wildhaber), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>, Acesso em: 2020-05-15

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 29.11.2016** (Guido Raimondi), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>, Acesso em: 2020-05-13.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Acórdão de 31.03.2020** (Paul Lemmens), Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202123>, Acesso em: 2020-05-23.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019**, Council of Europe, Strasbourg, 2019.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. **ODS16: paz, justicia e instituciones fuertes**. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2018.

FRANÇA GOUVEIA, M. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2015.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa: anotada**, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa: anotada**, volume I, 4.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa: anotada**, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LEITE DE CAMPOS, D. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Volume LXVII, 1991, pp- 129-223.

LEITE DE CAMPOS, D. **Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação**. Dereito, Volume II, número 2, 1993.



---

LOPES, D.; PATRÃO, Afonso. **Lei da Mediação Comentada**, Almedina, Coimbra 2014.

MEIRELES NOGUEIRA, M. D. **O contributo da mediação para a paz social: a importância de se considerar a sua obrigatoriedade**, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa Anotada**, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed., revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MOTA PINTO, C. A. **Teoria Geral do Direito Civil**, 2.ª ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.

NORONHA NASCIMENTO, L. A. **A inamovibilidade dos juízes**. *Julgar*, 32, 2107, p. 290.

PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. **Por Caminhos da Reforma da Justiça**, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

PEREIRA BARROCAS, M. **Lei de Arbitragem Comentada**, Almedina, Coimbra 2013.

PORTUGAL. Ministério Público. **Princípios básicos relativos à independência da magistratura**. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, sítio Acesso em: 2020-05-13.

PORTUGAL. Assembleia Da República. **Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados**. [Lisboa]: [Assembleia da República], Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a52694d7a51355a6a41324c545534596a51744e47597a4d6931684d474d334c5451784d5749304e7a4d78596a457a595335775a47593d&fich=4b349f06-58b4-4f32-a0c7-411b4731b13a.pdf&Inline=true>, Acesso em: 2019.05.17.

PORTUGAL. Tribunal da Relação De Lisboa. **Acórdão de 07.05.2014** (Vasco Freitas). Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, Acesso em: 2020-05-21.

QUEK, D. “Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program”, **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, Volume 11, number 479, 2010, pp. 479-509.



---

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.

RODRIGUES DA SILVA, F. P. **Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais**, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006.

RODRIGUES, G. C. **A acção declarativa comum**. O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.

SUPREME COURT OF JUDICATURE. COURT OF APPEAL. **Acórdão de 11.05.2004** (Lord Justice Dyson), Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>, Acesso em: 2019.05.20.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012.

WILDE, Z.; GAIBROIS, L. M., **O que é a mediação**, Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, s. l., 2003.

