



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Pedro Miguel Marques Couto

**A TUTELA CAUTELAR OFICIOSA A FAVOR
DO VULNERÁVEL DOENTE TERMINAL**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em
Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís
Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Julho de 2022



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Pedro Miguel Marques Couto

A Tutela Cautelar Oficiosa a Favor do Vulnerável Doente Terminal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil

Orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

Coimbra, 2022

AGRADECIMENTOS

A todos os que influíram no meu processo, em especial à minha *Avó*.

RESUMO

O convite é a um estudo sobre o processo civil moderno e a desejável tutela do sujeito vulnerável, em especial do doente terminal – quanto a este através da providência cautelar, oficiosamente decretada pelo tribunal.

Começaremos por explicar a importância da transição da ideia formalista para uma conceção embebida de valores éticos, constitucionais e justos.

É desta mudança de panorama que emerge a ideia do juiz como condutor do processo, concordante com um princípio de gestão *pro actione*.

Ao longo de toda a dissertação temos presente o moderno Estado Democrático e como guia a justa composição do litígio.

Posto isto, partiremos a investigar o sujeito processual vulnerável e as razões desta vulnerabilidade, com ênfase na doença terminal.

Debruçamo-nos sobre o conceito de doente terminal e sobre os riscos que este corre no processo vagaroso inquietador da Justiça material.

Em seguida, cabe abordar a tutela cautelar, a sua natureza, modalidades, finalidades, características e requisitos de decretamento.

Bem como a tutelar cautelar oficiosa, principiando pela análise dos regimes que a difunde no ordenamento jurídico português.

Para então interrogar se está, ou deve estar, ao abrigo dos poderes de gestão material do juiz anti-formalista, adequar oficiosamente o processo à realidade do caso concreto, fazer uso do remédio que é a providência cautelar e, conseqüentemente, decidir efetivamente o conflito de interesses.

A nossa resposta é afirmativa, por conseguinte elaboraremos e fundamentaremos nesse sentido, para a final sugerir uma introdução legislativa consagradora dos temas explanados nesta jornada.

Palavras-chave: processo civil moderno; doente terminal; ideia formalista; princípio de gestão *pro actione*; processo vagaroso; tutela cautelar; tutela cautelar oficiosa.

ABSTRACT

The invitation is to study modern civil procedure and the desirable protection of vulnerable subjects, especially the terminally ill – in the case of the latter by means of an injunction, *ex officio* decreed by the court.

We will begin by explaining the importance of the transition from the formalist idea to a conception embedded with ethical, constitutional, and fair values.

It is from this change of panorama that the idea of the judge as a conductor of the process emerges, in accordance with a principle of *pro actione* management.

Throughout the dissertation, we keep in mind the modern Democratic State and the fair composition of the litigation as a guide.

Having said this, we will start investigating the vulnerable procedural subject and the reasons for this vulnerability, with emphasis on terminal illness.

We will look at the concept of the terminally ill and the risks that they run in the slow process that disturbs material justice.

Next, we address injunctive relief, its nature, modalities, purposes, characteristics, and requirements for its decree.

As well as *ex officio* injunctive relief, beginning with the analysis of the regimes that diffuse it in the Portuguese legal system.

Then we ask whether it is, or should be, under the material management powers of the anti-formalist judge, to adjust the process *ex officio* to the reality of the concrete case, make use of the remedy that is the injunction and, consequently, effectively decide the conflict of interests.

Our answer is affirmative, therefore we will elaborate and justify in this sense, to finally suggest a legislative introduction that will consecrate the themes explained in this journey.

Key-words: modern civil procedure; terminally ill; formalistic idea; *pro actione* management principle; slow process; injunctive relief; *ex officio* injunctive relief.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

al.	alínea
als.	alíneas
art.	artigo
arts.	artigos
atu.	atualizada
aum.	aumentada
CC	Código Civil
cfr.	confrontar
cit.	citada
Coord.	Coordenação
CPA	Código do Procedimento Administrativo (Novo)
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dr.	Doutor
ed.	edição
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
<i>et seq.</i>	<i>et sequens</i>
n.º	número
n.ºs	números
p.	página
pp.	páginas
RECHTD	Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito
reimp.	reimpressão
rev.	revista
ss.	seguintes
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
vol.	volume
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – O FORMALISMO E A OBTENÇÃO DA JUSTIÇA.....	8
1. O formalismo.....	8
2. O formalismo-valorativo.....	8
2.1. O conflito entre a efetividade e a segurança.....	9
2.2. O abandono da ideia positivista refletido no processo.....	11
3. O princípio da gestão processual <i>pro actione</i>	12
3.1. Sentido da palavra gestão.....	12
3.2. As origens do princípio da gestão processual.....	13
3.3. Os princípios da adequação formal e da gestão processual.....	14
3.4. A gestão puramente processual enquanto condução formal do processo pelo juiz (<i>active case management</i>).....	15
3.5. A gestão material na <i>Zivilprozessordnung</i> alemã (<i>materielle Prozessleitung</i>).....	16
3.6. A gestão formal no Código de Processo Civil.....	18
3.7. A gestão material no Código de Processo Civil.....	19
3.7.1. Quanto aos factos.....	19
3.7.2. Quanto ao pedido.....	20
3.7.3. Quanto às provas.....	22
4. O processo justo.....	22
4.1. A importância da ética no processo justo.....	24
CAPÍTULO II – O VULNERÁVEL NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL...25	25
1. Conceito de vulnerável.....	25
2. Conceito de vulnerável processual.....	26
2.1. Espécies de vulneráveis processuais.....	27
2.1.1. Vulnerável processual em razão de ordem económica.....	27
2.1.2. Vulnerável processual em razão de ordem técnica.....	28
2.1.3. Vulnerável processual em razão da idade.....	29
2.1.4. Vulnerável processual em razão da saúde.....	29
2.1.5. Vulnerável processual em razão de doença terminal.....	30

2.2. A vulnerabilidade no ordenamento jurídico português.....	30
2.2.1. A assistência nos Julgados de Paz.....	30
2.2.2. Impossibilidade de comparecer no Tribunal.....	31
2.2.3. Redução ou dispensa da multa por ato praticado fora do prazo.....	32
2.2.4. Censurabilidade da usura.....	32
2.2.5. «Vítima especialmente vulnerável» no Código de Processo Penal.....	33
2.2.6. Tutela do consumidor.....	33
2.2.7. Regime do Maior Acompanhado.....	34
3. O afastamento do «justo impedimento» e a avaliação casuística.....	34
CAPÍTULO III – O DOENTE TERMINAL NO PROCESSO CIVIL DEMORADO.....	37
1. Considerações gerais.....	37
2. Conceito de doente terminal.....	38
3. O doente terminal enquanto vulnerável processual.....	39
3.1. O direito de ação vazio do doente terminal.....	39
CAPÍTULO IV – A PROVIDÊNCIA CAUTELAR.....	40
1. Considerações gerais.....	41
2. Modalidades.....	42
3. Finalidades.....	44
4. A característica da provisoriedade.....	45
5. Requisitos de decretamento.....	46
5.1. <i>Fumus boni iuris</i>	47
5.1.1. A aparência de direito.....	47
5.1.2. <i>A summaria cognitio</i>	48
5.2. <i>Periculum in mora</i>	49
5.2.1. Âmbito e enquadramento.....	49
5.2.2. Elementos.....	50
5.2.2.1. Dano grave e irreparável ou de difícil reparação.....	50
5.2.2.2. Atualidade do dano.....	51
5.2.2.3. Imputabilidade do dano.....	52
5.2.3. Critérios de ponderação.....	53
5.3. Interesse processual.....	54

CAPÍTULO V – A TUTELA CAUTELAR OFICIOSA A FAVOR DO VULNERÁVEL DOENTE TERMINAL.....	55
1. A tutela cautelar oficiosa no ordenamento jurídico português.....	55
1.1. As medidas provisórias oficiosas no procedimento administrativo.....	55
1.2. Os alimentos provisórias oficiosamente concedidos a favor de menor.....	56
2. A tutela cautelar oficiosa a favor do vulnerável doente terminal.....	58
CONCLUSÃO.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65
JURISPRUDÊNCIA.....	68

INTRODUÇÃO

Com a evolução da história, mudam os valores sociais, o que necessariamente se reflete na visão do processo civil adotada.

É inegável que o tradicional processo formalista tem méritos, não obstante, o caminho que tem sido, e deve continuar a ser, percorrido é em direção a um formalismo mitigado, influenciado pela ética e pela Justiça.

Pretende-se, cada vez mais, que o processo não seja um jogo das partes, em que o vencedor é o que conhece melhor as regras do jogo.

Tem vindo a propagar-se por ordenamentos jurídicos de todo o mundo a conceção cooperativa do processo civil, baseada em princípios constitucionais, cuja finalidade são as decisões efetivas e justas.

Emerge o princípio da gestão *pro actione*, a tendência é encarar o juiz, não como um sujeito distante alheio à realidade do caso concreto, nem tão-pouco como um pai das partes, mas enquanto elemento preponderante na gestão do processo, que se guia por critérios objetivos, em busca da justa composição do litígio.

No decurso desta mudança de perspectiva, em especial na doutrina brasileira, começou a ter-se como importante falar em sujeitos processuais que não estão na lide nas mesmas condições que os demais, isto é, os sujeitos processuais vulneráveis.

Apresentaremos a nossa definição de sujeito processual vulnerável e dela partiremos para afirmar que esta vulnerabilidade exprime-se com mais importância no caso do doente terminal.

A reduzida esperança de vida do doente terminal conflitua com o processo demorado que atormenta os tribunais.

Afortunadamente, o legislador pensou já um remédio para os casos urgentes, nos quais a espera pela decisão definitiva se revela ineficaz e infrutífera: a tutela cautelar.

Posto isto, indagaremos no sentido de serem decretadas oficiosamente, no decurso da ação principal, providências cautelares antecipatórias, a favor do doente terminal, concretamente adequadas a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

CAPÍTULO I – O FORMALISMO E A OBTENÇÃO DA JUSTIÇA

1. O formalismo

A forma em sentido amplo, a que se denomina formalismo, consubstancia a *«totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais»*¹.

Por razões garantísticas, de ordenação e limitação das condutas dos sujeitos processuais e de imparcialidade, o processo pede ordem e previsibilidade, que se trazem ao processo pela obrigação de obedecer a regras que determinam o tempo e o lugar da prática de cada ato² – pode encarar-se o formalismo como o relógio dos sujeitos processuais.

O juiz paternalista e arbitrário, dissociado do cumprimento de regras previstas e desproporcionalmente mais poderoso do que as partes, comprometerá a realização do direito material, porquanto conduzirá a uma desuniformização da aplicação do direito – nestes termos, o formalismo assume um papel disciplinador dos poderes do juiz. Acresce que, o formalismo é o resultado da sábia experiência recolhida ao longo da história, que dispensa cada juiz, de cada processo, de elaborar as regras adequadas ao caso concreto³.

Por outro lado, o formalismo atua como ferramenta de igualação das partes. Distribui equilibradamente os seus poderes, garantindo sempre aos dois lados do conflito o exercício desses poderes. Resulta do fundamental princípio do contraditório que ambas as partes gozem dos poderes, faculdades e deveres, bem como possam influir no desenvolvimento do processo e na atividade cognitiva do juiz na mesma medida⁴.

2. O formalismo-valorativo

¹ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 60 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74203/41899>.

² Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo» cit., p. 60 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74203/41899>.

³ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 60-61 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

⁴ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 61-62 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

Temos presente que o formalismo é fulcral pela segurança e efectividade que traz ao processo. Não obstante, com o desgaste do tempo associou-se ao conceito uma índole negativa, passando a representar o *formalismo excessivo*⁵.

O processo é um produto do homem, influenciado pelos seus valores enquanto frutos da sua cultura⁵. Nas palavras de RICKERT, a cultura «*é o complexo rico e multifacetado reino da criação humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza*»⁶.

É descabido conceber o processo como mero instrumento técnico alheado dos valores adotados e dos objetivos da administração da justiça⁷.

Por resultado da precipitação da axiologia no direito processual, «*mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características*»⁷, o que permite ao processo ir mais além da sua característica de instrumentalidade, constituindo, profundamente, «*a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social*»⁷.

Não é lícito o formalismo cego, que não tenha utilidade na colaboração para a justa composição do litígio. Deste modo, o processo deve atender à realização da justiça material e à paz social, à efetividade, à segurança e à organização interna justa do próprio processo, bem como aos valores constitucionais e culturais⁸.

2.1. O conflito entre a efetividade e a segurança

⁵ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 62 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

⁶ Cfr. RICKERT, *Ciência cultural y ciencia natural*, cit., p. 23 et seq. apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 62 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

⁷ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 62-64 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

⁸ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 65 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

A efetividade e a segurança são valores conformadores do processo e instrumentais na realização *in casu* da Justiça. Contudo, são conflitantes entre si pelo que a sua relação requer ter presente os fins a atingir⁹.

A segurança jurídica emerge do próprio conceito de Estado de Direito Democrático, enquanto garantia contra a arbitrariedade do Estado, que acautela a democracia, a justiça, a igualdade, a legalidade e a divisão de poderes. É desta exigência que decorre o princípio do juiz natural, a paridade de armas, o contraditório, a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente, o dever de fundamentação, a necessidade de simplicidade, clareza, acessibilidade e previsibilidade na formulação das regras jurídicas, a irretroatividade da lei e a proteção dos direitos adquiridos¹⁰.

Dito isto, não se olvide que a segurança jurídica não deve confundir-se «*com a manutenção cega e indiscriminada do statu quo*»¹¹. Mostra-se míope a percepção que identifica o Estado com a ordem e a lei com a justiça, porquanto é fundamental ir além daquele valor, uma vez que há que centrar cada processo no «*fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo*»¹¹, sob cominação de se inclinar para o formalismo excessivo, capaz de obstar direitos fundamentais¹¹.

É nesta senda que se propugna o processo eficiente, efetivo e justo, sem dilações temporais ou formalismos excessivos, capaz de conferir à parte vencedora tudo o que lhe for justamente devido¹² – razão pela qual se tem justificado «*o inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito*»¹².

A perspetiva constitucional do processo, que abordaremos mais adiante, tem em consideração a sua inserção na realidade política e social, já que procura conciliar a estrutura das garantias formais com mecanismos processuais eficientes e funcionais¹³.

⁹ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 65-66 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹⁰ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 66-67 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹¹ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 67 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹² Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 67-68 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a proclamar que o processo deve dedicar-se à proteção de direitos concretos e efetivos, bem como que o acesso ao Direito não deve ser constrangido pelas limitações de várias ordens¹³.

Deste modo, parece evidente que o valor da efetividade tem vindo a ganhar preponderância em relação ao da segurança¹⁴, o que favorecemos.

Por um lado, a capacidade atual da informação se propagar conduz a que interesse, cada vez mais e à generalidade da sociedade, a resolução rápida e efetiva dos litígios judiciais¹⁴.

Por outro lado, a emergência e «*adoção dos princípios e sua constitucionalização*»¹⁴, encarados como pedra basilar na aplicação prática do direito, acompanhada do abandono do formalismo excessivo, autoritário e desprovido do diálogo democrático, faz emergir um processo mais flexível e uma modificação quanto à segurança jurídica, «*que passa de um estado estático para um estado dinâmico*»¹⁴.

Não podemos defender a perspetiva da segurança alheada dos fins sociais do Estado.

Destarte, cabe ao julgador uma análise casuística, porquanto acolher o formalismo «*pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto*»¹⁴.

2.2. O abandono da ideia positivista refletido no processo

Há que realçar a importância que tem vindo a ganhar a corrente de cooperação entre partes, das partes com o juiz e deste com as partes, sem prejuízo das regras formais¹⁵.

O diálogo entre os sujeitos envolvidos no processo judicial está inerente à conceção democrática, sendo pacífico que se trata de um valor indispensável e a fomentar¹⁵, «*pois a esperança e o que se visa é que da discussão nasça a luz*»¹⁶.

As partes participam no processo para a formação da decisão, extraíndo-se o princípio da colaboração deste direito de participação, «*na medida em que tanto as partes*

¹³ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 68-69 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹⁴ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., pp. 69-70 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹⁵ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 70 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., p. 379, Nova Edição Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves, Coimbra Editora, 1979.

quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até ao último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade»¹⁷.

É nesta senda que se afirma que os tribunais têm o dever jurídico-constitucional de promover a efetividade da tutela judicial, por conseguinte é *«necessária a colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria»¹⁷.*

Nas palavras de Miguel Mesquita, impõe-se *«julgar o mérito das causas, descer ao «coração» do processo»¹⁸*, porquanto *«As decisões formais, avessas ao conhecimento do mérito, nunca foram, certamente, o melhor remédio para pacificar o mundo e a sociedade»¹⁸.*

3. O princípio da gestão processual *pro actione*

3.1. Sentido da palavra gestão

A *«gestão do tribunal»*, ou o *«court management»*, é o primeiro sentido adotado pela conceção de gestão, que engloba a *«organização interna do tribunal»* e a *«articulação entre vários tribunais»*, de tal forma que a Justiça seja mais eficaz, inserindo-se no conceito a *«gestão de recursos humanos e materiais»*, *«métodos de trabalho»* e *«avaliação de desempenho»¹⁹*.

Quanto ao segundo sentido, mais relevante para o nosso estudo, *«a gestão enquanto actividade ligada ao processo em si mesmo, ou seja, a gestão processual propriamente dita»*, é de referir que só em 2013 foi expressamente consagrado o princípio da gestão processual no Código de Processo Civil¹⁹.

O princípio apareceu primeiramente no artigo 265.º-B do Projecto que precedeu a Proposta de Lei n.º 113/XII, de 22/11/2012, com a seguinte redação:

¹⁷ Cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo», cit., p. 71 in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – n.º 26, 2006.

¹⁸ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 78 in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145.º, Novembro – Dezembro de 2015, N.º 3995.

«1 – O juiz dirige activamente o processo, determinando, após audição das partes, a adopção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável. 2 – Não é admissível recurso das decisões proferidas com base no disposto no número anterior»¹⁹.

Subsequentemente, o princípio consagrou-se no artigo 6.º do Código de Processo Civil, sob a epígrafe «dever de gestão processual», com a seguinte redação:

«1 – Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 – O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo»¹⁹.

Entendemos que se adota a ideia que o juiz deve ser um gestor, alguém que exerce influência, guiado pela finalidade da celeridade, mas com a ambição de alcançar a justa composição do litígio²⁰.

Quando nos afastamos da visão formalista do processo, é descabido circunscrever a gestão do juiz a aspetos puramente procedimentais, pelo que «o juiz – num processo assente numa ideia de cooperação – deve interferir no processo, a fim de alcançar não apenas a celeridade, mas uma composição materialmente justa dos interesses conflituantes»²⁰.

3.2. As origens do princípio da gestão processual

¹⁹ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 79 in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145.º, Novembro – Dezembro de 2015, N.º 3995.

²⁰ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 82-83 in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145.º, Novembro – Dezembro de 2015, N.º 3995.

É entendimento de ALBERTO DOS REIS que já o n.º 9 do art. 28.º do Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926 atribuía ao juiz o poder de impulsão, isto é, o poder de «*remover todos os obstáculos ao seguimento do processo*»²¹.

O art. 14.º do Decreto n.º 21.287, de 26 de Maio de 1932, dispõe «*A instrução do processo pertence às partes, mas sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça*»²¹.

Por sua vez, o CPC de 1939 veio fortalecer as faculdades do juiz, determinando no seu art. 266.º que «*A justiça deve ser pronta. Ao juiz cumpre remover todos os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório, quer ordenando o que for necessário para o seguimento do processo*»²².

Esta evolução culminou com a redacção do atual art. 6.º, cujo conteúdo ALBERTO DOS REIS ilustra da seguinte forma: «*As partes têm liberdade de tomar ou não a barca da justiça: ninguém as obriga a embarcar; mas se embarcam, não podem fazer a bordo o que lhes apetecer, ficam necessariamente submetidas à direcção do capitão do navio, à disciplina e ao comando que ele haja de impor, a bem do interesse comum dos passageiros, da tripulação e da carga*»²³.

3.3. Os princípios da adequação formal e da gestão processual

Apesar do princípio da adequação formal não estar consagrado no art. 6.º do CPC, lado a lado com o princípio da gestão processual, defendemos que o art. 547.º do CPC – «*O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*» – positiva um subprincípio da gestão processual.

O processo declarativo tem uma estrutura, um esquema, uma espinha dorsal, porém, este subprincípio autoriza o juiz a flexibilizar o processo, a indeferir liminarmente

²¹ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. III, cit., p. 12.

²² Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 80 in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, Novembro – Dezembro 2015, N.º 3995.

²³ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. III, cit., p. 8.

ações manifestamente improcedentes, a convidar o autor a corrigir a petição inicial e até a modelar o conteúdo dos próprios atos processuais (veja-se o exemplo, trazido por MIGUEL MESQUITA, em que numa ação de divisão de coisa comum, o juiz autoriza um dos réus a deduzir pedido reconvenicional para pagamento de benfeitorias contra outro réu)²⁴.

Isto do princípio da adequação formal, que se trata de pura gestão processual, consiste em o juiz adequar a forma do processo ao caso concreto, exercendo influência na tramitação, «em prol de uma justiça mais eficiente»²⁴.

3.4. A gestão puramente processual enquanto condução formal do processo pelo juiz (*active case management*)

Nas palavras de J. A. JOLOWICZ, o ordenamento processual inglês adversarial «baseava-se na ideia do litígio privado das partes, litígio que o tribunal resolvia dentro dos termos apresentados por elas»²⁵, apenas garantindo a «justiça processual às partes que se encontrassem num plano de igualdade, aguardando-se que a verdade emergisse do confronto entre as suas alegações»²⁵.

No entanto, o «*adversarial principle*» perdeu força e emerge a máxima da «gestão ativa do processo», que se descreve como a «atribuição ao juiz de poderes relativos ao «*iter*», ou seja, ao caminho ou percurso processual»²⁶.

De entre as Civil Procedure Rules, consta da Rule 1.4 diversos poderes que concretizam a gestão processual do juiz: «a) *Incentivar a cooperação entre as partes*; b) *Identificar as grandes questões do processo*; c) *Acentuar os factos que necessitam de prova*; d) *Determinar a ordem de julgamento das questões*; e) *Estimular as partes a recorrerem a meios alternativos de resolução do litígio*; f) *Fixar prazos e horários*; g) *Resolver problemas, evitando a deslocação das partes ao tribunal*; h) *Fazer uso dos meios tecnológicos*; i) *Dirigir o pleito de forma a que a audiência de julgamento corra de forma célere e eficaz*»²⁷.

²⁴ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 83-85 in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145.º, Novembro – Dezembro 2015, N.º 3995.

²⁵ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 85.

²⁶ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 85-86.

A Rule 3 permite ao juiz, se achar conveniente, «receber a prova por via telefónica» ou permitir a «apensação de várias acções no mesmo processo»²⁷.

A Rule 26 prevê as «pequenas causas» (*small claims track*: acções com valor igual ou inferior a £ 5,000), as «causas rápidas ou médias» (*fast track*: acções com valor superior a £ 5,000 e igual ou inferior a £ 15,000) e as «causas complexas ou maiores» (*multi-track*: acções com valor superior a £ 15,000), cabendo ao juiz e às partes, tendo em consideração a complexidade da acção, e não apenas o valor da causa, decidir em consenso a tramitação mais adequada para o processo (Rule 26.8), que poderá ser adaptada às particularidades do caso concreto (Rule 26.10)²⁷.

O juiz inglês não tem o poder de procurar prova. Não obstante, a Rule 32.1 consagra o poder-dever do juiz «identificar as questões necessitadas de prova, as espécies de provas fundamentais para o caso e a forma de distribuição do respectivo ónus»²⁷, bem como a Rule 18.1 permite «ordenar aos litigantes que esclareçam qualquer aspecto da causa» ou «fornecem qualquer informação adicional relevante»²⁷.

O nosso modelo e o inglês aproximam-se. Nas palavras de MIGUEL MESQUITA, atendendo ao artigo 6.º, sobre o juiz português recai hoje o seguimento comando: «conduz ou orienta o processo de modo a que ele se torne eficiente! Adapta o procedimento, se isso for necessário, pois passaste a ser também o «arquitecto» do processo! Adverte as partes para as grandes questões!»²⁸.

3.5. A gestão material na *Zivilprozessordnung* alemã (*materielle Prozessleitung*)

Apesar da presença da gestão formal (*formeller Verfahrensleitung*) na ordem jurídica alemã, a gestão material (*materielle Verfahrensleitung*) é o centro das atenções, porquanto ingere diretamente com o «coração» do processo, com o mérito da acção – consagrada no § 139 da ZPO (*Zivilprozessordnung*), abre as portas ao processo justo²⁹.

Continua a vigorar o princípio da auto-responsabilidade das partes (*Prinzip der Parteiherrschaft*), mas o afastar da justiça cível como «coisa das partes», «conduziu à ideia

²⁷ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 86-87.

²⁸ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 87.

de que o juiz deverá, na qualidade de activo condutor do processo (ein aktiver Lenker des Rechtsstreits), intervir em prol da eficiência do processo e da sentença materialmente justa»²⁹.

CAPPELLETTI esclarece que o princípio da direção material do processo «*concede ao juiz o poder de intervir, de solicitar, de estimular, chamando a atenção das partes não apenas para qualquer irregularidade formal, mas também para a incompletude ou imprecisão das alegações ou dos pedidos (delle allegazioni o delle richieste), dando-lhes a possibilidade de modificarem, de ampliarem, de corrigirem, enfim, a própria posição»³⁰.*

Intimamente ligado ao princípio da cooperação («*devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio»*), são vários os poderes atribuídos ao juiz pelo princípio da gestão material, entre os quais:

1) Para que as partes não percam os seus direitos ou posições substantivas como consequência de erros ou falhas meramente formais, cabe ao juiz convidá-las a completarem as alegações de facto deficientes.

2) Estando presente um «*interesse público relevante*» (como é, por exemplo, a economia processual) e, dentro do possível, com respeito pela vontade das partes, é admissível a «*intervenção judicial no sentido de o autor (ou de o réu reconvinente) reformular o pedido, tornando este mais claro ou até mais útil*», podendo mesmo o tribunal, em casos extraordinários, redefinir a causa de pedir e o pedido (§ 263 da ZPO)

3) Nos termos dos §§ 142, 144 e 273 da ZPO, o juiz tem o dever de incentivar as partes a requererem os meios de prova adequados ao esclarecimento dos factos controvertidos.

4) Apesar do juiz não poder introduzir factos novos no processo, quando da produção da prova resultem factos instrumentais, indiciários ou probatórios, o juiz «*tem de perguntar à parte interessada se pretende aproveitar-se deles no processo*».

²⁹ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 88.

³⁰ Cfr. «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo», in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, Padova, Cedam, 1967, pp. 419 e ss. *apud* MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 89.

5) Nos termos do § 278 I da ZPO, recai sobre o juiz a obrigação de alcançar a «*composição amigável do litígio*» (*gütliche Beilegung des Rechtsstreits*)³¹.

3.6. A gestão formal no Código de Processo Civil

O poder de gestão procedimental anda de mãos dadas com o princípio da economia processual, desdobrando-se num *dever de direção*, num *dever geral de impulsão*, num *dever de simplificação e de agilização* e num *dever de sanção*³². Vejamos algumas normas do Código de Processo Civil que consagram este poder-dever.

Dispõe o n.º 1 do artigo 151.º do CPC que «A fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais, deve o juiz providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles, podendo encarregar a secretaria de realizar, por forma expedita, os contactos prévios necessários».

Quando pendam perante o mesmo juiz ações propostas separadamente, e se verifiquem «os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção», o juiz pode determinar, «mesmo *oficiosamente*, ouvidas as partes, a apensação» (cfr. n.º 1 e n.º 4 do artigo 267.º do CPC).

Nos termos da al. g), do n.º 1 do art. 591.º do CPC, a audiência prévia tem como fim, entre outros, «Programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas».

No âmbito da audiência final, «*O juiz goza de todos os poderes necessários para tornar útil e breve a discussão e para assegurar a justa decisão da causa*» (cfr. n.º 1 do art. 602.º do CPC). Ao abrigo do n.º 2 da referida norma, compete ao juiz *dirigir os trabalhos, manter a ordem*, promover a brevidade, podendo mesmo retirar a palavra perante intervenções impertinentes³³.

³¹ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 89-91.

³² Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 91-93.

³³ Veja-se o caso do juiz que retira a palavra ao advogado que embora afirmando, com muitos rodeios, que o seu mandante está inclinado a chegar a um acordo, na verdade, apenas aceita para tal a desistência da pretensão da outra parte.

Mais, em conformidade com o n.º 8 do artigo 604.º do CPC, «*O juiz pode, nos casos em que tal se justifique, alterar a ordem de produção de prova referida no n.º 3*».

Acompanhamos MIGUEL MESQUITA quando defende que o juiz, na audiência prévia, «*ao abrigo de uma ideia de adequação formal, simplificação e agilização*» (cfr. n.º 1 do art. 6.º e art. 547.º do CPC), e para que não se comprometa, *a priori*, «*com uma diligência que poderá vir a revelar-se inútil*», poderá condicionar a aceitação de uma inspeção ao local à eventualidade de não se esclarecer com o depoimento das testemunhas³⁴.

Atendendo ao afastamento do formalismo excessivo que advogamos, emerge a importância do dever de sanação, capaz de ultrapassar as falhas ao nível dos requisitos processuais.

De acordo com a al. a), do n.º 2 do art. 590.º e com o n.º 2 do art. 6.º, ambos do CPC, cabe ao juiz «*Providenciar pelo suprimento de exceções dilatórias*», suprimindo *oficiosamente* a «*falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação*».

De grande relevância apontamos a norma do n.º 3 do art. 193.º do CPC, pela qual «*O erro na qualificação do meio processual utilizado pela parte é corrigido oficiosamente pelo juiz, determinando que se sigam os termos processuais adequados*».

Não obstante, há caminho por percorrer... Por exemplo, quanto à reconvenção diz-se que «*aumenta a probabilidade de um único processo vir a resolver todos os possíveis litígios existentes entre as partes, alcançando-se, por esta via, a desejável economia processual*»³⁵. Porém, não se aceita um pedido reconvenicional fora dos taxativamente previstos no art. 266.º do CPC – apesar da consagração do princípio da gestão processual, o Código de Processo Civil, no que diz respeito à reconvenção, «*continua a entender que a admissibilidade mais livre desta constitui uma heresia*»³⁵.

3.7. A gestão material no Código de Processo Civil

3.7.1. Quanto aos factos

³⁴ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 92-93.

³⁵ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 94.

No que diz respeito aos *factos*, no âmbito da gestão material (e ao abrigo do art. 590.º do CPC), cabe ao juiz convidar as partes «a suprir as irregularidades dos articulados», bem como sugerir o «suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto» – a título de exemplo, caso a petição inicial de uma ação indemnizatória se apresente vaga quanto aos danos materiais sofridos pelo autor, pode o juiz convidá-lo a esclarecê-los³⁶.

A audiência prévia é por excelência o momento de diálogo, sendo «*crucial para o juiz gerir, da melhor maneira possível, os factos relevantes do processo*»³⁷. Tendo-se como fundamental a delimitação da matéria controvertida do processo, a audiência prévia abre a discussão, tendo como finalidade a identificação do objeto do litígio e a enunciação dos temas da prova (cfr. als. c) e f) do n.º 1 do art. 591.º do CPC).

Ainda, o juiz considera, *oficiosamente*, factos que não tenham sido alegados na fase dos articulados, quando resultem da instrução da causa, como são os factos instrumentais, complementares e concretizadores (cfr. als. a) e b) do n.º 2 do art. 5.º do CPC) – quanto a estes dois últimos, desde que as partes «sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar».

O princípio do dispositivo tem vindo a flexibilizar-se, o que positivamente tem reforçado a gestão material do juiz³⁸.

3.7.2. Quanto ao pedido

TEIXEIRA DE SOUSA ao clarificar o princípio da cooperação destaca o «*dever de prevenção*», isto é, «*o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos*»³⁹.

³⁶ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 95.

³⁷ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 96. Na audiência prévia, o juiz deve exercer o seu dever de esclarecimento e até, afirma MIGUEL MESQUITA, sugerir ter-se como não escrito um artigo problemático e contraditório.

³⁸ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 97-98. Repare-se que nos termos do n.º 3 do art. 33.º da Lei da Arbitragem Voluntária, «*salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação*, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante».

³⁹ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 65.

Por outro lado, LOPES DO REGO considera que o princípio da cooperação não prevê «um genérico dever de prevenção e esclarecimento das partes sobre quaisquer insuficiências e deficiências das peças processuais que apresentem em juízo, de modo a caber ao juiz sugerir-lhes os comportamentos processuais que repute mais adequados, incluindo a própria alteração das pretensões deduzidas: a cooperação do tribunal com as partes, tal como aparece especialmente regulada no Código, vai traduzir-se essencialmente no convite ao aperfeiçoamento dos articulados que comportem alegações de facto ambíguas, incompletas ou insuficientemente concretizadas ou densificadas»⁴⁰ – o autor inclui-se na doutrina que circunscreve as possibilidades de alteração do pedido aos limites dos artigos 264.º e 265.º do CPC.

«Havendo acordo das partes», dispõe o art. 264.º do CPC que o pedido pode ser alterado ou ampliado em qualquer altura, a menos que perturbe inconvenientemente a instrução, a discussão e o julgamento do pleito.

«Na falta de acordo», o art. 265.º do CPC apenas admite a *redução* ou a *ampliação* do pedido até ao encerramento da audiência final, «se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo».

Não obstante, acompanhamos MIGUEL MESQUITA que não vê o artigo 265.º do CPC como um entrave ao exercício da gestão material.

Essencialmente na audiência prévia, que tem como um dos seus fins «discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio» (cfr. al. c), do n.º 1 do art. 591.º do CPC), o «juiz, em prol de uma Justiça eficiente, e em busca da justa composição do litígio, tem o poder de questionar os termos em que o pedido lhe aparece formulado, sem com isso perder a sua imparcialidade»⁴¹.

Na busca da justa composição do litígio, impende sobre o juiz a abertura da discussão e o dever de «convidar a parte a precisar o pedido incompleto, insuficiente ou pouco claro»⁴².

Apesar do artigo 609.º do CPC, que proíbe a sentença que condene «em quantidade superior ou em objeto diverso do que se pedir», defende-se, sempre com

⁴⁰ Cfr. REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, cit., p. 265.

⁴¹ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 99.

⁴² Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 102.

respeito pelo princípio do contraditório e de forma objetiva e imparcial, a procura da adequação do pedido ao caso concreto e a realização do processo eficiente⁴³.

3.7.3. Quanto às provas

Vigora entre nós o princípio do inquisitório, consagrado no art. 411.º do CPC, pelo qual «*incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*» – a gestão material manifesta-se, também, pelo exercício de tal poder⁴⁴.

Poder que se traduz num poder-dever, porquanto lhe está inerente o fim, como está à gestão material, do apuramento e descobrimento da verdade e a consequente justa composição do litígio⁴⁴.

Podemos então afirmar que, quer ao nível dos factos, quer ao nível do pedido, quer ao nível das provas, a gestão material está presente no nosso processo civil.

Em jeito de conclusão, cabe dizer que fosse a atuação das partes no processo perfeita, não seria necessária a gestão material. Porém, o «*perfeito é o desumano, porque o humano é imperfeito (...), surgindo sempre falhas que podem, sem o cuidado do juiz, impedir a justa composição do litígio e a eficiência do processo*»⁴⁵.

A *concepção social do processo (soziale Prozeßauffassung)*, ensina TEIXEIRA DE SOUSA, tem como finalidade «*coadunar a estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal*»⁴⁶. Sendo que tal conceito só se consagrará com um juiz atento ao «*coração*» do processo, que almeja «*a célere, eficiente e justa composição dos litígios*»⁴⁷, isto é, a Justiça.

4. O processo justo

⁴³ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 99-100.

⁴⁴ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., pp. 103-104.

⁴⁵ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 108.

⁴⁶ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 62.

⁴⁷ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 108.

Defendemos a concepção constitucional do processo, que se extrai da configuração dos direitos e garantias constitucionais. Deve entender-se o processo enquanto o «conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela»⁴⁸.

Modernamente, não se pode mais aceitar uma visão do processo que se limita a seguir as regras formais. Não se desenrolando o processo com respeito pelos critérios estabelecidos pelas normas e valores constitucionais, o alcançar da justiça não passa de uma miragem⁴⁹.

Entendemos o processo como uma verdadeira ferramenta na tarefa de cumprir a ordem constitucional. As regras procedimentais devem ser pensadas de tal maneira que o processo corra em concordância com a Constituição e com as garantias fundamentais, como é o caso do princípio da igualdade⁵⁰.

O processo deve andar de mãos dadas com o «justo», com a «correção», com a «equidade», com a «efetividade», de tal forma que o «devido processo legal», o processo justo, realiza «a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento», proporcionando «a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva»⁵¹.

A instrumentalidade tem-se como inerente à natureza do direito processual, pelo que a finalidade deste é a eficiência do direito material.

Nestes termos, emerge uma necessidade de adequação do processo ao caso concreto, no sentido de se cumprirem os objetivos do direito material, sendo por esta via que o direito processual se deve desenvolver⁵².

Destarte, o julgador tem um papel integrativo, «consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto», bem como

⁴⁸ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 65 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/2029>.

⁴⁹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 66 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/2029>.

⁵⁰ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 67 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵¹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., pp. 65-66 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵² Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 66 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

completivo do legislador, fazendo uso de bússolas éticas, capazes de obter justiça no processo, no plano substancial⁵³.

4.1. A importância da ética no processo justo

Pela sua função e natureza, faz parte integrante do direito processual o seguimento de regras procedimentais técnicas positivadas nos códigos. Por conseguinte, numa primeira avaliação, superficial, poderá não se vislumbrar a necessidade de um olhar moral para o processo⁵⁴.

Contudo, nessa estrutura de regras arquitetonicamente consagrada na lei, há uma forte presença ética que advém do respeito pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais e que impõe aos sujeitos processuais que se pautem, ao longo de todo o processo, pela «*boa fé, lealdade e probidade*»⁵⁵.

Estamos em condições de afirmar que o objetivo de alcançar justiça não se pode dissociar de um pacto natural do processo com a ética que fundamenta o Estado de Direito Democrático que apregoamos. Razão pela qual, todos os intervenientes no processo ditarão a sua conduta tendo presente um farol de «*valores éticos ou morais que envolvem a ideia de justiça*»⁵⁶.

Assim, tem-se que a ética que inspira o direito a um processo justo é «*o conjunto dos valores fundamentais da civilização e da democracia, dos quais se originam, segundo a premissa jusnaturalística do moderno Estado de Direito, o reconhecimento e a inderrogável proteção dos direitos invioláveis do homem*», sendo que, é «*no sacrossanto respeito à pessoa e aos seus direitos essenciais que se traduz, em última análise, a ética (ou, se se preferir, a deontologia) do processo justo*»⁵⁷.

⁵³ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 67 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵⁴ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 67 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵⁵ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 67 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵⁶ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 67 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵⁷ Cfr. COMOGLIO, L. P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, cit., p. 7 apud JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 68 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

Dito isto, há que fazer uma ressalva. A moral e o direito coexistem mas não se confundem, nem se anulam, tendo ambos papel fundamental na determinação da conduta em sociedade. Apesar da influência da ética no processo justo que defendemos, não desconsideramos as regras positivadas, nem permitimos que a ética as anule.

De forma a serem aplicadas pelo julgador, as regras morais têm necessariamente de ser integradas na lei. O que acontece, não de acordo com padrões subjetivos típicos da moral, mas através de um processo de normatização jurídica moldadora⁵⁸.

Com esta inserção não se procura uma justiça paternalista, por conseguinte o *justo* e o *injusto* aferem-se pelo objetivismo do direito. Assim, a aplicação do direito é penetrada, essencialmente, pela *equidade* normatizada pelos «*princípios constitucionais de liberdade e igualdade (...) e efetividade da tutela jurisdicional*»⁵⁹.

«*O princípio constitucional da igualdade postula que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento desigual para as situações de facto desiguais (proibindo, inversamente, o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais)*»⁶⁰.

Contudo, não há como não ter presente que os sujeitos não litigam em igualdade de circunstâncias e nas mesmas condições.

Portanto, na senda da visão do processo explicitada, cabe-nos agora indagar que sujeitos são estes, que condições e circunstâncias limitam/impedem a obtenção de uma decisão judicial efetiva, a todo e a qualquer cidadão, bem como de que mecanismos é/deve ser dotado o processo judicial de forma a ter a capacidade de mitigar aquelas limitações.

Então, comecemos por estudar o conceito do sujeito vulnerável, que não está no processo nas condições que estão os demais, e as razões da sua vulnerabilidade.

CAPÍTULO II – O VULNERÁVEL NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

1. Conceito de vulnerável

⁵⁸ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., p. 68 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁵⁹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», cit., pp. 68-69 in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010.

⁶⁰ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/05/2010, processo n.º 0375/09, in www.dgsi.pt.

No início desta jornada, importa adiantar uma definição de «vulnerável», pois é nesta ideia que assentaremos os posteriores raciocínios, é a ela que recorreremos para fundamentar as nossas conclusões.

Dispõe o dicionário Aurélio que vulnerável é *«todo aquele susceptível de ser ferido, ofendido ou atacado, ou seja, diz-se do lado fraco de uma questão, ou do ponto por onde alguém pode ser ferido»*⁶¹.

Epistemologicamente falando, a palavra «vulnerabilidade» evoca o *vulnus*, isto é, a ferida, e a *habilitas*, que se refere à capacidade e à disposição para (fazer) algo. Destarte, a pessoa vulnerável é aquela capaz de ser ferida, a quem está associada o risco de ser exposta a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade⁶².

Repare-se que conformamos a sociedade como uma comunidade de risco, e que, portanto, não é de negar que toda a pessoa está sujeita a riscos. No entanto, existem fatores e condições, que identificaremos mais adiante, que dilatam esta suscetibilidade, pelo que exigem um olhar mais atento para cada caso concreto.

Nas palavras de MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *«I want to claim the term “vulnerable” for its potential in describing a universal, inevitable, enduring aspect of the human condition that must be at the heart of our concept of social and state responsibility. Vulnerability thus freed from its limited and negative associations is a powerful conceptual tool with the potential to define an obligation for the state to ensure a richer and more robust guarantee of equality than is currently afforded under the equal protection model»*⁶³.

2. Conceito de vulnerável processual

Dado o pontapé de saída, através da explanação dos conceitos de vulnerável e de vulnerabilidade, amplamente falando, partimos, agora, para o enquadramento destas noções no âmbito da relação jurídica processual. Isto é, cabe-nos elaborar sobre o «vulnerável processual».

⁶¹ Cfr. Wikiglaw – Glossário Jurídico. Disponível em <https://wikiglaw.fd.uc.pt>.

⁶² Cfr. Wikiglaw – Glossário Jurídico. Disponível em <https://wikiglaw.fd.uc.pt>.

⁶³ Cfr. *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 20: Iss. 1, Article 2 *apud* RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 201, in Revista Julgar n.º 31, 2017. Disponível em <http://julgar.pt/a-acecao-da-vulnerabilidade-no-processo-civil/>.

Foi em virtude do trabalho de FERNANDA TARTUCE que temos o sistema jurídico brasileiro como precursor na aceitação da ideia de vulnerabilidade.

A professora define o vulnerável processual, a vulnerabilidade no processo como a *«susceptibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem económica, informacional, técnica ou organizacional de carácter permanente ou provisório»*⁶⁴.

Orientada por esta concepção, TÂNIA TAVARES RAMOS determina o vulnerável processual como *«uma condição, uma causa, um condicionante, um fator impeditivo ou modificativo de cariz permanente ou provisório de litigar na sua plenitude, ou seja, de estar plenamente em juízo na lide»*⁶⁵.

Subscrevendo estes imprescindíveis avanços, não podemos deixar de tentar contribuir com a nossa perspetiva.

Nos termos epistemológicos *supra* referidos, a pessoa vulnerável é a que, em consequência de uma sua fragilidade, corre o risco de ser exposta a prejuízo. Por conseguinte, *o vulnerável processual terá que ser o litigante que, em consequência de uma fragilidade, sua ou de sua testemunha, corre o risco de ser exposto a prejuízo no processo.*

Posto isto, releva agora debruçar-nos sobre estas fragilidades, isto é, sobre os fatores e condições que ampliam a susceptibilidade do litigante ser exposto a prejuízo e que justificam o estatuto de «vulnerável processual».

2.1. Espécies de vulneráveis processuais

2.1.1. Vulnerável processual em razão de ordem económica

Ensina MAURO CAPPELLETTI *«que tratar “como iguais” sujeitos que económica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça»*⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. TARTUCE, Fernanda, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, cit., p. 184.

⁶⁵ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 201, in *Revista Julgar* n.º 31, 2017. Disponível em <http://julgar.pt/a-acecao-da-vulnerabilidade-no-processo-civil/>.

⁶⁶ Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., p. 67, Buenos Aires, Editora Jurídicas Europa-América, 1974 *apud* RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 202, in *Revista Julgar* n.º 31, 2017.

Tendo esta realidade presente, consagrou-se o sistema de acesso ao direito e aos tribunais, que visa o acesso à Justiça a todos, apesar da sua condição social, cultural ou económica (cfr. n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 34/2004).

Não obstante o fundamental instituto da proteção jurídica, alerta a DECO PROTESTE que «*Os serviços não conseguem dar resposta ao intenso volume de pedidos de reconhecimento de insuficiência económica que, diariamente, dão entrada nos balcões da Segurança Social*»⁶⁷.

Não preenchendo os exigentes requisitos do reconhecimento de insuficiência económica, o litigante terá que acarretar, ao longo de todo o processo, com as taxas de justiça e encargos. Ora, é incontroverso que a parte economicamente mais forte está mais preparada para se opor, para deduzir incidentes, para reclamar, para recorrer. Veja-se, está mais preparada para se proteger do risco de ter o prejuízo de perder a causa.

É inegável que uma parte com mais poderio económico poderá ter a capacidade de vencer a causa *por cansaço* da outra parte.

Quantas mais taxas de justiça tiverem que ser pagas e quanto mais elevadas forem, maior será a possibilidade de agressão do princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, bem como do princípio do contraditório, ambos constitucionalmente consagrados (cfr. artigo 20.º da CRP).

Em 2019, GUILHERME FIGUEIREDO, então Bastonário da Ordem dos Advogados, afirmou que «*A justiça neste Portugal de estado de direito democrático encontra-se, e manter-se-á, doente, enquanto não se adequarem as custas e taxas judiciais ao país real, enquanto mantivermos uma justiça para ricos e uma justiça para pobres*»⁶⁸.

Destarte, apesar dos esforços que têm vindo a ser realizados para que se esbata a influência das desigualdades económicas das partes, parece ser de afirmar que a força financeira continua a ser preponderante no acesso à Justiça.

2.1.2. Vulnerável processual em razão de ordem técnica

⁶⁷ Cfr. O Jornal Económico, «Justiça: os custos de um processo e quem paga por eles, 19 de Abril de 2018». Disponível em <https://jornaleconomico.pt/noticias/justica-os-custos-de-um-processo-e-quem-paga-por-eles-296046>.

⁶⁸ Cfr. Jornal de Notícias, «Bastonário dos Advogados diz que há uma justiça para ricos e outra para pobres», 15 de Janeiro de 2019. Disponível em <https://www.jn.pt/justica/bastonario-dos-advogados-diz-que-ha-uma-justica-para-ricos-e-outra-para-pobres-10442326.html>.

A vulnerabilidade processual por razões económicas apresenta, ainda, como consequência a vulnerabilidade processual de ordem técnica.

Isto é, o litigante que tiver a faculdade de suportar mais e melhores defensores, que empreguem mais olhos e olhos mais atentos ao processo, que detenham mais conhecimento e destreza técnica, apresenta-se na lide com uma vantagem incontestável sobre a outra parte.

Por outro lado, surgem litígios em que *a priori* um dos litigantes está em desvantagem, na medida em que contratualizou numa situação de desinformação e debilidade, como acontece com os consumidores e os contratos de adesão.

2.1.3. Vulnerável processual em razão da idade

A capacidade natural de entendimento e compreensão da pessoa varia conforme a idade.

Não se configura que um jovem ou adolescente, de acordo com o critério do *bonus pater familias*, tenha as mesmas habilitações de compreensão que o cidadão «comum», na medida em que ainda se encontra numa fase de desenvolvimento discernimental.

Por outro lado, também o idoso se pode considerar como vulnerável processual, uma vez que, de acordo com o critério do *bonus pater familias*, em razão da idade, vê as suas faculdades de compreensão afetadas⁶⁹.

Ainda, e este é um aspeto fulcral do nosso estudo, raros não são os casos em que pessoas idosas, que intervêm enquanto testemunhas e enquanto partes, falecem no decurso do processo, pelo que a decisão da causa chega em momento inútil ou então, por não terem sido ouvidas todas as testemunhas, é injusta.

2.1.4. Vulnerável processual em razão de saúde

As faculdades físicas e psicológicas do sujeito processual, ou das suas testemunhas, poderão também ser um fator condicionante da atuação no litígio⁷⁰⁷¹.

⁶⁹ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 203-204, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

Veja-se os casos em que testemunhas ou uma das partes, de forma temporária ou permanente, estão impossibilitadas de comparecer no Tribunal.

2.1.5. Vulnerável processual em razão de doença terminal

O estudo do doente terminal enquanto vulnerável processual será autónomo e prosseguido mais adiante.

Para já, dizemos que, pela definição de vulnerável processual que demos anteriormente, o doente terminal é o sujeito processual mais vulnerável a considerar.

Antes de seguirmos para essa reflexão, confirmaremos que o ordenamento jurídico português, embora muito timidamente, tem já atendido ao conceito de vulnerabilidade.

2.2. A vulnerabilidade no ordenamento jurídico português

2.2.1. A assistência nos Julgados de Paz

Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, «*A assistência é obrigatória quando a parte seja analfabeta, desconhecadora da língua portuguesa ou, por qualquer outro motivo, se encontrar numa posição de manifesta inferioridade, devendo neste caso o juiz de paz apreciar a necessidade de assistência segundo o seu prudente juízo*».

Embora não indo tão longe como TÂNIA TAVARES RAMOS, que considera que esta é uma norma que prevê uma situação de vulnerabilidade em razão de ordem económica, acompanhamos a autora quando afirma que aqui o legislador abarcou o vulnerável em razão de ordem técnica e em razão de saúde.

No processo n.º 723/2005-JP, o pai da Demandada juntou aos autos um atestado médico onde atestava que aquela se tratava de uma pessoa com limitações psíquicas, por

⁷⁰ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 203, in *Revista Julgar*, n.º 31, 2017.

⁷¹ A pessoa com deficiência é «*aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas*» (Cfr. artigo 2.º da Lei n.º 38/2004).

consequente a Juíza de Paz decidiu que, «*atenta a manifesta inferioridade da Demandada*», esta fosse notificada, nos termos da norma *supra* citada, para que no prazo de 10 dias constituísse advogado, advogado-estagiário ou solicitador⁷².

2.2.2. Impossibilidade de comparecer no Tribunal

Pertinentemente, o legislador considerou que, perante certos circunstancialismos, se justifica o abandono do princípio da imediação, pelo qual deve existir contacto direto entre o julgador, as partes e as testemunhas.

Relativamente aos depoimentos de parte e às declarações de parte, quando, por motivo de doença, a parte esteja impossibilitada de comparecer no tribunal, mas não de prestar depoimento/declarações, estas provas são prestadas nos termos do artigo 518.º ou 520.º do CPC, e apenas quando assim não for possível, adiar-se-á a sessão (cfr. artigo 457.º e n.º 2 do 466.º ambos do CPC).

Quanto às testemunhas, dispõe o n.º 1 do artigo 520.º do CPC que «*quando ocorra impossibilidade ou grave dificuldade de atempada comparência de quem deva depor na audiência, pode o juiz determinar, com o acordo das partes, que sejam prestados, através da utilização de telefone ou outro meio de comunicação direta do Tribunal com o depoente, quaisquer esclarecimentos indispensáveis à boa decisão da causa, desde que a natureza dos factos a averiguar ou esclarecer se mostre compatível com a diligência*».

Também o artigo 506.º do CPC consigna que «*Quando se mostre que a testemunha está impossibilitada de comparecer no tribunal por motivo de doença, observa-se o disposto no artigo 457.º e o juiz faz o interrogatório, bem como as instâncias*».

Por outro lado, como é sabido, via regra, a prova testemunhal é produzida na audiência final (cfr. artigo 500.º do CPC). Não obstante, tratando-se de uma testemunha, por exemplo, com reduzida esperança de vida, o legislador prevê a possibilidade de não ser necessária a espera daquele momento para ouvir o seu depoimento, isto é, admite a produção antecipada de prova – «*Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou*

⁷² Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 204-205, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação».

2.2.3. Redução ou dispensa da multa por ato praticado fora do prazo

Mesmo no caso em que o pagamento de uma quantia advém do não cumprimento de um prazo, o legislador optou pela proteção da parte vulnerável.

Dispõe o n.º 8 do artigo 139.º do CPC que *«O juiz pode excepcionalmente determinar a redução ou dispensa da multa nos casos de manifesta carência económica ou quando o respetivo montante se revele manifestamente desproporcionado, designadamente nas ações que não importem a constituição de mandatário e o ato tenha sido praticado diretamente pela parte».*

Ora, o *supra* mencionado sistema do apoio judiciário, que isenta o pagamento de taxas de justiça e de custas, não abrange as multas indicadas no art. 139.º do CPC.

Com a previsão daquela norma, o legislador salvaguarda, tal como diz TÂNIA TAVARES RAMOS⁷³, o vulnerável em razão de ordem económica. Porém, é nossa opinião que, na segunda parte da regra, também o vulnerável em razão de ordem técnica é acautelado.

2.2.4. Censurabilidade da usura

De acordo com o n.º 1 do art. 282.º do Código Civil, *«É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados».*

Esta conduta de exploração é de tal maneira censurável que é prevista pelo próprio legislador penal, no artigo 226.º do Código Penal, e punida, em certas circunstâncias, com pena de prisão até 5 anos.

⁷³ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 206-207, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

Acompanhamos TÂNIA TAVARES RAMOS quando afirma que de um lado está um vulnerável em razão de ordem técnica e/ou em razão de ordem de saúde e de outro alguém que aproveita essa situação de vulnerabilidade⁷⁴.

2.2.5. «Vítima especialmente vulnerável» no Código de Processo Penal

Em transposição da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, a Lei n.º 130/2015, que aprova o Estatuto da Vítima, vem aditar ao CPP o artigo 67.º-A, que no seu n.º 1, alínea b), considera «*Vítima especialmente vulnerável, a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social*».

Acompanhamos TÂNIA TAVARES RAMOS quando valoriza aqui a consagração expressa da palavra vulnerável e das palavras idade e saúde, como razões de vulnerabilidade⁷⁵.

2.2.6. Tutela do consumidor

A assunção do consumidor enquanto vulnerável, em especial de ordem técnica, é pacificamente aceite.

São incontáveis os conflitos judiciais que derivam da relação entre consumidor e produtor/vendedor/prestador de serviços, e, provavelmente, ainda mais aqueles que não tomam lugar precisamente pelo desequilíbrio montanhoso que existe em tal confronto.

Esta vulnerabilidade é a razão de ser, por exemplo, do Livro de Reclamações e da DECO PROTESTE, bem como de várias previsões legais, inclusive europeias, que visam a defesa do consumidor.

⁷⁴ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 207-208, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

⁷⁵ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 208-209, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

⁷⁶ A autora ressalta ainda, nesta senda, em nota de rodapé, a Lei 12.015/2009, do sistema jurídico brasileiro, que modificou a tutela penal da dignidade sexual dos «vulneráveis», pessoas menores de dezoito anos ou, que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência; bem como o DL italiano de 15/12/2015 onde se reconhece o estatuto da vítima do crime como «vulnerável».

O n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, que consagra a Lei da Defesa do Consumidor, estabelece que *«Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor»*.

O Decreto-Lei n.º 84/2021, garante dos direitos do consumidor na compra e venda de bens móveis, de bens imóveis, conteúdos e serviços digitais, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (EU) 2019/771 e a Diretiva (EU) 2019/770, no seu artigo 13.º, *inverte o ónus da prova* quando a falta de conformidade do bem se manifeste num prazo de dois anos a contar da data de entrega do bem.

2.2.7. Regime do Maior Acompanhado

O Regime do Maior Acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, que elimina os institutos da interdição e da inabilitação, altera o artigo 138.º do CC, pelo qual *«O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento»*.

Tal regime impõe também que, da mesma forma que os menores, *«os maiores acompanhados sujeitos a representação só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, exceto quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente»* (cfr. n.º 1 do artigo 16.º do CPC).

3. O afastamento do «justo impedimento» e a avaliação casuística

Aqui chegados, expusemos já a nossa visão relativamente ao conceito de vulnerabilidade e enunciamos os principais fatores e condições que ampliam a suscetibilidade do litigante ser exposto a prejuízo na lide.

Ficou também claro que o legislador não tem sido alheio a esta realidade. São várias as previsões normativas espalhadas pelo ordenamento jurídico português em que é

considerado, mesmo que implicitamente, o sujeito vulnerável, seja diretamente, seja por acautelamentos tidos com as testemunhas.

A sociedade está em constante mutação, cada vez mais complexa, e o Direito tem necessariamente, sob pena de se tornar obsoleto, de acompanhar esta evolução, visando sempre, desprovido de amarras e preconceitos, encontrar soluções que permitam alcançar a Justiça.

Abraçamos o caminho que o processo civil português tem seguido em direção à conceção «social» do processo, com base «*na ideia de que o processo já não é “das partes”, sendo enfatizados os fins sociais que o processo visa atingir, a justa composição do litígio com influência e efeitos inter e supra partes, no sentido de se alcançar e visar a pacificação social*»⁷⁷.

Hoje, o processo civil deve assentar na colaboração entre as partes e o juiz, pelo que se «*exige não só um juiz atento à tramitação, mas também ao coração do processo, ou seja, aos factos, ao pedido e às provas*»⁷⁸.

A preocupação que o legislador tem demonstrado em prever situações em que se manifestam razões de vulnerabilidade processual e a apresentar soluções concretas para tentar reequilibrar a igualdade entre as partes, é precisamente um reflexo desta ideia de processo civil cooperativo que propugnamos e que tem vindo a ganhar cada vez mais importância.

Não obstante, poderemos seguir o sistema brasileiro, avançado por FERNANDA TARTUCE, que considera a vulnerabilidade como «justa causa», podendo o juiz conhecê-la oficiosamente, na hipótese de constituir facto notório⁷⁹?

No nosso ordenamento, o instituto mais semelhante à «justa causa» é o «justo impedimento», consagrado no artigo 140.º do CPC, segundo o qual: «*1 – Considera-se «justo impedimento» o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários que obste à prática atempada do ato. 2 – A parte que alegar o justo impedimento oferece logo a respetiva prova; o juiz, ouvida a parte contrária, admite o requerente a praticar o ato fora do prazo se julgar verificado o impedimento e reconhecer*

⁷⁷ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 213, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

⁷⁸ Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 105.

⁷⁹ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 223, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

que a parte se apresentou a requerer logo que ele cessou. 3 – É do conhecimento oficioso a verificação do impedimento quando o evento a que se refere o n.º 1 constitua facto notório, nos termos do n.º 1 do artigo 412.º, e seja previsível a impossibilidade da prática do ato dentro do prazo».

Em primeiro lugar, distanciamo-nos da ideia que a situação de vulnerabilidade, de forma a ser relevada, tem necessariamente de resultar de um fator ou condição não imputável à parte, aos seus representantes ou mandatários. Pensar de outra forma, conduzir-nos-ia a uma discussão sem fim sobre a razão pela qual a pessoa se encontra numa situação de debilidade económica, técnica ou de saúde e até que ponto contribuiu ou não para ela.

Acompanhamos TÂNIA TAVARES RAMOS ao afirmar que, tendo em conta a exigência da jurisprudência⁸⁰ para ativar o mecanismo do justo impedimento, não nos parece que a vulnerabilidade processual, uma vez averiguada, possa reputar-se como justo impedimento⁸¹.

Por outro lado, caso a vulnerabilidade processual se tivesse como dada, nada teríamos contra a hipótese de o juiz a conhecer oficiosamente, se realmente o fator ou condição que contribui para aquela se pudesse considerar um facto notório, nos termos e para os efeitos do artigo 412.º do CPC.

No entanto, temos que seguir o entendimento de TÂNIA TAVARES RAMOS, que tem esta possibilidade como desarmonizada com a *ratio legis* do facto notório. Isto pois, de acordo com a lei, o facto notório é aquele que é de tal maneira evidente que prescinde de alegação, é um facto do «conhecimento geral».

É com muita dificuldade que conjeturamos que as razões da vulnerabilidade processual possam ser tidas como factos de conhecimento geral.

Assim, afastamo-nos de pensar na vulnerabilidade processual como justo impedimento, cabendo à parte o ónus de alegar os factos dos quais aquela se poderá extrair⁸².

⁸⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/03/2015, processo n.º 1804/12.7TBTNV-B.EI.C1., in www.jurisprudencia.csm.org.pt, onde se lê: «Não é desculpável o comportamento da parte que entrega o formulário do apoio judiciário, na Segurança Social, com dívidas sobre o seu teor, enganando-se na quadrícula que respeitava à sua intenção, pois tinha ao seu alcance a eliminação de tais dívidas».

⁸¹ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., p. 223, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

⁸² Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 223-224, in Revista Julgar n.º 31, 2017.

Ao longo deste estudo demos nota que o legislador tem já acautelado concretas situações de vulnerabilidade, utilizando expressões como «manifesta inferioridade», «impossibilidade ou grave dificuldade», «manifesta carência económica», «explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência».

Contudo, o legislador sapientemente não deu ainda o arriscado passo de consagrar expressamente no Código de Processo Civil o conceito «vulnerável processual».

Acolhemos a posição de TÂNIA TAVARES RAMOS quando afirma que *«tendo em conta as novas vestes que o processo civil assume, o repensar do processo civil sob o prisma de uma conceção “social” do processo, preocupado com os fins sociais, com a pacificação social, o legislador ao estatuir neste momento esta cláusula geral iria, precisamente, perturbar a paz social, pois, como sabemos, face à amplitude que necessariamente teria que ter a redação de uma cláusula geral de vulnerabilidade, seria objeto, pelo menos num primeiro momento, de uso anormal e abusivo, perturbando, assim, a paz social»*⁸³.

Destarte, o legislador não deve ter receio de positivar a expressão «vulnerável» ou «vulnerabilidade».

Porém, cabe-lhe analisar casuisticamente as situações da vida concreta, procurando pressentir, cuidadosa e atentamente, a verificação dos fatores ou condições que ampliam a suscetibilidade do litigante ser exposto a prejuízo, almejando o alcance de soluções capazes de ultrapassar estas fragilidades e de balancear as partes no processo e no acesso à Justiça.

CAPÍTULO III – O DOENTE TERMINAL NO PROCESSO CIVIL DEMORADO

1. Considerações gerais

A doença terminal é a razão de vulnerabilidade processual que mais consideramos para efeitos do presente estudo.

⁸³ Cfr. RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», cit., pp. 224-225 in Revista Julgar n.º 31, 2017.

Como acima dissemos, defendemos que o legislador deve utilizar expressamente o conceito de «vulnerabilidade». Pelo que, devendo fazê-lo, impõe-se que principie pela consagração do «vulnerável doente terminal».

Assim é pois, como já referimos *supra*, atendendo à definição que adiantamos de vulnerável processual, o doente terminal é o sujeito processual mais vulnerável a considerar.

De forma a explicitar esta ideia, procederemos ao esmiuçar do conceito de doente terminal e à demonstração das dificuldades que este encontra no demorado processo civil atual.

2. Conceito de doente terminal

PILAR L. GUTIERREZ refere-se à «terminalidade» da vida como o esvaziar das *«possibilidades de resgate das condições de saúde [do doente] e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível»*⁸⁴.

A Sociedad Española de Cuidados Paliativos caracteriza a «doença terminal» como: *«presença de doença avançada, progressiva e incurável; falta de possibilidades razoáveis de resposta ao tratamento específico; presença de numerosos problemas ou sintomas intensos, múltiplos e multifactoriais; alto impacto emocional sobre os doentes, famílias e equipa profissional, relacionado com presença explícita ou não da morte; prognóstico de vida inferior a 6 meses»*⁸⁵.

O Standards de Cuidados Paliativos do Servei Catalá de La Salut define «doente terminal» como *«aquele que apresenta doença avançada, incurável e evolutiva, com necessidades elevadas de saúde pelo sofrimento associado e que, em média, apresenta uma sobrevida esperada de 3 a 6 meses»*⁸⁶.

Destarte, é unânime que a pessoa portadora de doença terminal encontra-se em cruel sofrimento e tem uma esperança média de vida reduzidíssima.

⁸⁴ Cfr. GUTIERREZ, Pilar L., *O que é o paciente terminal?*, cit., p. 92, in Revista da Associação Médica Brasileira, 2001 *apud* FERREIRA, Maria Clara Baião Alvarinhas, *O Doente Terminal e o Familiar Cuidador na Equipa de Cuidados Continuados Integrados*, cit., p. 31, 2013, in <http://repositorio.ipvc.pt>.

⁸⁵ Cfr. FERREIRA, Maria Clara Baião Alvarinhas, *O Doente Terminal e o Familiar Cuidador na Equipa de Cuidados Continuados Integrados*, cit., pp. 31-32, 2013.

⁸⁶ Cfr. FERREIRA, Maria Clara Baião Alvarinhas, *O Doente Terminal e o Familiar Cuidador na Equipa de Cuidados Continuados Integrados*, cit., p. 31, 2013.

3. O doente terminal enquanto vulnerável processual

O doente terminal encontra-se numa situação de progressiva incapacidade e dependência, sendo portador de especiais necessidades, não só fisiológicas, relativas ao controlo da dor e dos sintomas, como psicológicas, sociais e mesmo espirituais.

Perante a presença eminente da morte, ganha particular e adicional importância a necessidade de esperança, a necessidade de liberdade, a necessidade de sentido da vida, a necessidade de ser reconhecido como pessoa...⁸⁷

Ora, a satisfação destas necessidades passa também, e preponderantemente, pelo cumprimento dos seus interesses, pelo reconhecimento e realização dos seus direitos, pelo acesso à Justiça.

Este doente tem (e até ao fim deve ter) dignidade, é uma pessoa, pelo que, apesar da posição em que se encontra, em que, em razão das suas circunstâncias, tudo é difícil, continua a ter direitos e a ter direito a exercê-los e a vê-los realizados.

Por conseguinte, o Estado, o legislador, sob cominação de violar os princípios basilares do Estado de Direito, têm precisamente o dever de não menosprezar os seus direitos, incumbe-lhes não desconsiderar e não ignorar o seu caso por ser raro, nunca podendo considerar que este doente está em pé de igualdade com qualquer outra parte num processo judicial.

Indicamos como vulnerável processual o litigante que, em consequência de uma fragilidade, sua ou de sua testemunha, corre o risco de ser exposto a prejuízo no processo.

Que maior prejuízo existe para o litigante, que maior injustiça pode ocorrer para a parte, que maior ataque à busca pela justa composição do litígio, que, abstraindo-nos do sofrimento atroz em que se encontra o doente terminal, se conseguirmos, a morte antes de ver o seu direito reconhecido? Não avistámos.

3.1. O direito de ação vazio do doente terminal

⁸⁷ Cfr. FERREIRA, Maria Clara Baião Alvarinhas, *O Doente Terminal e o Familiar Cuidador na Equipa de Cuidados Continuados Integrados*, cit., pp. 32-34.

Indicada a posição consensual da comunidade científica acerca da esperança média de vida da pessoa portadora de doença terminal – máximo 6 meses –, passemos a refletir sobre alguns dados⁸⁸.

A duração média de um processo de cobrança de dívidas, que findou em 2020 nos Tribunais Judiciais de 1.^a instância, foi de 8 meses.

A duração média de um processo de responsabilidade civil, que findou em 2020 nos Tribunais Judiciais de 1.^a instância, foi de 16 meses.

A duração média de um processo de reivindicação de propriedade, que findou em 2020 nos Tribunais Judiciais de 1.^a instância, foi de 20 meses.

Em 2020, nos Tribunais Judiciais de 1.^a instância, chegaram ao fim 123.257 processos cíveis, dos quais 28.447 duraram de 6 a 12 meses, 19.098 duraram de 1 a 2 anos, 9.746 duraram de 2 a 5 anos, 2.609 duraram de 5 a 8 anos e 1.174 cuja duração foi superior a 8 anos.

Por via da aritmética elementar é possível concluir que, nos tempos de hoje, aproximadamente 50% do processo cíveis duram mais que 6 meses nos tribunais de 1.^a instância.

Assim sendo, a pessoa que exerce o seu direito de ação aquando da descoberta da patologia terminal, tem tanta probabilidade de presenciar a proferição da sentença como de não o fazer. Mais, pior será o caso quanto mais prévio for o diagnóstico em comparação com o momento em que a ação é intentada.

Então, será o direito de ação do doente terminal supérfluo? Parece-nos que, dado o atual panorama judiciário, o doente terminal não tem tempo para realizar as suas pretensões jurídicas, encontrando-se na posição de maior suscetibilidade de não ver uma decisão judicial que resolva o seu litígio.

O processo não é perfeito.

Felizmente, o legislador sabe-o bem... De forma a acautelar os casos de «corrida contra o tempo» o legislador pensou o remédio a que chamamos de providência cautelar, o qual nos será de grande utilidade na resolução da nossa problemática.

CAPÍTULO IV – A PROVIDÊNCIA CAUTELAR

⁸⁸ Cfr. base de estatísticas online PORDATA.

1. Considerações gerais

A figura da providência cautelar está presente, pelo menos, desde as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Já na época se previa a possibilidade de recurso a providências cautelares destinadas à garantia das obrigações, à restituição da posse, ao embargo de obra nova e ao receio de produção de um dano⁸⁹.

Atualmente, o Código de Processo Civil, no Livro II – Do Processo em Geral, dedica um Título (cfr. arts. 362.º a 409.º) aos procedimentos cautelares.

Como acima já mencionamos, e demonstramos, o processo tem falhas, é longo e moroso. Desta forma, pode acontecer que o intervalo de tempo entre a propositura da ação e a obtenção de uma decisão judicial definitiva não seja compatível com a tutela adequada do direito do autor⁹⁰.

No processo civil impõe-se a difícil harmonização de dois valores fundamentais e conflitantes. Por um lado, a exigência de vigorarem os princípios do dispositivo, do contraditório e do inquisitório, traça o processo e a decisão judicial de segurança e certeza. Por outro lado, «*de nada vale obter uma sentença materialmente justa, se esta não for temporalmente exequível*», pelo que se deve zelar pela efetividade da decisão judicial⁹¹.

O problema acentua-se, precisamente, por a demora natural do processo, resultante das exigências garantísticas, ser capaz de anular todo o efeito útil da sentença. Em resumo, «*o tempo é um factor de corrosão dos direitos*», pelo que se mostra urgente o recurso a meios capazes de neutralizar o prejuízo irreparável ou de difícil reparação resultante da normal duração do processo.

É neste enquadramento que faz sentido falar das providências cautelares, na qualidade de medidas sumárias e urgentes que procuram antecipar ou garantir o efeito útil do reconhecimento de um direito⁹².

As providências cautelares são uma ferramenta adequada a assegurar e garantir a efetividade da tutela jurisdicional, constituindo um «*instrumento processual privilegiado*

⁸⁹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências cautelares*, cit., p. 25.

⁹⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 79 e FREITAS, José Lebre de, *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 1.

⁹¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 80; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., p.10, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, e BAPTISTA, José João, *Processo Civil I – Parte Geral e Processo Declarativo*, cit., p. 77.

⁹² Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 81-83; FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, cit., p. 36 e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, cit., p. 55.

para a protecção eficaz de direitos subjectivos ou de outros interesses juridicamente relevantes»⁹³.

2. Modalidades

No que às providências cautelares diz respeito, o nosso Código de Processo Civil prevê procedimentos cautelares especificados (previstos nos arts. 377.º a 409.º) e uma cláusula geral estatuída no n.º 1 do artigo 362.º, da qual decorre que «Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a *providência conservatória ou antecipatória* concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado».

Toda a providência cautelar assume a qualidade conservatória ou antecipatória. No contexto do nosso estudo demonstram mais importância as providências cautelares antecipatórias, mas abordaremos, nem que sucintamente, ambas as modalidades.

As providências cautelares conservatórias têm como objetivo «*manter ou preservar a situação existente, assegurando ao requerente a manutenção da titularidade ou do exercício de um direito ou de gozo de um bem, que está ameaçado de perder*»⁹⁴.

São providências que visam manter a realidade existente (antes ou na pendência da ação) inalterada até à decisão judicial do processo principal, para que esta goze de efetividade e executoriedade⁹⁵.

Note-se que, o pedido na providência cautelar conservatória não é necessariamente o mesmo que o pedido na ação principal⁹⁶. A título de exemplo, no procedimento cautelar de arresto, requer-se a apreensão judicial de bens ou direitos de maneira a assegurar um direito de crédito mas, na ação principal, o que se pede é a condenação do réu no pagamento desse crédito⁹⁷.

⁹³ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 86-89; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 226-227; REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. I, cit., p. 21; BAPTISTA, José João, *Processo Civil I – Parte Geral e Processo Declarativo*, cit., p. 110 e GERALDES, António Santos Abrantes, *Suspensão de Despedimento e Outros Procedimentos Cautelares no Processo do Trabalho*, cit., p. 108 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 89.

⁹⁴ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, cit., p. 314.

⁹⁵ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 91-92.

⁹⁶ Cfr. PINTO, Rui, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, cit., p. 292.

⁹⁷ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 92.

Entre nós, as providências cautelares especificadas conservatórias são a suspensão de deliberações sociais (n.º 3 do art. 381.º do CPC), o arresto (n.º 2 do art. 391.º do CPC), o embargo de obra nova (n.º 1 do art. 397.º do CPC) e o arrolamento (n.º 5 do art. 406.º do CPC)⁹⁸.

Por outro lado, as providências cautelares antecipatórias, perante uma situação de urgência, antecipam os efeitos jurídicos da decisão a ser emitida na ação principal, tal como a realização do direito⁹⁹.

As providências cautelares antecipatórias visam, «*obtendo adiantadamente a disponibilidade de um bem ou o gozo de um benefício*»¹⁰⁰, evitar o prejuízo que pode advir para o requerente em virtude da demora na satisfação da pretensão até ao decretamento da decisão definitiva. Bem como, «*o prejuízo que o prolongamento de uma situação antijurídica provoca ao titular do direito*»¹⁰¹.

Quanto a estas a doutrina defende que «*o tribunal deve ser prudente e cauteloso no seu juízo de ponderação quanto à necessidade de decretamento da providência*»¹⁰².

Uma vez que, «*os riscos de uma decisão injusta são muito maiores neste tipo de providências, se atendermos a que os efeitos destas medidas são irreversíveis, no sentido em que o requerente, através da antecipação proporcionada pelo decretamento das mesmas, goza provisoriamente de um direito que, a final, pode não lhe ser reconhecido*»¹⁰³, exige-se uma «*maior responsabilização do julgador perante a emissão de uma providência antecipatória*»¹⁰⁴.

Parece-nos indiscutível a necessidade de ponderação, prudência e cautela no decretamento de uma providência cautelar antecipatória, contudo, pelo menos nos procedimentos cautelares antecipatórios especificados, à exceção dos alimentos provisórios, em que nos termos do disposto no n.º 2 do art. 2007.º do CC «Não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos», não vemos os tais efeitos irreversíveis. No caso da ação correspondente à restituição provisória da posse ser julgada improcedente, a posse voltará para o requerido/réu/reconvinte, assim como na

⁹⁸ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 93.

⁹⁹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 93.

¹⁰⁰ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, cit., p. 314.

¹⁰¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 93-94.

¹⁰² Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 94.

¹⁰³ Cfr. PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento de Reparação Provisória*, cit., p. 25.

¹⁰⁴ Cfr. GOMES, Carla Amado, *O regresso de Ulisses. Um olhar sobre a reforma da justiça cautelar*, cit., p. 9 apud GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 95.

hipótese da decisão final, proferida na ação de indemnização correspondente ao arbitramento de reparação provisória, não arbitrar qualquer reparação ou atribuir reparação inferior à provisoriamente estabelecida, o lesado é sempre condenado a restituir o que for devido (cfr. n.º 2 do art. 390.º do CPC).

Mais, há sempre que ter presente que «*A circunstância de a antecipação da tutela jurisdicional poder implicar efeitos materiais definitivos e irreversíveis, não obsta ao decretamento da providência*»¹⁰⁵, estando prevista ainda a possibilidade de o juiz «*Sempre que julgue conveniente em face das circunstâncias (...) mesmo sem audiência do requerido, tornar a concessão da providência dependente da prestação de caução adequada pelo requerente*» (cfr. n.º 2 do art. 374.º do CPC).

3. Finalidades

Relativamente à finalidade da providência cautelar, diz-se que a providência cautelar deve ser «*funcionalmente adequada a acautelar o efeito útil da ação principal*»¹⁰⁶. Debruçada com mais profundidade sobre a temática, a doutrina avança, essencialmente, como finalidades das providências cautelares «*a garantia de um direito, a regulação provisória de uma situação jurídica ou a antecipação provisória de um determinado efeito jurídico*»¹⁰⁷.

As providências cautelares de garantia são aquelas cujo objetivo passa por «*prevenir os perigos que antes da propositura de uma acção ou durante o tempo em que esta se encontra pendente, possam comprometer os seus resultados*»¹⁰⁸.

As providências cautelares de regulação provisória de uma situação jurídica, não visam propriamente garantir um direito, são as que decidem um conflito até à proferição da sentença na ação principal, isto é, «*permitem regular o conflito de interesses até ser lograda a composição definitiva*»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/07/2013, processo n.º 462/13.6TVLSB.L1-2, in www.dgsi.pt.

¹⁰⁶ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, «As providências cautelares e a inversão do contencioso», cit., p. 5 apud GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 95.

¹⁰⁷ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, cit., p. 138 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 95.

¹⁰⁸ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, cit., p. 138 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 96.

¹⁰⁹ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, cit., p. 138 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 97.

Estas providências cautelares procuram impedir que ocorram prejuízos expressivos ou uma violência iminente, bem como se baseiam em «*outras razões consideradas necessárias*»¹¹⁰.

As providências cautelares de antecipação provisória procuram antecipar a tutela jurisdicional definitiva que se pretende alcançar pela correlativa ação principal. Estas providências cautelares permitem salvaguardar o direito, impedindo o possível detrimento como consequência da demora do seu reconhecimento judicial¹¹¹.

4. A característica da provisoriedade

O n.º 1 do artigo 369.º do CPC, que prevê a possibilidade da inversão do contencioso, estipula que «*Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio*».

Não obstante, a regra é que as providências cautelares durem apenas até à proferição da decisão definitiva na ação principal de que dependem. Fala-se da eficácia limitada das providências cautelares precisamente porque uma das causas de caducidade é a ausência de confirmação num juízo principal.

Via regra, a decisão da providência cautelar não antecipa o julgamento do mérito da causa, nem prejudica ou neutraliza a decisão final, visando essencialmente assegurar a sua efetividade¹¹².

Mais, a providência cautelar é decretada com base num juízo de mera probabilidade ou verosimilhança, bem como, possivelmente, sem audição prévia do requerido (cfr. n.º 3 do artigo 372.º do CPC).

Assim, tendo presente que a tutela cautelar é «*qualitativamente distinta daquela que exige prova stricto sensu dos factos relevantes*»¹¹³, as medidas cautelares podem ser

¹¹⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 97.

¹¹¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 97.

¹¹² Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 123-125; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 228 e CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, cit., pp. 532 e 545.

¹¹³ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 228.

«modificadas ou revogadas na eventualidade de se verificar uma alteração das condições de facto ou de direito que estiveram na base do seu decretamento»¹¹⁴.

Nos termos do n.º 4 do artigo 364.º do CPC, «Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal».

Destarte, «a decisão proferida no procedimento cautelar não faz caso julgado na ação principal correlativa»¹¹⁵.

5. Requisitos de decretamento

Por um lado, o decretamento de uma providência cautelar tutela provisoriamente um direito e a sua efetivação prática, porém, por outro lado, determina uma intromissão na esfera jurídica do requerido.

Posto isto, não será decretada uma medida cautelar sem que estejam cumulativamente preenchidos os requisitos sobre os quais nos debruçaremos agora: *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, interesse processual e proporcionalidade da providência¹¹⁶.

Apesar de a avaliação ser sumária, caso o tribunal, fundamentadamente, considere pela séria probabilidade de o direito invocado existir, bem como pela existência de um perigo que ameace a sua satisfação, de forma grave e irreparável ou de difícil reparação, pode e deve decretar a providência cautelar.

Sem prejuízo, só haverá recurso a este mecanismo processual quando não existir um outro menos gravoso suficiente a acautelar o direito em causa¹¹⁷.

No mesmo sentido, a providência cautelar será indeferida quando o requerente «não tiver acreditado suficientemente os requisitos para a concessão da providência, ou em caso de falta material dos mesmos», ou quando «as alegações e provas produzidas

¹¹⁴ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 125 e FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, cit., p. 93.

¹¹⁵ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 125-126; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, cit., p. 101 e SOUSA, Miguel Teixeira de, *O Objecto da Sentença e o Caso Julgado Material (Estudo sobre a Funcionalidade Processual)*, cit., p. 140.

¹¹⁶ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 167.

¹¹⁷ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 176-177.

pele requerido, ao aduzir factos impeditivos, modificativos ou extintivos, desvirtuam os pressupostos apresentados pelo requerente da providência»¹¹⁸.

5.1. Fumus boni iuris

5.1.1. A aparência de direito

Para que se tenha o direito em discussão como digno da tutela cautelar não se mostra necessário que este efetivamente exista. O requerente da providência cautelar não tem o ónus de fazer prova da existência do direito alegado. De outro modo, «a própria pretensão processual ficaria decidida em face do que se resolvesse no processo preventivo»¹¹⁹.

Quanto à existência do direito ou interesse a tutelar, bastará que se verifiquem indícios razoáveis, isto é, o tribunal deverá ter como suficiente a probabilidade de existência do direito que o requerente considera carecer de tutela cautelar¹²⁰.

Face à necessidade de celeridade, justificadora do afastamento das garantias próprias e necessárias para a formação de uma convicção plena do juiz¹²¹, a cognição cautelar é sumária, sendo satisfatório o direito aparente, indiciariamente provado (cfr. arts. 362.º, n.º 1, 365.º, n.º 1, 368.º, n.º 1, 388.º, n.º 2, 391.º, n.º 1, 392.º, n.º 1, 403.º, n.º 1 e 405.º, n.º 1, todos do CPC), ter-se-á como bastante que seja provável a obtenção de sucesso na ação principal¹²².

¹¹⁸ Cfr. CALDERON CUADRADO, Maria Pia, *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, cit., pp. 248-249 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 177.

¹¹⁹ Cfr. CARLOS, Adelino da Palma, «Procedimentos cautelares antecipadores», in *O Direito*, ano 105.º, Julho – Setembro 1973, cit., p. 242 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 178, nota de rodapé n.º 487.

¹²⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 177-178 e MARTINS, Ana Gouveia, *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, cit., p. 42.

¹²¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 179; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, cit., p. 63 e MARTINS, Ana Gouveia, *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, cit., p. 51.

¹²² Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 179-180; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 233; FREITAS, José Lebre de, *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 37 e MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, cit., p. 144.

Com base num juízo de prognose, alicerçado em presunções naturais ou de experiência, o julgador tem o papel de avaliar o direito apresentado em termos de verosimilhança e a probabilidade de tal direito vir a ser acautelado na ação principal¹²³.

Destarte, «*não se exige uma prova da realidade jurídica, mas apenas manifestações externas; não se requer um direito certo, mas aparente; um fumus boni iuris*¹²⁴».

5.1.2. A *summaria cognitio*

Quanto aos poderes de cognição do julgador no que à apreciação do *fumus boni iuris* diz respeito, defende-se que este não pode «*adoptar uma medida cautelar com a ingerência que esta supõe na esfera jurídica do requerido com base numa simples afirmação do direito, mas tão-pouco se pode conceder uma medida cautelar exigindo uma certeza absoluta, já que se impediria o cumprimento da sua função*»¹²⁵.

O decretamento da providência cautelar não deve obediência à prova exaustiva quanto à existência do direito. Contudo, ainda assim, para que se encontre preenchido o *fumus boni iuris* é necessária uma ponderação de probabilidade séria, seja relativamente à veracidade dos factos alegados pelo autor e à existência do direito alegado, seja quanto à probabilidade desse tal direito ser reconhecido na ação principal¹²⁶ – dispõe o n.º 1 do art. 365.º do CPC: «*o requerente oferece prova sumária do direito ameaçado*».

Questionar-se-á, então, qual o grau de probabilidade exigível para o decretamento da providência cautelar – neste raciocínio mostra-se necessário recorrer a um critério de proporcionalidade.

Ora, é pacífico e sensato que «*quanto maiores e mais relevantes forem os interesses do requerido suscetíveis de serem afetados pelo decretamento de uma*

¹²³ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 182.

¹²⁴ Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1950, cit., p. 280 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 180.

¹²⁵ Cfr. CALDERON CUADRADO, Maria Pia, *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, cit., p. 42 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 185.

¹²⁶ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 185-186; REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., pp. 620 e 683; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., p. 9; SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p. 203 e CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 533.

*determinada providência cautelar, maior deverá ser o cuidado e a cautela do julgador»*¹²⁷, isto é, em função dos interesses do requerido, o tribunal deverá ser mais ou menos exigente com a prova sumária¹¹⁴.

Caso corra já o processo principal, de forma a avaliar a probabilidade de existência do direito em discussão, o tribunal poderá recorrer aos factos e às provas que já constem daquele processo¹²⁸.

Ponto relevante é saber se o juiz, perante os factos essenciais que constituem a causa de pedir da pretensão do requerente, poderá convidá-lo a suprir eventuais insuficiências ou imprecisões, de forma a completar e/ou especificar os factos alegados.

Da articulação do n.º 4 do art. 590.º do CPC com o n.º 1 do art. 5.º do CPC, resulta que o juiz tem o dever de convidar a suprir as insuficiências ou imprecisões na matéria de facto alegada, devendo fixar prazo para apresentação de articulado completo ou corrigido, não emergindo qualquer razão para tal entendimento não se aplicar às providências cautelares¹²⁹.

É de referir que para comprovar a aparência do direito alegado é possível recorrer a qualquer meio de prova legalmente admissível¹³⁰.

Por fim é de salientar que, apesar das exigências de urgência e celeridade, só será decretada a providência cautelar quando o juiz verificar, mesmo que por meio de uma análise sumária, que todos os requisitos legais da constituição e exercício do direito invocado estão preenchidos¹³¹.

5.2. *Periculum in mora*

5.2.1. Âmbito e enquadramento

¹²⁷ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 188.

¹²⁸ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 188 e CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 529.

¹²⁹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 189; PIMENTA, Paulo, *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código do Processo Civil*, cit., p. 154 e FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum (À Luz do Código de Processo Civil de 2013)*, cit., p. 146.

¹³⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 190.

¹³¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 190 e SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 234.

Os tribunais caracterizam-se pela sua lentidão, o que se traduz numa decisão definitiva demorada, capaz de provocar danos graves e irreparáveis ou de difícil reparação. A previsão do instituto da providência cautelar fundamenta-se no receio de lesão do direito, bem como na demora na tutela definitiva desse direito¹³².

No que à demora diz respeito, a providência cautelar almeja «*proteger o justo receio de alguém se ver prejudicado por uma conduta de terceiro, inquietação que poderia ser agravada de forma efectiva, com as delongas normais dum pleito judicial*»¹³³.

Assim como, não existindo perigo e/ou ameaça grave e irreparável de lesão de um direito, não será decretada a providência cautelar¹³⁴.

O *periculum in mora* é tido como «*a verdadeira causa ou fundamento que autoriza a adopção de qualquer medida cautelar*»¹³⁵.

Quando se alude ao *periculum in mora*, procura-se impedir que o direito em discussão fique, em razão do tempo, insanavelmente comprometido¹³⁶. Assim, o requerente da providência cautelar tem o ónus de «*provar que não pode aguardar a decisão do processo principal sem sofrer um prejuízo de consequências graves e irreparáveis*»¹³⁷.

5.2.2. Elementos

5.2.2.1. Dano grave e irreparável ou de difícil reparação

Revela-se impreterível para que a providência cautelar seja decretada que o dano causado pela não decretação seja grave e irreparável ou de difícil reparação¹³⁸. Isto é,

¹³² Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 193-194 e REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 624.

¹³³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03/02/2005, processo n.º 2460/04-3, in *www.dgsi.pt*.

¹³⁴ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 196; FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, cit., p. 114 e CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 534.

¹³⁵ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, cit., p. 115.

¹³⁶ Cfr. GALATRO, Vincenzo, *Manuale Operativo di Procedura Civile*, cit., p. 562 *apud* GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 198.

¹³⁷ Cfr. CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, cit., p. 535.

¹³⁸ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 199.

apenas são merecedoras de ser tuteladas cautelarmente as lesões graves e dificilmente reparáveis¹³⁹ – sendo que estes requisitos são cumulativos¹⁴⁰.

Realmente, «*tratando-se de uma tutela cautelar decretada muitas vezes sem a audiência da parte contrária, não se poderia conceber que fosse qualquer lesão a justificar a ingerência na esfera jurídica do demandado, acaso lhe produzindo dano de que não pudesse ser ressarcido em caso de injustificado recurso à providência cautelar*»¹⁴¹.

O conceito de lesão grave e irreparável ou de difícil reparação tem sido entendido pela jurisprudência de acordo com um critério subjetivo, o qual «*atende às possibilidades concretas do requerido para suportar economicamente uma eventual reparação do direito do requerente*», e um critério objetivo, o qual deve ser «*aferido em função do tipo de lesão que a situação de perigo pode vir a provocar na esfera jurídica do requerente, o que significa que dependerá da natureza do direito alvo dessa lesão e da sanção que a ordem jurídica impõe para reparação do dano decorrente da lesão, sendo admissível o recurso à tutela cautelar, sempre que a reparação da lesão possa implicar a chamada reintegração por sucedâneo*»¹⁴².

5.2.2.2. Atualidade do dano

O *periculum in mora* tem ainda de ser atual e iminente.

Quanto a esta iminência e atualidade pode ser que o evento danoso já tenha ocorrido, porém prolongando-se os seus efeitos, agravando a lesão do direito, ou que o evento danoso ainda não se tenha verificado, mas que um conjunto de indícios demonstrem a iminência do dano¹⁴³.

Posto isto, se o requerente se conformar com a situação que ameaça o seu direito, não se justificará a providência cautelar pelo que será indeferida¹⁴⁴.

¹³⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/05/1994, processo n.º 4341402, in *www.dgsi.pt*.

¹⁴⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 200; PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento de Reparação Provisória*, cit., p. 35 e FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., p. 57.

¹⁴¹ Cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *Elucidário de Temas de Direito (Civil e Processual)*, cit., p. 276.

¹⁴² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/11/2011, processo n.º 1408/11.1TJPT.P1, in *www.dgsi.pt*.

¹⁴³ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 202.

¹⁴⁴ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 202-203.

Só assim não será se suceder alguma circunstância superveniente, objetiva ou subjetiva, que justifique o decretamento urgente da providência cautelar (como será, por exemplo, o despedimento do devedor)¹⁴⁵.

Tendo a providência cautelar a finalidade de impedir o dano de um direito, esta será indeferida se tal dano já se tiver consumado, expecto «*se essa lesão fundamentar o receio de ocorrência de outras lesões idênticas e futuras, a produção de lesões de natureza continuada ou repetida ou o agravamento do dano*»¹⁴⁶.

5.2.2.3. Imputabilidade do dano

Para que a tutela cautelar se tenha como justificada é necessário que o dano que se receia seja imputável ao requerido. Sendo o dano que se pretende evitar imputável ao requerente ou quando este tiver contribuído para a sua produção, a providência cautelar não será decretada (como será, por exemplo, o caso do requerente que empresta uma quantia monetária sabendo antemão que o requerido atravessava dificuldades económicas)¹⁴⁷.

Porém, aqui há que fazer uma ressalva. Embora o dano deva ser imputável ao requerido, parece-nos que a culpa da demora na obtenção de uma decisão definitiva aumentar a probabilidade de produção do dano não tem de ser necessariamente/exclusivamente do requerido.

Deverá ter-se como bastante que tal capacidade não derive de uma atuação ou omissão do requerente.

¹⁴⁵ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 203-204 e FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., p. 81.

¹⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04/12/1990, processo n.º 9050658, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/02/1993, processo n.º 0049391, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/04/1992, processo n.º 082168, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/11/1996, processo n.º 0005424, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/04/1997, processo n.º 9720189, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/05/1993, processo n.º 9230922, in *www.dgsi.pt*; BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código Civil*, vol. II, cit., p. 161; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 684; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 234; FREITAS, José Lebre de, *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 7; FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol. I, cit., p. 246 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 204-205.

¹⁴⁷ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 206 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/03/1993, processo n.º 9360073, in *www.dgsi.pt*.

É neste âmbito que devemos considerar o caso do doente terminal. A lentidão dos tribunais – que não se imputa às partes, pelo menos diretamente – tem por si só a capacidade de aumentar a probabilidade de produção do dano ao direito do doente terminal.

5.2.3. Critérios de ponderação

Em confrontação com o requisito do *fumus boni iuris*, na apreciação do *periculum in mora* exige-se um maior nível de certezas.

Não bastará um juízo de verosimilhança ou de probabilidade, tendo o requerente o ónus casuístico de demonstrar a gravidade do dano e a sua natureza irreparável ou de difícil reparação com força bastante¹⁴⁸.

Para que a tutela cautelar se considere justificada, o perigo na demora não poderá ter como fundamento um juízo hipotético, genérico, subjetivo ou incerto¹⁴⁹.

«O *periculum in mora* pressupõe, assim, um juízo qualificado ou um temor racional, isto é, deve assentar em factos concretos e consistentes que permitam afirmar, com objetividade e distanciamento, a seriedade e a atualidade da ameaça, bem como a necessidade de serem adotadas medidas urgentes que permitam evitar o prejuízo»¹⁵⁰ – exige-se a existência de um «prejuízo atual, concreto e real»¹⁵¹, uma avaliação probabilística «forte e convincente»¹⁵², cabendo ao requerente alegar factos que mostrem

¹⁴⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/1992, processo n.º 082753, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01/02/1993, processo n.º 9220922, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 20/09/2012, processo n.º 44/12.0T2STC.E1, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11/09/2014, processo n.º 516/13.9TBEPS-A.G1, in *www.dgsi.pt*; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 683; PINHEIRO, Paulo Sousa, *O Procedimento Cautelar Comum no Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 50 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 206-207.

¹⁴⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/1990, processo n.º 080846, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/03/1999, processo n.º 153/99, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2003, processo n.º 0323615, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/11/2005, processo n.º 0524432, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/10/2008, processo n.º 7653/2008-6, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/02/2010, processo n.º 1114-A/2001.L1-6, in *www.dgsi.pt* e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 208.

¹⁵⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 208.

¹⁵¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 208-209.

¹⁵² Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 621 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 210.

concretamente que o receio do prejuízo não é resultado da sua imaginação ou desconfiança injustificada¹⁵³.

Perante uma realidade em que caiba ao juiz apreciar o *periculum in mora*, este deve ter presente um juízo de prognose.

O julgador avaliará, no presente, se há motivos para ter sério receio que caso haja lugar, no futuro, a uma sentença de provimento esta venha a demonstrar-se inútil, em virtude da consolidação de uma realidade incompatível com ela ou da produção de prejuízos graves e irreparáveis ou de difícil reparação¹⁵⁴.

Ponderados os interesses do requerente e do requerido, caso se indicie uma razão séria para recear um facto danoso, que careça de tutela urgente, o juiz deve ter como preenchido o requisito do *periculum in mora* e decretar a providência cautelar¹⁵⁵.

5.3. Interesse processual

Para que se impeça o recurso abusivo à providência cautelar, entende-se como necessário que o requerente não tenha «*um outro meio processual menos gravoso que lhe permita proteger, de modo igualmente eficaz, o direito ameaçado*»¹⁵⁶.

Neste âmbito, será mais apropriado recorrer à expressão alemã «*necessidade de tutela jurídica*» (*Rechtsschutzbedürfniss*), porquanto só haverá interesse processual e, consequentemente, só será decretada a providência cautelar «*se houver fundado receio de*

¹⁵³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/01/2006, processo n.º 05B4206, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/10/2009, processo n.º 5/06.8GBFIG-B.C1, in *www.dgsi.pt*; FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 7; BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, cit., p. 169; SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum: Princípio do Contraditório e Dispensa de Audiência Prévia do Requerido*, cit., p. 146; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/10/2003, processo n.º 2712/03, in *www.dgsi.pt*; RODRIGUES, Fernando Pereira, *A Prova em Direito Civil*, cit., p. 271; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/1999, processo n.º 99A678, in *www.dgsi.pt*; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/04/2008, processo n.º 2576/2008-1, in *www.dgsi.pt*; PINTO, Rui, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, cit., p. 568; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/11/1999, processo n.º 99B964, in *www.dgsi.pt* e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 210

¹⁵⁴ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, cit., p. 317 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 211.

¹⁵⁵ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 211.

¹⁵⁶ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 212-213; SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p. 97; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. III, cit., p. 112 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/06/1993, processo n.º 083931, in *www.dgsi.pt*.

que o réu possa obstar, através da sua conduta, à utilidade prática de uma sentença favorável ao autor»¹⁵⁷.

Nestes termos, o requerente deve provar, pelo menos indiciariamente, a titularidade do seu direito, a violação ou a iminência da violação desse direito e necessidade da reintegração do referido direito. Incumbindo-se ao julgador a tarefa de averiguar globalmente a ordem jurídica por via a perceber se a tutela cautelar é o meio processual menos gravoso mas igualmente eficaz¹⁵⁸.

CAPÍTULO V – A TUTELA CAUTELAR OFICIOSA A FAVOR DO VULNERÁVEL DOENTE TERMINAL

1. A tutela cautelar oficiosa no ordenamento jurídico português

1.1. As medidas provisórias oficiosas no procedimento administrativo

O novo Código do Procedimento Administrativo veio alterar o regime das medidas provisórias. Contudo, já o velho regime previa a possibilidade dessas medidas serem ordenadas oficiosamente.

Nos termos do n.º 1 do artigo 89.º do CPA, *«Em qualquer fase do procedimento, pode o órgão competente para a decisão final, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se constituir uma situação de facto consumado ou se produzirem prejuízos de difícil reparação para os interesses públicos ou privados em presença, e desde que, uma vez ponderados esses interesses, os danos que resultariam da medida se não mostrem superiores aos que se pretendam evitar com a respetiva adoção».*

As três principais mudanças ao regime são que, além da salvaguarda do interesse público, as medidas provisórias poderão defender interesses privados; não bastando o preenchimento do critério da *«necessidade»* e a *«existência de um perigo de lesão dos*

¹⁵⁷ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p. 117; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 234; GERALDES, Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. IV, cit., p. 195; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., pp. 80-81 e GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 214.

¹⁵⁸ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., p. 214.

interesses em presença», para a adoção de medidas provisórias exige-se um juízo de proporcionalidade *stricto sensu*; bem como, por razões de urgência, deixa de ser necessária audiência prévia para a decisão de ordenar a medida provisória (n.º 2 do art. 89.º do CPA)¹⁵⁹.

As medidas provisórias têm natureza preventiva, com a finalidade de evitar prejuízos futuros de difícil reparação para os interesses em questão ou uma situação de facto consumado com as mesmas consequências – ambiciona-se com a adoção da medida provisória «*que a decisão final a tomar gere plenamente os efeitos que a lei prevê*»¹⁶⁰, isto é, diz-se que «*Os efeitos das medidas provisórias não se reflectem necessariamente no conteúdo do acto final (...) garantem apenas a plena efectividade do acto final*»¹⁶⁰.

Da ordenação de uma medida provisória «*podem decorrer efeitos lesivos dos interessados*», razão pela qual existem exigências legais que devem ser cumpridas e se estranha, aliás, a dispensa de audiência prévia pelo novo regime¹⁶¹.

Tal como no julgamento dos pedidos cautelares, cabe neste âmbito à Administração realizar um juízo de prognose, avaliando as consequências futuras do ordenamento e do não ordenamento da medida em análise¹⁶².

De forma a justificar a possibilidade destas medidas serem ordenadas oficiosamente, há quem afirme que o procedimento administrativo *não é propriamente de partes* e que, como tal, a exigência de imparcialidade não é tão forte.

Não concordamos porquanto na ordenação oficiosa destas medidas estão presentes razões de urgência, bem como, é nosso entendimento que está em causa um verdadeiro conflito entre partes: entre, por um lado, o particular e os seus interesses particulares (tal como no processo civil), e, por outro lado, o Estado (o sujeito menos vulnerável) que, *in casu*, poderá ou não estar a prosseguir o interesse público, e o interesse público poderá ser incompatível ou não com esses interesses particulares.

1.2. Os alimentos provisórios oficiosamente concedidos a favor de menor

¹⁵⁹ Cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias e MACIEIRINHA, Tiago, *et al.*, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 201.

¹⁶⁰ Cfr. MONCADA, Luiz S. Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., pp. 296-297.

¹⁶¹ Cfr. MONCADA, Luiz S. Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 298.

¹⁶² Cfr. MONCADA, Luiz S. Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, cit., p. 299.

De entre os procedimentos cautelares especificados previstos no Código de Processo Civil, estão previstos nos arts. 384.º e ss. os alimentos provisórios.

A obrigação de alimentos abarca tudo «*aquilo que se encontra ligado ao sustento, habitação e vestuário, sem exclusão das necessidades relacionadas com tratamentos médicos ou medicamentos e ainda, quanto a filhos menores ou a filhos maiores em processo de formação, despesas com a instrução e educação*» (cfr. arts. 2003.º e ss., 1675.º, 1821.º, 1880.º, 1884.º e 1978.º, todos do Código Civil)¹⁶³.

A determinação de alimentos provisórios trata-se de uma providência cautelar tipicamente antecipatória, sendo que «*O pedido corresponderá a uma quantia certa, de periodicidade mensal, representando a antecipação do que provavelmente será reconhecido na ação principal*»¹⁶⁴.

Nos termos do n.º 1 do art. 2007.º do CC, «*Enquanto se não fixarem definitivamente os alimentos, pode o tribunal, a requerimento do alimentando, ou oficiosamente se este for menor, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio*».

Veja-se que no âmbito do divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge, «*Em qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, pode fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família; para tanto, o juiz pode, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias*» (cfr. n.º 7 do art. 931.º do CPC).

Por consideração do interesse público de defesa dos interesses dos menores, atendendo à sua vulnerabilidade e à ausência da sua capacidade jurídica plena, a fixação dos alimentos provisórios poderá ocorrer oficiosamente quando o alimentando for menor¹⁶⁵.

O respeito por valores superlativos levou o juiz a colocar de lado os formalismos excessivos, sendo que a fixação da medida dos alimentos provisórios terá lugar à luz do prudente arbítrio do julgador, independentemente do disposto do art. 2004.º do CC,

¹⁶³ Cfr. GERALDES, António Santos Abrantes, PIMENTA, Paulo e SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 477.

¹⁶⁴ Cfr. GERALDES, António Santos Abrantes, PIMENTA, Paulo e SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 477.

¹⁶⁵ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, in Ana Prata (Coord.), *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 911.

encontrando-se consagrada no n.º 2 do artigo 2007.º do CC a regra da não restituição dos alimentos provisórios já recebidos¹⁶⁶.

Vejamos agora se o ordenamento jurídico processual português pode dar mais um passo em frente, distanciando-se do formalismo bloqueador da Justiça, em direção ao processo que mira a justa composição do litígio...

2. A tutela cautelar oficiosa a favor do vulnerável doente terminal

A lei processual civil afirma que as providências cautelares *podem ser requeridas* (cfr. n.º 1 do art. 362.º, n.º 1 do art. 377.º, n.º 1 do art. 380.º, n.º 1 do art. 384.º, n.º 1 do art. 388.º, n.º 1 do art. 391.º, n.º 1 do art. 397.º e n.º 1 do art. 403.º, todos do CPC), sendo expresso no Código Civil o caso em que podem ser decretadas oficiosamente pelo tribunal – como acima já mencionamos.

O entendimento geral é que as providências cautelares têm que ser requeridas pelo interessado, não obstante a lei não é literalmente expressa nesse sentido.

No âmbito dos articulados supervenientes, o articulado em que se aleguem factos supervenientes que hajam ocorrido ou sido conhecidos até ao encerramento da audiência prévia é oferecido na audiência prévia (cfr. al. a), do n.º 3 do art. 588.º do CPC). No entanto, apenas um juiz muito formalista indeferiria o articulado apresentado antes da audiência prévia, por não ser introduzido no momento processual indicado pela lei.

Isto para afirmar que, nem tudo o que possível no processo está ou tem que estar positivado.

Nestes termos, levanta-se a questão: poderá o juiz decretar oficiosamente outras providências cautelares, para além dos alimentos provisórios a favor de menores? E, para tal, será necessário que essa possibilidade seja positivada?

Intentada uma ação onde o autor alega ser doente – que sempre terá de alegar por não se tratar de um facto notório –, o que poderá fazer o juiz após análise dos articulados e das provas apresentadas? Poderá convidar a parte a concretizar e a demonstrar probatoriamente esse facto? Os n.ºs 3 e 4 do art. 590.º e o art. 411.º do CPC, parecem admiti-lo.

¹⁶⁶ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, in Ana Prata (Coord.), *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 911.

Provada a condição de doente terminal não se vê como não estejamos perante uma situação em que já se demonstrou que o autor não poderá aguardar pela decisão do processo principal, sem que com isso sofra prejuízos graves e irreparáveis.

Primeiramente, poderá afirmar-se que sofrerá danos o próprio direito de ação do doente terminal, «*que está compreendido no direito fundamental de acesso aos tribunais (art. 20.º da CRP)*»¹⁶⁷, ao qual está inerente o direito de ver ser julgada e decidida judicialmente a sua pretensão.

Bem como sofrerá danos o direito material invocado pelo doente terminal que se extinguirá na sua esfera jurídica antes de poder exercê-lo, efetivá-lo, dele gozar e usufruir – problema que se realça quando estão em causa interesses não patrimoniais, mas que não se menospreza quando estejam em causa interesses patrimoniais, que poderão ser efectivados pelos herdeiros do autor, é certo, mas não por este, e não deixam de ser legítimos.

Perante os articulados apresentados e as provas já deduzidas poderá ser que o tribunal já esteja em condições de averiguar, pela *summaria cognitio*, da aparência de direito? A resposta será pacificamente afirmativa, sendo que a audiência prévia tem precisamente a finalidade de diálogo e de discussão da posição das partes e será, sem dúvida, muito útil nessa tarefa.

Ponderando então os *supra* mencionados requisitos de decretação das providências cautelares – *in casu* faz sentido referirmo-nos apenas às providências cautelares antecipatórias –, e verificando estarem preenchidos, o que poderá o tribunal fazer? Parece que o autor não utilizou o meio processual adequado às suas circunstâncias, mas estará ao alcance do juiz, ao abrigo dos seus poderes de gestão *pro actione*, remediar a situação?

«*O princípio pro actione é um corolário normativo ou uma concretização do princípio constitucional do acesso efectivo à justiça, que aponta para uma interpretação e aplicação das normas processuais no sentido de favorecer o acesso ao tribunal ou de evitar as situações de denegação de justiça, designadamente por excesso de formalismo*»¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/07/2010, processo n.º 1259/08.0TVLSB.L1-8, in *www.dgsi.pt*.

¹⁶⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/01/2014, processo n.º 01233/13, in *www.dgsi.pt*.

Nos termos do n.º 3 do art. 193.º do CPC, «*Ocorrendo erro no meio processual utilizado pela parte impõe-se a convolação, oficiosa, para os termos processuais adequados*», sendo que «*Tal convolação (...) visa evitar que, por meras razões de índole formal, deixe de ser apreciada uma pretensão deduzida em juízo, em prejuízo da justa composição dos litígios*»¹⁶⁹.

O princípio adequação formal, consagrado no art. 547.º do CPC, impõe ao juiz o dever de «*adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a formar dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*».

Seria possível ao juiz extrair do pedido do autor o correspondente pedido cautelar adequado a assegurar a efetividade do direito ameaçado? Não vemos nessa tarefa grande dificuldade – especialmente no âmbito das providências cautelares antecipatórias –, podendo sempre haver nos casos mais dúbios, em sede de audiência prévia, uma discussão da posição das partes, de forma a esclarecer as dúvidas do tribunal.

Assim, poderá o juiz – atendendo ao nosso ordenamento jurídico –, confrontado com os articulados e provas apresentadas, verificando pelo preenchimento dos requisitos da decretação da providência cautelar – tomando nesse sentido as diligências necessárias ao apuramento da verdade –, extraíndo do pedido da ação principal o correspondente pedido cautelar adequado ao caso concreto, marcando data para realização de audiência prévia – informando desde logo o juízo que realizou e a possibilidade de decretação da providência cautelar, tal como o prazo para o réu exercer o contraditório –, e em tal sede abrir o diálogo e discutir as posições das partes, decretar oficiosamente a providência cautelar a favor do mais vulnerável sujeito processual, o doente terminal?

É nosso entendimento que na perspectiva de abandono do formalismo excessivo e de perseguição das decisões efetivas, ao abrigo das ideias de gestão processual *pro actione* e de um processo cooperativo, dialogante, igualitário, ético e, conseqüentemente, justo – que defendemos e é imposto pelos valores do moderno Estado de Direito – a resposta poderá já ser afirmativa.

A imparcialidade do juiz não se coloca em causa, uma vez que a sua conduta é pautada por critérios objetivos, visando aquele apenas fazer prosseguir o processo pelo

¹⁶⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07/03/2019, processo n.º 2305/17.2T8VNF-A.G1, in www.dgsi.pt.

meio processual adequado à realidade do caso concreto, concedendo-lhe uma decisão judicial efetiva, em respeito pelos princípios da igualdade, do contraditório e da proibição das decisões surpresa.

No âmbito do procedimento cautelar, poderá ser que o requerido apenas seja ouvido após o decretamento da providência. Tal acontecerá de forma a não comprometer a celeridade do procedimento ou quando haja perigo de que o efeito útil que se pretende alcançar através da tutela cautelar possa ser posto em causa irremediavelmente pela atuação do requerido¹⁷⁰.

Mas veja-se que por motivos de imparcialidade não podemos admitir que seja decretada oficiosamente uma providência cautelar sem que seja dada a possibilidade à outra parte de exercer o contraditório, pelo que este deverá ser exercido até ao encerramento da audiência prévia, que deverá tomar lugar no prazo de 10 dias (em conformidade com o n.º 2 do art. 293.º e com o n.º 3 do art. 365.º, ambos do CPC), de forma a ser decretada a providência cautelar no prazo máximo de 15 dias, a contar da data em que o juiz recebe o processo da secretaria¹⁷¹, uma vez que não houve «citação» do requerido e atendendo à urgência do caso concreto (em conformidade com o art. 363.º do CPC).

Para além de que, em princípio, não é por ser dado a oportunidade ao réu de se pronunciar que atuará agora, em 15 dias, de forma a destruir o efeito útil da tutela cautelar se ainda não o tivesse feito após ter sido citado para contestar a ação principal.

Não obstante, por razão da segurança que advém da positivação, e principalmente pelas razões *supra* explanadas, propugnamos pela consagração na lei da proposta aqui realizada.

Termos em que defendemos a consagração do Capítulo III – Providência cautelar oficiosa a favor do vulnerável doente terminal, a incluir no Título IV – Dos procedimentos

¹⁷⁰ Cfr. GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, cit., pp. 355-356.

¹⁷¹ Quanto a este aspeto, há que fazer uma ressalva: caso a petição inicial e os documentos que a acompanham indicem fortemente uma condição de doença terminal do autor, propugnamos que a secretaria – que deve ter indicação para tal por parte do tribunal – alerte o juiz de tal circunstância, que deverá, «*caso o considere justificado*», proceder à citação urgente do réu (ao abrigo do princípio de gestão consagrado nos arts. 6.º e 547.º, ambos do CPC – todavia sugerimos o seguinte aditamento ao n.º 1 do art. 561.º do CPC: «O juiz pode, a requerimento do autor, *ou oficiosamente quando este indicie fortemente ser doente terminal*, e caso o considere justificado, determinar que a citação seja urgente»); não obstante, quando assim não seja, não vemos porque não poderá o processo ser remetido para o juiz com uma nota de urgência, caso a petição inicial e os documentos que a acompanham aludem para uma condição de doença do autor.

cautelares, e conseqüentemente o aditamento do artigo 409.º-A ao Código de Processo Civil, a adotar a seguinte redação:

1 – Intentada a ação principal por vulnerável doente terminal, pode o tribunal, oficiosamente e verificados os requisitos gerais, decretar a providência cautelar antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

2 – Considera-se vulnerável doente terminal aquele com comprovado prognóstico de vida inferior a 6 meses.

3 – O tribunal ouvirá sempre o requerido até ao encerramento da audiência prévia, a realizar no prazo de 10 dias, de forma a ser decretada a providência cautelar no prazo máximo de 15 dias, a contar da data em que o juiz recebe o processo da secretaria.

CONCLUSÃO

Aqui chegados mostra-se «inequívoco que o *Direito Processual Civil* está a viver, nestas primeiras décadas do século XXI, tempos revolucionários»¹⁷², sendo que «os primeiros passos foram dados, mas um longo e interminável caminho está por fazer, competindo a cada geração avançar sempre mais e mais»¹⁷².

Foi isto que procurámos fazer com o presente estudo.

Abandonado está o olhar formalista cego do processo civil. Advogamos a perspectiva do processo preocupado com as realidades sociais, que é pautado pelos valores do moderno Estado Democrático.

O legislador e o juiz dos tempos modernos não podem mais desconsiderar os obstáculos que impedem a justa composição do litígio.

As pessoas são indiscutivelmente diferentes umas das outras. No entanto, as idiossincrasias não devem obstar ao acesso à Justiça.

Hoje, exige-se que o juiz faça uso dos seus poderes de gestão *pro actione* e que, em respeito pelo contraditório, e pautado por critérios objetivos que derivam dos valores consagrados na Constituição, soltando-se das amarras que tranquilizam os inseguros, conduza o processo a bom porto.

Na tarefa de igualar as forças dos litigantes, o legislador português tem vindo a fazer um trabalho com mérito, não obstante tímido. Apesar de não positivada a expressão «vulnerável», são várias as considerações e medidas que visam mitigar as disparidades dos sujeitos processuais.

Quanto ao doente terminal, que declaramos ser o mais vulnerável sujeito processual, surgem dificuldades incomparáveis no acesso à Justiça. A doença da morosidade que infeta os corredores dos tribunais, atinge especialmente aqueles que, literalmente, não têm tempo.

Nestes casos, e nos termos *supra* explicitados, a providência cautelar officiosamente decretada parece uma solução compaginável com o moderno processo civil que se apregoa.

¹⁷² Cfr. MESQUITA, Miguel, «Princípio de Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», cit., p. 105.

O que nos moveu durante esta caminhada foi a tentativa de contribuir para a difusão das ideias do formalismo mitigado e do juiz como gestor atento ao caso concreto. Assim como alertar para as dificuldades que determinadas pessoas, em consequência de circunstâncias de diversas ordens, enfrentam para fazer valer os seus direitos. Para, por fim, conciliando estas temáticas, apresentar uma proposta a um problema, embora raro, real, na tentativa de que seja dado mais um passo em frente na *busca da justa composição do litígio*.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., p. 379, Nova Edição Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves, Coimbra Editora, 1979.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, reimp. Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 15ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- BAPTISTA, José João, *Processo Civil I – Parte Geral e Processo Declarativo*, 8ª ed., Coimbra Editora, 2006.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código Civil*, vol. II, 3ª ed. rev. e atu., Lisboa, 2000.
- CAMPOS, João Mota de/CAMPOS, João Luiz Mota de, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.
- FARIA, Rita Lynce de, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica, 2003.
- FERREIRA, Maria Clara Baião Alvarinhas, *O Doente Terminal e o Familiar Cuidador na Equipa de Cuidados Continuados Integrados*, in <http://repositorio.ipv.pt>.
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002.
- FREITAS, José Lebre de, *et al.*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª ed., Coimbra Editora, 2008.
- FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum (À Luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª ed. Coimbra Editora, 2013.
- GARCIA, Maria da Glória Dias e MACIEIRINHA, Tiago, *et al.*, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016.
- GONÇALVES, Marco Filipe Carvalho, *Providências Cautelares*, 3ª ed., Almedina, 2017.
- GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. III, 4ª ed. rev. e atu., Almedina, Coimbra, 2010.

GERALDES, António Santos Abrantes, PIMENTA, Paulo e SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Artigos 1.º a 702.º, 2ª edição, reimpressão, Almedina, 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, «Processo justo e contraditório dinâmico», in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 2(I):64-71, Janeiro-Junho 2010. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/2029>.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3ª ed., Coimbra Editora, 2011.

MARTINS, Ana Gouveia, *A Tutela Cautelar no Contencioso Administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, Coimbra Editora, 2005.

MESQUITA, Miguel, «Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, Novembro – Dezembro de 2015, N.º 3995.

MONCADA, Luiz S. Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2ª Edição, Revista e Actualizada, Quid Juris? – Sociedade Editora, Lda., 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, «O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo», in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* – n.º 26, 2006. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/74203/41899>.

PEDRO, Rute Teixeira, in Ana Prata (Coord.), *Código Civil Anotado*, vol. II, Almedina, 2017.

PEREIRA, Célia Sousa, *Arbitramento de Reparação Provisória*, Almedina, Coimbra, 2003.

PIMENTA, Paulo, *A Fase do Saneamento do Processo Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2003.

PINHEIRO, Paulo Sousa, *O Procedimento Cautelar Comum no Direito Processual do Trabalho*, 2ª ed. rev., atu. e aum., Almedina, Coimbra, 2007.

PINTO, Rui, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

RAMOS, Tânia Tavares, «A Aceção da Vulnerabilidade no Processo Civil», in *Revista Julgar* n.º 31, 2017. Disponível em <http://julgar.pt/a-acecao-da-vulnerabilidade-no-processo-civil/>.

- REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2004
- REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 3ª ed. – reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1960.
- REIS, José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1946.
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, Lisboa, 2011.
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *Elucidário de Temas de Direito (Civil e Processual)*, Coimbra Editora, Lisboa, 2011.
- SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum: Princípio do Contraditório e Dispensa de Audiência Prévia do Requerido*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, O Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lex, Lisboa, 1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1980.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *O Objecto da Sentença e o Caso Julgado Material (Estudo sobre a Funcionalidade Processual)*, Lisboa, 1983.
- TARTUCE, Fernanda, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, São Paulo: Método, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/04/1992, processo n.º 082168, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/1992, processo n.º 082753, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/1990, processo n.º 080846, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/03/1999, processo n.º 153/99, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/01/2006, processo n.º 05B4206, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/1999, processo n.º 99A678, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/11/1999, processo n.º 99B964, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/06/1993, processo n.º 083931, *in* www.dgsi.pt.

Supremo Tribunal Administrativo:

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/05/2010, processo n.º 0375/09, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29/01/2014, processo n.º 01233/13, *in* www.dgsi.pt.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/02/1993, processo n.º 0049391, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/11/1996, processo n.º 0005424, *in* www.dgsi.pt.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/10/2008, processo n.º 7653/2008-6, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/02/2010, processo n.º 1114-A/2001.L1-6, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/04/2008, processo n.º 2576/2008-1, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/06/2008, processo n.º 1837/2008-6, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/07/2013, processo n.º 462/13.6TVLSB.L1-2, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/07/2010, processo n.º 1259/08.0TVLSB.L1-8, *in www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/05/1994, processo n.º 4341402, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/11/2011, processo n.º 1408/11.1TJPRT.P1, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04/12/1990, processo n.º 9050658, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/04/1997, processo n.º 9720189, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/05/1993, processo n.º 9230922, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/03/1993, processo n.º 9360073, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01/02/1993, processo n.º 9220922, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2003, processo n.º 0323615, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08/11/2015, processo n.º 0524432, *in www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/10/2009, processo n.º 5/06.8GBFIG-B.C1, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/10/2003, processo n.º 2712/03, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/03/2015, processo n.º 1804/12.7TBTNV-B.EI.C1., *in www.jurisprudencia.csm.org.pt*.

Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03/02/2005, processo n.º 2460/04-3, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 20/09/2012, processo n.º 44/12.0T2STC.E1, *in www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11/09/2014, processo n.º 516/13.9TBEPS-A.G1, *in www.dgsi.pt*.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07/03/2019, processo n.º 2305/17.2T8VNF-A.G1, *in www.dgsi.pt*.