

**ACESSO À JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM NA
CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS – TOMO 2**

***THE RIGHT OF ACCESS TO A COURT, MEDIATION AND
ARBITRATION IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS – PART 2***

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; Doutor em Direito pela Universidade de Bristol, Reino Unido; pós-doutorado em Direito Público pela Universidade Santiago de Compostela; Juiz árbitro no CIMPAS (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros) e Observador na CEPEJ (Commission Européenne pour l'efficacité de la justice) do Conselho da Europa a partir de Novembro de 2018.

RESUMO

Objetivos: O artigo procura 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: O artigo irá demonstrar que 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 paper will show that 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.

Key-words: right of access to a court, rule of law, mandatory mediation, arbitration

Notas preliminares:

– A jurisprudência será citada de acordo os seguintes critérios: nome do Tribunal, em maiúsculas, data do acórdão, nome do relator ou, na falta de indicação deste, do presidente do colectivo de juízes, entre parêntesis, e, sendo esse o caso, referência à localização do acórdão no website, com referência expressa à data da sua consulta

Principais siglas utilizadas:

- CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos);
- ECHR (European Court of Human Rights / Tribunal Europeu dos Direitos Humanos);
- CRP (Constituição da República Portuguesa de 1976)

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: GARANTIAS INERENTES

2.3 GARANTIA DE ACESSO DE TODOS OS CIDADÃOS AOS TRIBUNAIS, INDEPENDENTEMENTE DA SUA CONDIÇÃO SOCIAL OU ECONÓMICA

Devolvendo para a ideia primordial de exclusão da força e da sua substituição por uma ordem de valores que promova o pleno desenvolvimento da personalidade no



seio da comunidade, a ideia de justiça aponta também para a universalidade da sua esfera de incidência, assente no axioma da absoluta igualdade da dignidade da pessoa humana, de cada pessoa humana. Todas as pessoas nascem e permanecem iguais na sua dignidade.

Não sendo possível a realização da justiça sem a garantia de tutela efectiva dos direitos, daqui decorre, naturalmente, o princípio de que a ninguém pode ser negado o direito de acesso aos tribunais para aí fazer valer o seu direito, designadamente por falta de recursos económicos que lhe permitam suportar os custos inerentes à actividade judicial. É este um corolário necessário do princípio da igualdade que a CRP consagra no seu artigo 13.º.

Não significa isto que o acesso à justiça através dos tribunais deva ser imperativamente gratuito. Significa apenas que os Estados têm sempre de assegurar um qualquer sistema de apoio judiciário que, sem prejuízo da cobrança, total ou parcial, dos custos de um processo a quem os pode suportar, garanta assunção colectiva desses custos, naqueles casos em que alguém pretenda fazer valer judicialmente um direito de que é titular e não disponha dos meios indispensáveis para o efeito.

É neste sentido que, em Portugal, o artigo 20.º, número 1, da CRP não impõe a gratuitidade do acesso à justiça, optando por uma redacção negativa que apenas exclui a possibilidade da sua denegação por carência de meios económicos para o efeito¹: «A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos»² – dispõe aquele preceito constitucional.

Note-se que, ao referir o «acesso ao direito», o legislador constitucional português quis ir mais longe do que salvaguardar apenas as garantias contidas na ideia de «acesso à justiça», entendida de um modo restrito, como direito de acesso a

1 «[P]ara que a justiça não possa ser denegada “por insuficiência de meios económicos”, ela [a Constituição] impõe outrossim ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal» – escrevem a este propósito MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., *op. cit.*, p. 415.

2 Reconheça-se que o conceito de «insuficiência económica é relativamente indeterminado cuja interpretação não é isenta de dificuldades, deixando ao legislador ordinário uma ampla margem de liberdade na respectiva conformação. A sua concretização em leis reguladoras do apoio judiciário há-de levar em linha de conta a concreta situação económica do Estado, em cada momento. Mas, em caso algum, a ideia de insuficiência económica pode ser definida em termos tão restritos que cause uma efectiva incapacidade de acesso à justiça» (GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 411).



um tribunal para tutela de uma pretensão juridicamente fundada. Com efeito, «[o] conceito de acesso ao direito é muito mais amplo e abrangente do que o simples acesso aos tribunais».³

Ele envolve, desde logo, o patrocínio judiciário gratuito a quem não disponha de recursos para pagar a um advogado. O Direito é uma área complexa do conhecimento. O domínio da lei e das metodologias e técnicas usadas na sua interpretação e aplicação aos factos concretos da vida exige uma formação e uma preparação que não estão ao alcance do cidadão comum. Este tem, no processo judicial, de ver garantido o direito de se fazer assistir por profissional especializado na representação dos seus interesses e direitos, o advogado⁴. Não dispondo de meios financeiros para suportar o custo desta representação e se não existisse um sistema público de apoio judiciário capaz de suprir essa carência, não poderia pretender-se estar garantido o direito fundamental de acesso à justiça. Mas o apoio ao conhecimento do Direito não se esgota no patrocínio judiciário, entendido no sentido estrito do exercício do mandato forense. Começa num momento anterior e, porventura, preventivo da resolução litigiosa de conflitos, consubstanciando-se no direito à consulta jurídica.⁵ «A consulta jurídica – refere a noção legal estabelecida no artigo 14.º, número 1, da Lei número 47/2007, de 28 de Agosto, que na ordem jurídica portuguesa deu concretização ao imperativo da CRP – consiste no esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos nos quais avultem interesses pessoais e legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão». E o número 2 daquele mesmo preceito acrescenta: «[n]o âmbito da consulta jurídica cabem ainda as diligências extrajudiciais que decorram directamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada». Este ponto complementar – reafirmando a natureza mais vasta e

3 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., p. 32.

4 Atenta a natureza técnica e muito especializada do conhecimento jurídico, a par do indispensável distanciamento emocional que deve presidir à discussão de questões jurídicas, o patrocínio judiciário, além de um direito, pode constituir uma imposição legal. O cidadão tem não só o direito a ser assistido por advogado, como poderá obrigatoriamente, em certas circunstâncias, ter de fazer-se representar por advogado em tribunal. É esta a solução consignada no Direito português, no artigo 40.º do Código de Processo Civil. Limitada, sem que por isso se possa considerar atingido o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça, poderá ser a liberdade de escolha do advogado, embora tenha sempre de ser reconhecido o direito à sua livre substituição, em caso de quebra justificada de confiança.

5 «Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade» - estatui o artigo 20.º, número 2, da CRP.



abrangente da garantia de acesso ao Direito, em relação à garantia de mero acesso aos tribunais – assume especial relevância no âmbito dos meios de ADR que também constituem o foco do presente trabalho. Em face daquela disposição poderá admitir-se que, na ordem jurídica portuguesa, a garantia de acesso ao Direito não exclua liminarmente o apoio jurídico no recurso a meios extrajudiciais de resolução de litígios, designadamente em sede de mediação de conflitos.

Para lá da consulta sobre o enquadramento jurídico de casos concretos e do apoio à sua resolução, a ideia geral de acesso ao Direito envolve igualmente o direito à informação jurídica de carácter abstracto, ao acesso ao conhecimento das leis que regem a vida dos cidadãos e à interpretação destas pelos tribunais. É por isso que se deve entender que o acesso gratuito às bases de dados dos jornais oficiais e da jurisprudência dos tribunais superiores (ou, pelo menos, à informação simples, não tratada, contida nessas bases) integra também o núcleo duro das garantias implicadas no acesso ao Direito.⁶

De resto, a importância que o ECHR dá ao direito à informação e ao conhecimento jurídico é tal que, no caso *Pellegrini v. Italy*⁷, mereceu a sua censura a omissão do dever de levar à interessada o conhecimento dos direitos e das garantias que lhe assistiam: «[s]ince such assistance [of a lawyer] was possible, according to the Court of Cassation, even in the context of the summary procedure before the Ecclesiastical Court, the applicant should have been put in a position enabling her to secure the assistance of a lawyer if she wished. The Court is not satisfied by the Court of Cassation's argument that the applicant should have been familiar with the case-law on the subject: the ecclesiastical courts could have presumed that the applicant, who was not assisted by a lawyer, was unaware of that case-law. In the Court's opinion, given that the applicant had been summoned to appear before the Ecclesiastical Court without knowing what the case was about, that court had a duty to inform her that she could seek the assistance of a lawyer before she attended for questioning.»

6 A informação sobre a legislação fiscal actualizada que, nos termos da lei portuguesa, deve obrigatoriamente ser disponibilizada no website oficial da Administração Tributária (cf. <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/home/Paginas/homepage.aspx>) é ainda uma expressão do direito de acesso à informação jurídica enquanto elemento integrante da garantia geral de acesso ao Direito.

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



Finalmente, se não é legítimo privar ninguém do acesso aos tribunais por falta de recursos económicos ou de conhecimentos técnicos adequados, também será ilícito denegar a alguém o acesso à justiça por qualquer outro motivo.

Graves e verdadeiramente agudos, neste contexto, são os casos em que é absoluta a denegação de justiça e em que o acesso aos tribunais e à tutela efectiva do direito são, pura e simplesmente, recusados, seja por via de um estatuto privativo de jurisdição (por exemplo, o caso dos soldados de uma potência nacional em missão no estrangeiro quando esta recuse a possibilidade de os julgar pelos seus actos ilícitos ou de permitir a sua demanda nos tribunais do país intervencionado), seja por via de um conflito negativo de competências de que resulte um vazio que deixe sem tutela uma situação que cada um dos ordenamentos em conflito, considerado individualmente, não deixaria de assegurar. Exemplar deste ponto de vista é o processo *Roland Klausecker v. Germany*⁸ onde um cidadão alemão, residente na Alemanha, viu recusada a sua pretensão de ver submetida a um tribunal o julgamento da sua acusação de tratamento discriminatório de deficiente, no concurso a um cargo na Oficina Europeia de Patentes, porquanto o Tribunal Constitucional alemão, tratando-se de uma entidade estranha à jurisdição alemã, negou a competência dos tribunais alemães para conhecerem dos actos do Presidente da Oficina Europeia de Patentes e o *Administrative Tribunal of the International Labour Organization* negou-se também a apreciar o caso uma vez que a sua competência constitui-se apenas sobre funcionários da Oficina Europeia de Patentes e o demandante era apenas um candidato a um cargo, ainda sem o estatuto de funcionário da instituição.

O paradoxo resulta do conflito negativo de competências gerado por força do duplo estatuto do funcionário em causa. Qualquer das duas jurisdições – a alemã e a da International Labour Organization – teriam solucionado facilmente a questão e reclamado a sua competência para sobre ela se pronunciarem se se tratasse de uma questão estritamente interna à ordem jurídica germânica ou à Oficina Europeia de Patentes. Recobrando a situação concreta as duas ordens, ambas rejeitaram a respectiva competência, remetendo a resolução do caso para o vazio normativo onde o Direito não pode realizar-se. Acabou, assim, a negar-se aquele princípio geral de que não pode haver direitos sem o correspondente poder de acção judicial destinada

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



a assegurá-los que o Código de Processo Civil português exprime no seu já citado artigo 2.º, número 2. No caso *Roland Klausecker v. Germany*, ao direito reclamado pelo requerente não foi garantido (antes, denegado) o direito de recurso à via judicial para assegurar a sua tutela. Foi inequivocamente violado o direito de acesso à justiça.

O próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (ECHR) não logrou encontrar uma via razoável de saída, dado não ter jurisdição sobre a Oficina Europeia de Patentes e a oferta por esta feita de superação da situação pela via da arbitragem se afigurou bastante para afastar a responsabilidade do Estado alemão, enquanto membro da organização.

O caso mostra, todavia, as limitações com que infinitamente se deparam as instituições jurídicas por mais perfeitas que procurem ser. O acesso à justiça não é nunca uma obra acabada. Postula a contínua vigilância e o permanente repensar críticos dos problemas. São múltiplos e, muitas vezes, imprevisíveis os perigos que colocam em risco o acesso à justiça e à sua materialização concreta, traduzida na garantia de efectiva tutela dos direitos dos cidadãos. De alguns desses riscos trataremos brevemente de seguida.

2.4 GARANTIA DE TUTELA EFECTIVA DO DIREITO

A tutela efectiva do direito é o ponto fulcral que justifica todas as garantias em que se desdobra o direito fundamental de acesso à justiça. Entendida como garantia, a tutela efectiva do direito não é uma garantia como as outras, mas uma espécie de meta-garantia que a todas engloba e sintetiza.

A justiça não se realiza no plano abstracto dos princípios, mas na vida concreta dos homens. A tutela efectiva do direito é o polo agregador de todo o programa axiológico que percorre o sistema jurídico de um Estado de Direito, desde o momento inicial da elaboração geral e abstracta da lei, até ao momento final, do trânsito em julgado de uma sentença que põe fim – dirimindo-o – a um conflito individual e concreto. Só há tutela efectiva do direito, quando há um julgamento justo e equitativo onde é aplicada a lei certa, segura e justa.

Desenvolveremos de seguida alguns aspectos estruturantes da ideia de tutela efectiva do direito, tendo sempre presente, no entanto, que esta não se realiza parcelarmente e que os princípios que aqui enunciamos só por razões metodológicas



e de exposição podem ser separados. A justiça é um todo maior do que a soma das suas partes.

2.4.1 O direito à informação procedimental administrativa

Vimos no ponto anterior ser a garantia de acesso ao Direito um conceito mais amplo do que o simples direito de acesso aos tribunais, incluindo também, entre outros, o direito ao patrocínio judiciário e à informação jurídica. Analisámos aí algumas implicações contidas nos requisitos formais que se devem considerar preenchidos para que se possa considerar efectivamente cumprido o direito à referida informação jurídica. Mas esse direito vai ainda mais longe e comporta uma dimensão material que, por se prender já com a garantia de um julgamento justo e equitativo implicado no conceito de tutela efectiva do direito, cumpre destacar.

Com efeito, já não no plano externo, prévio ao desencadear de um processo judicial em que se coloca o direito geral à informação, mas no domínio material interno correspondente às próprias condições de exercício da acção judicial e à efectivação do direito num processo concreto, o direito à informação jurídica comporta ainda o direito instrumental de acesso à informação e aos documentos administrativos necessários ou meramente convenientes à sustentação de um direito que o interessado pretenda fazer valer judicialmente.⁹

Pense-se, por exemplo, no direito de um empreiteiro que não conseguiu cumprir o prazo contratual de execução de uma obra, por causa dos níveis excepcionais de pluviosidade durante um Inverno particularmente rigoroso. A fim de justificar a sua falta perante o dono da obra, ele tem o direito a que as entidades oficiais com competências no domínio da meteorologia lhe facultem a informação sobre a pluviosidade média no período em causa e sobre o seu carácter excepcional. Também o promotor imobiliário que pretenda impugnar judicialmente o indeferimento de determinada operação urbanística tem de exigir que lhe seja facultado o acesso

9 Por não relevarem do artigo 6.º da CEDH, mas, eventualmente, dos seus artigos 2.º ou 8.º, isto é, por não dizerem directamente respeito ao direito de acesso à justiça, não consideramos aqui aquelas hipóteses em que o direito à informação é condição de garantia de outros direitos fundamentais, como os direitos à vida, integridade física ou à privacidade da família. Será o caso, por exemplo, do direito dos cidadãos (e do correspondente dever que impende sobre os Estados) à informação correcta e actualizada sobre os dados relevantes para a prevenção e combate à corrente pandemia da Covid-19. Sobre o tema, cf. o acórdão ECHD Guerra and Others v. Italy (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 19.02.1998 (R. Bernhardt), in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, website acedido em 2020-05-13).



aos pareceres que fundamentaram a reprovação do licenciamento requerido, só assim podendo rebater os argumentos aí explanados, exercendo plenamente o direito fundamental ao contraditório, sem o qual não há apreciação equitativa do caso nem, por consequência, tutela efectiva do direito.

Esta vertente do direito à informação e ao acesso aos documentos administrativos deve ser tão ampla quanto possível e não deve conhecer outros limites que não os decorrentes da necessidade de protecção de direitos de autor, de dados pessoais de terceiro ou de questões relacionadas com o segredo de Estado, a segurança e a defesa nacionais. Deve abranger até, do nosso ponto de vista, a responsabilização dos Estados pela omissão de recolha e conservação de informação relevante para a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, não podemos deixar de acompanhar o voto de vencido do juiz R. Pekkanen no caso *McGinley and Egan v. The United Kingdom*¹⁰, em que o ECHR não considerou ter sido violado o artigo 6.º da CEDH, numa situação em que dois antigos militares em serviço no local onde se realizaram testes nucleares não puderam aceder a relatórios comprovativos do respectivo estado de saúde, antes e depois dos referidos testes, para aferir do possível efeito da exposição a radiações na perda de saúde que anos mais tarde ambos registaram. Esses testes não existiam ou, em todo o caso, não estavam disponíveis. Não podiam, contudo, deixar de existir e a sua omissão é censurável e compromete o direito de acesso à justiça. Como escreveu o juiz R. Pekkanen, no seu voto de vencido, “[t]he Government implied that that information did not exist. That would mean that the authorities had been grossly negligent in not gathering it. It is also possible that such information exists or did exist and that it has been deemed necessary to keep it secret or to destroy it. That would be even more serious. Whatever the case, the information should have existed and ought to have been communicated to the men concerned. As that did not happen, the respondent Government made it impossible for the applicants to assert effectively any rights they had before the relevant courts and deprived them of personal information which they had a “vital interest” in receiving. They cannot be criticised for not having used the procedure laid down in Rule 6 of the Pensions Appeal Tribunals Rules. The fact that

10 Acórdão EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS de 09.06.1998 (R. Bernhardt), *in* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58175>, website acedido em 2020-05-13.



there was such a procedure could not, in the instant case, suffice to satisfy the positive obligations that were incumbent on the State, under both Articles 6 and 8 of the Convention. The applicants had the right to be informed of all the consequences that their presence in the test area could have for them, including those it could have on their pensions. They had the right to know what might happen to them, without having to ask. There has, in our opinion, therefore been a violation of the rights recognised by Articles 6 and 8 of the Convention.

O Direito português consagra neste plano um amplo direito de acesso à informação e aos documentos administrativos, através da afirmação do princípio geral da administração aberta, consagrado no artigo 2.º da Lei número 26/2016, de 22 de Agosto. «Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo» - dispõe o artigo 5.º, número 1, deste diploma. As excepções são apenas as previstas no artigo 6.º e contemplam essencialmente as situações já referidas de segredo de Estado e informação classificada, direitos de autor e direitos conexos e protecção de dados pessoais de terceiro. O acesso a documentos meramente instrutórios e instrumentais relativamente à prática de um acto administrativo pode ser condicionado à prática efectiva deste acto, com a produção dos respectivos efeitos externos na esfera do interessado. De facto, salvo situações excepcionais com relevância criminal (denúncias caluniosas na origem da abertura de um processo de investigações, por exemplo), se não chega a haver a prática de um acto administrativo, eventuais elementos preparatórios desses actos tornam-se irrelevantes.

2.4.1.1 O direito ao conhecimento dos factos ilícitos imputados na acusação criminal

No âmbito do Direito Penal, atenta a gravidade associada às suas sanções – que incluem a eventual perda de um importante direito fundamental, o direito à liberdade – o direito à informação merece referência à parte, ainda que muito breve, por não constituírem as garantias do arguido o objecto directo ou indirecto do presente estudo.



Em sede criminal, o direito à informação consubstancia-se no direito ao conhecimento dos factos (de todos os factos) imputados a um arguido a título de ilícito sancionável com pena privativa da liberdade. Ainda que autonomamente consagrado no artigo 5.º, números 2 e 4, da CEDH, para os casos de detenção efectiva do suspeito autor do crime – o direito ao conhecimento destes factos constitui também um elemento essencial da garantia de acesso à justiça, mesmo quando o arguido não seja sujeito a nenhuma medida cautelar de segurança que implique a privação da liberdade. Por isso a CEDH o volta a referir e a reiterar no seu artigo 6.º, número 3, *alínea a*). É que esse direito ao conhecimento dos factos integrantes de uma acusação é um corolário imediato e necessário do direito à defesa e ao contraditório. O arguido só pode defender-se de uma acusação concreta que conheça. Sem isso não fica assegurado o direito a um julgamento justo e equitativo (*fair criminal trial*).

A evidência destas asserções dispensa, em sede deste trabalho que não visa tratar das garantias dos arguidos, considerações adicionais. Bastará acrescentar que o direito ao conhecimento dos factos objecto da acusação vale tanto para a imputação inicial como para qualquer alteração substancial posterior do objecto da acusação. Neste sentido (ao menos, parcialmente) se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 7 de Maio de 2014, quando, concretizando o conceito de “alteração substancial dos factos” estatuído nos artigos 358.º e 359.º do Código de Processo Penal português, esclareceu: «não há alteração substancial dos factos em face da alteração das circunstâncias da execução do crime, e em que este ocorreu, (local, hora, modo de execução) e desde que tais circunstâncias não sejam elementos do tipo legal nem constituam outro factor “unitário”. Já quanto à alteração substancial dos factos, esta só acontece quando os factos apurados venham a merecer qualificação diferente dos acusados, isto é, quando os crimes forem diversos. Também haverá alteração substancial dos factos quando a razão da qualificação como ilícitos dos factos acusados e apurados for a mesma, mas da alteração resultar agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis.»¹¹

Mais longe foi o Tribunal Constitucional português ao “julgar inconstitucionais as normas contidas nos artigos 358.º e 359.º do CPP, quando interpretadas no sentido

11 TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão de 07.05.2014 (Vasco Freitas) in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, website acedido em 2020-05-21.



de se não entender como alteração dos factos — substancial ou não substancial — a consideração, na sentença condenatória, de factos atinentes ao modo de execução do crime, que, embora constantes ou decorrentes dos meios de prova juntos aos autos, para os quais a acusação e a pronúncia expressamente remetiam, no entanto aí se não encontravam especificadamente enunciados, descritos ou discriminados por violação das garantias de defesa do arguido e dos princípios do acusatório e do contraditório, assegurados no artigo 32.º, n.os 1 e 5, da Constituição.”¹²

2.4.2 A certeza e segurança jurídicas na feitura e na aplicação das leis

Inclui a garantia de tutela efectiva – ainda, de algum modo, na vertente de direito à informação jurídica – os valores da certeza e segurança, ínsitos à própria ideia de Direito e sem os quais a justiça não passa de uma piedosa aspiração vazia. Na realidade, não há direito à informação jurídica com normas obscuras, de difícil e variável interpretação.

As leis devem ser claras, transparentes e de interpretação, tanto quanto possível, simples e natural. Não basta que a lei presuma – como estatui o artigo 9.º, número 3, do Código Civil português - que o legislador «soube exprimir o seu pensamento em termos adequados». É preciso também que o legislador seja capaz de exprimir efectivamente o seu pensamento em termos adequados, tendo sempre em atenção (para além do evidente domínio seguro da língua da lei e das técnicas da legística) que a ordem jurídica constitui um sistema e que a alteração de uma das suas partes tem sempre repercussões no todo. Alterações legislativas apressadas, mal preparadas, pensadas como resposta imediata a um caso mediático concreto¹³, conduzem com frequência a contradições e lacunas geradoras de dificuldades de interpretação e de subsunção dos factos à norma que transformam a busca da solução justa e correcta num labirinto inextricável de caminhos desbravados ao sabor da capacidade de argumentação retórica dos múltiplos intérpretes, com prejuízo absoluto para o princípio da previsibilidade das decisões em que assentam os valores superiores da segurança e certeza jurídicas.

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) *in* <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, website acedido em 2020-05-21.

13 Situação não incomum em Portugal.



Naturalmente, não pode o legislador ter a pretensão de abranger na previsão legal todas as hipóteses que a riqueza infinita da vida pode abarcar. O carácter geral e abstracto das leis impõe que estas possuam a virtualidade de se adaptar a uma série imprevista e imprevisível de casos, postulando o recurso frequente a conceitos indeterminados e cláusulas gerais que não favorecem a certeza e a segurança, mas que são inevitáveis para que o programa normativo possa conformar-se com uma realidade, múltipla, evolutiva e variável.

Importa, todavia, assegurar que o recurso a estas técnicas legislativas difusas não constitui a regra. Tal recurso só é legítimo, quando estritamente necessário. De outra maneira, sai prejudicado o conhecimento das normas que é condição *sine qua non* do direito à informação jurídica implicada numa garantia plena do direito fundamental de acesso à justiça.

Contrariam aquela necessidade, dificuldades artificiais de interpretação das normas, com recurso excessivo, inapropriado e desnecessário a cláusulas gerais e conceitos indeterminados que, por geradores de evitável e indevida incerteza e insegurança, limitam a garantia de acesso à tutela efectiva do direito pela via da negação do acesso à informação e ao conhecimento jurídico. Neste sentido, decidiu, fazendo doutrina permanente desde então, o acórdão *De Geouffre de la Pradelle v. France*¹⁴, declarando haver violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela efectiva do Direito, consagrados no art.º 6.º da CEDH, num caso onde a confusa legislação francesa, impregnada de conceitos indeterminados de complexa concretização e definição, criava dificuldades de determinação da norma aplicável à contagem de prazos, mesmo aos próprios profissionais do Direito, como era o caso do Autor do processo e dos juízes do tribunal. “*Au total, le système ne présentait donc pas une cohérence et une clarté suffisantes. A la lumière de l’ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que le requérant n’a pas bénéficié d’un droit d’accès concret et effectif au Conseil d’État. Partant, il y a eu violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1)*” - concluiu o acórdão.

É da mesma ideia de certeza e segurança jurídicas que releva também a necessidade do estabelecimento nos Estados que se pretendam de Direito de critérios uniformizadores da interpretação e aplicação das normas que garantam a

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



homogeneidade da sua aplicação pelos tribunais. Mesmo os sistemas de tradição continental europeia, sem uma regra habitual de decisão precedente vinculativa, não podem dispensar a instituição de mecanismos uniformizadores de jurisprudência, sob pena de, por força de uma prática judiciária instável ou contraditória, se poder haver como não garantido o direito fundamental de acesso à justiça, nos termos em que este está configurado no artigo 6.º da CEDH. Assim o entendeu também o ECHR, no julgamento do caso *Lupeni Greek Catholic Parish v. Romania*, onde, de modo inequívoco, se concluiu:

*the context in which the action brought by the applicants was examined, namely one of uncertainty in the case-law, coupled in the present case with the failure to make prompt use of the mechanism foreseen under domestic law for ensuring consistent practice even within the highest court in the country, undermined the principle of legal certainty and, in so doing, had the effect of depriving the applicants of a fair hearing.*¹⁵

2.4.3 O princípio da proporcionalidade e a cláusula do razoável

A ordem justa traz consigo a negação da prepotência e do arbítrio. Como ensina Baptista Machado¹⁶, “em direito não existem poderes de exercício arbitrário», o que significa desde logo que o critério da razoabilidade, ou o princípio geral da proporcionalidade e adequação, limita exteriormente a discricionariedade de todos os poderes, direito e liberdades mediante uma obrigação negativa universal que proíbe as condutas (activas ou omissivas) abertamente contrárias à razoabilidade”.

Tem este princípio aplicação plena no campo das garantias de acesso à justiça e à tutela efectiva do direito.

Não chega, com efeito, reconhecer a existência abstracta de um direito e declarar a possibilidade de recurso à via judicial para o sustentar e defender em tribunal. É necessário ainda que nessa via não sejam levantados obstáculos e dificuldades artificiais insuperáveis que, em concreto, acabem por se traduzir na impossibilidade objectiva e material de defender e ver declarado o direito que a ordem jurídica formalmente diz reconhecer.

Como se escreve, neste âmbito, no acórdão ECHR, no caso *Zubac v. Croatia*,

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

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



[t]he right of access to a court must be 'practical and effective', not "theoretical or illusory" [...]. This observation is particularly true in respect of the guarantees provided for by Article 6, in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.

However, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State, which regulation may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals [...]. In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation. Whilst the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court, it is no part of the Court's function to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field. Nonetheless, the limitations applied must not restrict 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.¹⁷

Os obstáculos a considerar são, pois, todos aqueles que introduzam limitações não razoáveis, desnecessárias e injustificadas ao exercício pleno de um direito reconhecido. Seja qual for a respectiva natureza.

Eles podem consistir no condicionamento do exercício do direito ao preenchimento prévio de um número de requisitos amplo e desproporcionado, de difícil verificação e com inexplicáveis formalismos burocráticos que, no final, acabem por se traduzir na real negação do direito tutelado.

Podem também consistir na violação do princípio da separação de poderes, com uma intervenção legislativa extemporânea e retroactiva, destinada a retirar efeitos a uma decisão judicial tendente ao reconhecimento do direito reclamado. Foi esta a situação no caso *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France*¹⁸, em que o Governo francês procurou alterar, pelo exercício do poder legislativo, através da promulgação de uma lei retroactiva, o sentido de uma decisão judicial, de modo a evitar os possíveis efeitos decorrentes da exequibilidade desta. Na prática do Governo francês, a tutela do direito podia chegar à fase do seu reconhecimento pelos tribunais, mas não à fase da respectiva execução forçada, o que, para todos os efeitos, equivale à negação da tutela efectiva. Um direito não exequível é um direito «teórico ou

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

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



ilusório», para usar a expressão do acórdão *Zubac v. Croatia*, acabado de referir. Nesta medida, é um direito que não goza da garantia de tutela efectiva. Compreende-se, pois, a condenação do Estado francês no caso em análise.

A negação da tutela efectiva pode também advir da imposição de prazos de exercício do direito tão céleres que se tornem impossíveis de respeitar, determinando a caducidade ou a prescrição do direito que se queria exercer. Isolada ou conjugada com a introdução de formalismos inúteis e artificiais, destinados, tão só, a dificultar o exercício atempado do direito, esta prática constitui igualmente uma modalidade inadmissível de denegação do direito fundamental de acesso à justiça, em violação grosseira do artigo 6.º da CEDH. Estes prazos exíguos tanto podem ser de natureza substantiva (rapidez excessiva na caducidade ou prescrição dos direitos), como de natureza meramente adjectiva, processual (por exemplo, estabelecimento de prazos muito curtos para consulta de documentos complexos ou para o exercício do direito de defesa em sede administrativa ou judicial). Em qualquer dos casos, haverá violação do artigo 6.º da CEDH, porque é negada ao cidadão em conflito com o Estado ou com terceiro a oportunidade de litigar em igualdade de circunstâncias e com armas idênticas. Por outras palavras, é-lhe negado o direito a apreciação justa e equitativa da sua causa.

Reitere-se, porém, que tal violação só existirá se as dificuldades criadas carecerem de justificação, forem desproporcionadas e irrazoáveis. Razões ponderosas e atendíveis podem justificar limitações e restrições ao exercício pleno dos direitos e à garantia estadual da sua efectivação. Assim o entendeu a ECHR no caso *Stefania Adorisio and others against the Netherlands*¹⁹, em que foi considerada legítima a intervenção limitadora de direitos do Estado holandês, numa situação urgente, ditada pela necessidade de evitar os efeitos sistémicos na economia holandesa do colapso do banco SNS Bank N.V.

2.5. GARANTIA DE TUTELA EM TEMPO RAZOÁVEL

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



«Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial...», proclama, a abrir o seu programa normativo, o artigo 6.º, número 1, da CEDH.

Na verdade, não há justiça, nem garantia de acesso à sua realização, se a tutela requerida de um direito não for efectivamente assegurada em tempo útil. A justiça certa feita fora de tempo, é injustiça certa.

Por vezes, a justiça pode ser lenta²⁰. O seu tempo não corresponde ao ritmo vertiginoso a que vivem as sociedades contemporâneas. Mas a justiça tem de ser feita para o tempo dos homens e não para a eternidade dos deuses.

É no equilíbrio sempre instável entre a lentidão da justiça e as exigências de resposta pronta aos imperativos da vida moderna, em constante e acelerada mudança, que se há-de encontrar o meio justo que garanta a bondade da aplicação do Direito, sem comprometer a certeza e a segurança indispensáveis às relações jurídicas, sem as quais nem sequer há Direito.

A quarta revisão constitucional portuguesa (de 1997) alterou a epígrafe do art.º 20.º, que passou de «Acesso ao direito e aos tribunais» para «Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva»²¹, bem como os números 1 e 2, aditando-lhe três novos (3, 4 e 5). Quanto ao art.º 20.º n.º 4 tem o seguinte teor: «Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.»

Ao aditar o n.º 4 ao art.º 20.º da CRP ficou reconhecida a preocupação pelas não raras violações do princípio do prazo razoável, consagrado no art.º 6.º, n.º 1, da

20 Múltiplas são as razões que podem explicar a lentidão da justiça, sem excluir a própria necessidade de reflexão aturada das decisões, inerente à prudência implicada na arte de julgar. Desde logo, a progressiva tomada de consciência dos seus direitos pelos cidadãos (a que, em Portugal, não terá sido alheia a explosão de Faculdades e licenciados em Direito), com o crescimento exponencial do número de processos judiciais, não acompanhado de idêntico e proporcional crescimento de tribunais e de juizes. Do mesmo modo, a extraordinária complexificação dos sistemas sociais e das suas exigências de alimentação e realimentação (*input/output*) contribui de forma decisiva para o atraso de resposta dos sistemas judiciais à tutela efectiva e atempada dos direitos. E os grandes sistemas electrónicos desenvolvidos para dar resposta a esta crescente complexidade não vieram introduzir a simplificação de procedimentos. Limitaram-se (e limitam-se) a gerir com proficiência aquela complexidade, muitas vezes, exigindo novos *inputs* procedimentais, com um efeito acelerador e multiplicador sobre o próprio gigantismo a que tendem os sistemas. Também a internacionalização e globalização da economia e das relações comerciais, permanecendo estatuais os sistemas de acesso ao Direito e aos tribunais, dita a necessidade constante de pedidos de colaboração e intervenção de órgãos judiciais e de investigação estrangeiros que retardam a apreciação dos processos e são também um factor determinante nos atrasos da justiça. Sobre o tema, cf. ANACLETO COSTA, P. J., *op. cit.*, pp. 37-40.

21 Sobre o sentido da diferença entre as duas epígrafes e o carácter mais abrangente do direito à «tutela jurisdicional efectiva», em relação ao simples direito de «acesso aos tribunais», cf. *supra*, p. 18.



CEDH, as quais deram origem a vários processos no ECHR que culminaram com a condenação de Portugal. A propósito do texto adoptado pela Lei Constitucional n.º 1/89, merece referência o comentário que, já por essa altura, sobre ele teceram Gomes Canotilho e Vital Moreira: «O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva.»²² O direito a uma decisão rápida aparece agora como indissociável do acesso a uma tutela jurisdicional efectiva e não meramente formal. Com efeito, ao reproduzir o disposto no art.º 6.º da CEDH²³, o art.º 20.º da CRP veio expressamente consagrar esse princípio geral em matéria de direitos fundamentais na ordem jurídica interna. O direito a uma decisão proferida em tempo útil, sem dilações indevidas tem de ser considerado globalmente, como um todo, atendendo unitariamente à totalidade do período decorrido entre o momento da manifestação da pretensão do cidadão até ao reconhecimento de um direito e a garantia efectiva da sua tutela. Não são, para estes efeitos, atendíveis divisões formais entre fases do processo, designadamente entre o julgamento em primeira e numa instância de recurso, ou entre as fases declarativa e executiva. Se acção declarativa correu célere na primeira instância, mas o julgamento de um recurso ou a execução da pretensão reconhecida ao titular do direito e transitada em julgado foi injustificadamente retardada, não viu este garantida a respectiva tutela em prazo razoável.

A doutrina do ECHR, plasmada no seu Guia sobre o artigo 6.º da CEDH²⁴, vai (acertadamente) ainda mais longe e defende deverem também ser consideradas na contagem do tempo, para aferição da razoabilidade do prazo de tomada da decisão, as fases administrativas ou pré-contenciosas a que o processo haja dado lugar.²⁵

22 GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993., p. 163.

23 Cuja vigência na ordem jurídica portuguesa resultaria já, de resto, dos artigos 8.º, n.º 2 e 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

24 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, disponível no website https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf, aceso em 2020-05-23.

25 Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79: «[a]s regards the starting-point of the relevant period, time normally begins to run from the moment the action was instituted before the competent court (...), unless an application to an administrative authority is a prerequisite for bringing court proceedings, in which case the period may include the mandatory preliminary administrative procedure.»



O mesmo vale para aqueles processos (como no caso português o processo extrajudicial de inventário e partilha, instruído junto de cartório notarial) conduzidos por autoridade administrativa, mas sob supervisão de um tribunal que a todo o tempo pode ser chamado a pronunciar-se sobre qualquer diferendo, entretanto surgido. «Article 6 § 1 may also apply to proceedings which, although not wholly judicial in nature, are nonetheless closely linked to supervision by a judicial body. This was the case, for example, with a procedure for the partition of an estate which was conducted on a non-contentious basis before two notaries, but was ordered and approved by a court (...). The duration of the procedure before the notaries was therefore taken into account in calculating the reasonable time» - escreve-se, a este respeito, no Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)²⁶.

Menção particular merece ainda, deste ponto de vista, o caso da mediação pré-processual (seja ela voluntária ou obrigatória) a que nos referiremos nas páginas finais deste estudo. Também a duração desta fase de mediação deve ser levada em linha de conta no cômputo geral da tomada final de decisão, para aferição do cumprimento do dever de tutela efectiva do direito em prazo razoável, contido na garantia fundamental de acesso à justiça, consagrada nos artigos 6.º, número 1, da CEDH e 20.º, número 4, da CRP.

2.6 GARANTIA DA PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA

A garantia de acesso à justiça pressupõe que o interessado não veja a sua legítima pretensão prejudicada por um excesso de formalismo processual cuja inobservância, ainda que de escassa relevância material, conduza à denegação última da justiça que se queria fazer valer.

De algum modo, a garantia da prevalência da substância sobre a forma está contida nas condições indispensáveis à tutela efectiva do direito e integra os respectivos pressupostos aos quais, aliás, como assinalámos²⁷, se reconduz toda a problemática do direito fundamental de acesso à justiça.

No fundo, o excesso de formalismo impeditivo do reconhecimento final de um direito constitui apenas mais uma modalidade dos obstáculos e dificuldades

26 Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79, § 405.

27 Cf. supra, página 18, ponto 2.4.



desproporcionais e injustificadas que podem ser levantados ao cidadão no percurso de defesa dos seus direitos e que integram a violação da cláusula do razoável que referimos acima, em 2.4.3. A sua consideração autónoma no presente sub-capítulo decorre da sua natureza intra-processual. O tipo de obstáculos que agora consideramos não se reportam às próprias condições de constituição ou manutenção do direito que se quer fazer valer (não dizem respeito, por exemplo, a um extenso e complexo processo burocrático que seja necessário cumprir para obter uma pensão de um sistema de protecção social ou a uma quase impossível reunião de documentação vasta, indispensável para fazer a prova anual de vida que condiciona a não perda daquela pensão). São, antes, atinentes às próprias formalidades processuais que é necessário cumprir e respeitar, para que a acção em que se materializa a tutela judicial requerida avance e possa concluir-se com êxito.

Valem aqui, de resto, as considerações atrás tecidas. Só são admissíveis formalidades razoáveis cuja consagração legal cumpra um objectivo preciso, dotado de sentido e necessário à prossecução de um valor que deva também ser salvaguardado. Formalidades inúteis, excessivas, sem causa justificativa ou destinadas apenas a desmotivar o interessado na defesa dos seus direitos configuram sempre um quadro de denegação de justiça.

Em acórdão recente, no caso *Dos Santos Calado et autres c. Portugal*²⁸, o Estado português foi justamente condenado, por adopção de formalidades excessivas conducentes à violação do artigo 6.º, número 1, da CEDH, num recurso que o Tribunal Constitucional português rejeitou liminarmente, nos termos do disposto no artigo 75.º-A da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), aprovada pela Lei número 28/82, de 15 de Novembro, por vir baseado no artigo 70.º, número 1, *alínea b*), do mesmo diploma legal, quando deveria ter sido fundado na *alínea f*) daquele dispositivo normativo.

«Aux yeux de la Cour, une telle approche est excessivement formaliste (...). Si la réglementation des formalités de recours poursuit un but légitime, à savoir la bonne administration de la justice, d'autant s'agissant du Tribunal constitutionnel, l'interprétation particulièrement stricte de l'article 75-A de la LOTIC suivie en l'espèce a restreint de façon disproportionnée le droit de la requérante à voir son recours tiré

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



d'une illégalité normative examiné au fond. Elle n'a donc pas pu se prévaloir d'une voie de recours que lui offrait le droit interne par rapport à la question litigieuse.

À titre subsidiaire, faisant droit à l'argument de la requérante, la Cour est d'avis que, à défaut de pouvoir requalifier son moyen de recours, le Tribunal constitutionnel aurait pu l'inviter à corriger l'omission en cause, comme le prévoyait l'article 75-A § 5 de la LOTC vu que la question litigieuse tirée d'une illégalité normative ressortait, en substance, de façon claire et évidente du mémoire en recours de la requérante.

Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du défaut d'accès de la requérante à un tribunal.»²⁹

2.7 GARANTIA DE PUBLICIDADE

«O julgamento deve ser público» - estatui também o artigo 6.º, número 1, da CEDH.

Pela sua própria natureza, a justiça não pode ser secreta e a sua administração – como toda a administração numa sociedade democrática – deve estar sujeita ao escrutínio da opinião pública, em particular da opinião pública qualificada que é, para estes efeitos, a comunidade dos juristas, *maxime* a comunidade académica. Esta é uma exigência do princípio da transparência e, simultaneamente uma garantia dos sujeitos processuais que escapam por essa via às tentativas de eventuais manobras ocultas comprometedoras da imparcialidade e isenção com que se impõe que as decisões sejam tomadas e, por outro lado, isentam de quaisquer suspeições de menor independência que pudessem ser lançadas sobre o julgador.

Para além do julgamento, em sentido estrito, a generalidade das fases do processo judicial deve, pois, em princípio, ser aberta, ao menos quando não estiverem apenas em causa relações entre particulares, privadas por essência. E aberta em duas vertentes distintas.

Deve, desde logo, o processo ser aberto às partes, no sentido de que nada lhes deve ser escondido e de que a todos os elementos do processo devem poder ter acesso, por forma a ficarem dotadas do pleno conhecimento de todos os factos, documentos e circunstâncias relevantes para a adequada organização da defesa, com

²⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 31.03.2020, cit., §§ 123.º a 125.º



direito a um contraditório incondicionado e esclarecido, sem as surpresas decorrentes de dados supervenientes cuja ocultação ou revelação tardia impede o exercício mínimo e consciente do direito de pronúncia. Nesta perspectiva, o processo aberto é especialmente relevante no domínio do Direito Penal, concretizando e ampliando as mesmas exigências já acima expressas, em 2.4.1.1., a propósito do direito ao conhecimento dos factos ilícitos imputados a um arguido. A sua afirmação constitui a exacta negação do processo secreto em uso no antigo Tribunal do Santo Ofício ou característico dos processos políticos dos Estados totalitários. De qualquer modo, embora de suma importância no processo penal, onde está em causa o direito fundamental à liberdade, o seu âmbito estende-se a os processos, seja qual for a sua natureza. Sem publicidade e abertura às partes, sem a possibilidade de acesso irrestrito a todos os elementos que formam a base instrutória da acção não há garantia suficiente de acesso à justiça.

Mas o processo deve ser aberto, também na vertente da livre acessibilidade do público, em geral, ao seu conhecimento e à possibilidade de acompanhamento das suas fases, em particular da fase de julgamento. Aqui, no entanto, outros valores de igual ou maior relevância – nomeadamente, valores atinentes à segurança das pessoas, à salvaguarda do interesse nacional, da paz pública, da protecção de menores ou da reserva da privacidade e intimidade dos cidadãos – podem ditar limites ou restrições ao princípio geral da publicidade do processo, como garante do acesso à justiça.

Como sempre, a linha de fronteira entre a restrição lícita e a restrição ilícita passa pela negação do arbítrio e do voluntarismo na imposição de limites e excepções à regra do carácter público, aberto e transparente da justiça. Tais excepções hão-de ser invariavelmente necessárias, mínimas, devidamente fundamentadas e adequadas ao cumprimento do fim superior que as justificam.

Especiais cautelas devem merecer os processos que envolvam relações entre um particular e o Estado. Se a defesa da esfera de privacidade e de intimidade do particular pode justificar, com frequência, a atribuição de um carácter mais ou menos reservado ao processo, só excepcionalmente – quando estiver em causa a segurança nacional ou a paz pública, por exemplo – se pode considerar justificada essa reserva, em nome dos interesses do sujeito Estado. Neste sentido se pronunciou o acórdão do



ECHR, no caso Moser v. Austria³⁰, onde se distinguiu a relação processual subjacente ao caso em análise (entre um particular e o Estado) de outros casos objecto de decisão anterior do tribunal em que, por estarem em causa relações estritas entre particulares, este foi menos exigente na admissibilidade de restrições ao princípio da publicidade: «*the case of B. and P. v. the United Kingdom concerned the parents' dispute over a child's residence, thus, a dispute between family members, i.e. individual parties. The present case concerns the transfer of custody of the first applicant's son to a public institution, namely the Youth Welfare Office, thus, opposing an individual to the State. The Court considers that in this sphere, the reasons for excluding a case from public scrutiny must be subject to careful examination. This was not the position in the present case, since the law was silent on the issue and the courts simply followed a long-established practice to hold hearings in camera without considering the special features of the case.*

Having regard to these considerations, the Court finds that lack of a public hearing was in breach of Article 6 § 1 of the Convention.»³¹

Por fim, o carácter público do processo abrange ainda a divulgação das sentenças dos tribunais, permitindo por essa via o seu escrutínio pela opinião pública e o debate doutrinal em torno da interpretação das normas aplicadas e do seu bom fundamento, contribuindo deste modo para o processo de formação de correntes jurisprudenciais, crucial para o estabelecimento de linhas de previsibilidade do sentido das decisões, indispensáveis à certeza e segurança do tráfego jurídico.

2.8 GARANTIA DE EXEQUIBILIDADE

Finalmente, importa deixar registada uma muito breve nota sobre a necessidade de tornar exequíveis as decisões dos tribunais.

Como é de liminar evidência, nada adianta uma sentença justa ditada pela autoridade competente, se o Estado não colocar, do mesmo passo, a força pública ao serviço da garantia de exequibilidade dessas decisões. Só essa garantia justifica que o Estado tenha chamado a si a realização da ordem de valores justa, impondo a

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

31 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 21.09.2006, cit., §§ 97 e 98.



heterotutela dos direitos e substituindo-se ao primitivo sistema de vingança privada e de autotutela daqueles.

As decisões dos tribunais não são proclamações piedosas destinadas a confortar o sentimento de justiça dos cidadãos nelas visados. Uma vez transitadas em julgado, constituem comandos com força obrigatória geral vinculativa que à ordem jurídica compete fazer cumprir e executar, disponibilizando para os efeitos os meios coercitivos que se revelem necessários à prossecução de tal desiderato.

Uma justiça «no papel», sem a garantia de uma efetiva exequibilidade das decisões judiciais, será sempre uma falsa justiça que, ao invés de o ser, se consubstanciará sempre na sua denegação.

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.

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.

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



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.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.^a 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. atualizada, 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.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Princípios básicos relativos à independência da magistratura. *In* <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, sítio acedido em 2020-05-13.



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.

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

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a 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.

JURISPRUDÊNCIA:

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 02.07.1997 (Alves Correia), *in* www.dgsi.pt, sítio acedido em 2019-05-18

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, website acedido em 2019.05.17.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) *in* <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, website acedido em 2020-05-21.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão de 07.05.2014 (Vasco Freitas) *in* <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, website acedido em 2020-05-21.

LEGISLAÇÃO:

Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Constituição da República Portuguesa de 1976

Código Civil português

Código de Processo Civil português

Código de Processo Penal português

Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro



Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho

