

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 • N.º 01 • Julho-Dezembro 2012

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

ÍNDICE

Data Venia	03
<i>Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito</i>	
Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente.....	05
<i>Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, Juiz Conselheiro</i>	
O Interesse no Contrato de Seguro.....	27
<i>Pedro Miguel S.M.Rodrigues, Mestrando em Direito</i>	
A Problemática da Investigação do Cibercrime.....	63
<i>Vera Marques Dias, Advogada</i>	
Notas sobre o Direito à Subida de Divisão no Futebol Profissional Português	89
<i>Sérgio Monteiro, Advogado-Estagiário</i>	
O Segredo de Justiça.....	103
<i>Valentim Matias Rodrigues, Oficial de Justiça</i>	
A Intervenção da Polícia no Procedimento de Urgência e na Informação Tutelar Educativa.....	137
<i>João Manuel Pereira Duarte, Chefe da PSP</i>	
O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção	151
<i>Maria Conceição da Rocha Coelho, Advogada</i>	
A Lista Pública de Execuções.....	179
<i>Armando Branco, Solicitador e Agente de Execução</i>	
A evolução da atividade interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin	189
<i>João Chumbinho, Juiz de Paz</i>	
Do Processo Especial de Tutela da Personalidade no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil	223
<i>Ana Catarina Fialho, Mestranda em Direito</i>	
Registo Histórico e Judicial – As Ordenações Afonsinas Os Juizes, Procuradores e Escrivães nas Ordenações Afonsinas.....	243



DO PROCESSO ESPECIAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANA CATARINA FIALHO

Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

RESUMO:

O processo especial de tutela da personalidade é objeto de alterações no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil.

Após uma breve explicação sobre os objetivos e a natureza deste processo especial, são analisadas as questões relacionadas com a fundamentação sucinta da sentença, os pressupostos e os limites de natureza constitucional da irrecorribilidade da decisão provisória e a natureza urgente do processo, fazendo-se algumas sugestões para alterações ao Projeto de Reforma ou uma interpretação que garanta sentido útil e eficácia a este importante instrumento processual de tutela de direitos fundamentais.

DO PROCESSO ESPECIAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE NO PROJECTO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANA CATARINA FIALHO
Mestranda em Direito

SUMÁRIO:

I. Introdução. Os direitos de personalidade: *a)* Na Constituição da República Portuguesa; *b)* Nos instrumentos de direito internacional e europeu; *c)* Na lei substantiva; *d)* Na lei adjectiva; II. A Reforma do Código de Processo Civil; III. A natureza do processo; IV. Os limites da fundamentação sucinta da sentença; V. Pressupostos, limites e irrecorribilidade da decisão provisória; VI. Urgência da fase do recurso; VII. Conclusão.

- I -

INTRODUÇÃO

Os direitos de personalidade são os direitos que asseguram ao respetivo titular o uso de um bem pessoal ou a atuação de um poder pessoal perante todas as demais pessoas.

Como objeto imediato, encontra-se uma parte da própria esfera pessoal do indivíduo, relativamente à qual é atribuída ao respetivo titular do direito, um domínio e, conseqüentemente, um poder para proibir intromissões alheias.

Implicam uma disponibilidade de meios jurídicos para a realização da dignidade da pessoa, a qual é colocada como sujeito deste direito absoluto.

Em termos de enquadramento jurídico, os direitos de personalidade encontram-se previstos na Constituição da República Portuguesa, em diversos instrumentos de direito internacional e na lei ordinária, designadamente:

a) Na Constituição da República Portuguesa:

- artigo 25.º, n.º 1 (a integridade moral e física das pessoas é inviolável);

- artigo 26.º, n.º 1 (a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação);

- artigo 66.º, n.º 1 (todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender);

b) Nos instrumentos de direito internacional e europeu:

- artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica);

- artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação):

- artigo 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ninguém será objeto de intervenções arbitrarias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação);

- artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência);

- artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações);

c) - Na lei substantiva:

- artigo 70.º do Código Civil (a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, podendo a pessoa ameaçada ou ofendida requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida);

- artigo 72.º do Código Civil (toda a pessoa tem o direito de usar o nome, completo ou abreviado, e a opor-se a quem outrem o use ilicitamente para sua identificação ou para outros fins);

- artigo 76.º, n.º 1 do Código Civil (as cartas missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento);

- artigo 79.º, n.º 1 do Código Civil (o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento deste);

- artigo 80.º do Código Civil (todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem);

- artigo 484.º do Código Civil (quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva, responde pelos danos causados);

- artigo 1346.º do Código Civil (o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a quaisquer outros factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam);

- artigo 1677.º-C, n.º 1 do Código Civil (falecido um dos cônjuges ou decretada a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família);

- artigo 210.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (estabelecendo que o uso ilegítimo do nome literário ou artístico ou de qualquer outra forma de identificação do autor confere ao interessado o direito de pedir, além da cessação de tal uso, indemnização por perdas e danos);

- artigo 34.º, n.º 1 da Lei de Proteção de Dados Pessoais (estabelecendo o direito à reparação pelo prejuízo sofrido em consequência do tratamento ilícito de dados pessoais ou de qualquer ato que viole disposições legais em matéria de proteção de dados pessoais);

- artigo 16.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, abrangendo o acesso e a divulgação de aspetos relativos à esfera íntima e pessoal do empregador e do trabalhador);

- artigo 17.º, n.º 1 do Código do Trabalho (estabelecendo a proteção de dados pessoais relativos à vida privada do trabalhador);

- artigo 19.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva sobre as informações médicas do trabalhador pelo empregador, salvo se essa necessidade de conhecimento tiver por finalidade a proteção da segurança do trabalhador ou de terceiros ou particulares exigências inerentes à atividade);

- artigo 22.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva sobre as mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte, sem prejuízo do estabelecimento de regras de utilização dos meios de comunicação na empresa);

d) - Na lei adjetiva:

- nos artigos 1474.º e 1475.º, ambos do Código de Processo Civil (estabelecendo o processo especial de tutela dos direitos de personalidade);

- nos artigos 186.º-D a 186.º-F, todos do Código de Processo de Trabalho (estabelecendo os processos de impugnação da confidencialidade de informações ou da recusa da sua prestação ou da realização de consultas e de tutela da personalidade do trabalhador).

Assim, os direitos de personalidade estão ligados à vertente moral ou à integridade física, tais como o direito ao bom nome que é normalmente integrado no direito à identidade pessoal, o direito à imagem, o direito à honra, o direito à intimidade da vida privada, o direito à dignidade (na vertente moral) e o direito à saúde e o direito ao repouso e ao descanso (na vertente física).

O processo declarativo especial de tutela da personalidade (artigos 1474.º e 1475.º, ambos do Código de Processo Civil) é um processo muito simplificado, maleável e expedito, destinado a prevenir ou a atenuar os efeitos resultantes de atos lesivos dos direitos de personalidade.

- II -

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo civil deve ser visto como algo que serve para viabilizar a discussão, a dialética, tão alargadamente quanto possível, em ordem a conseguir-se o desiderato que é a causa final do processo, a saber, a decisão da causa (a boa quanto possível decisão), e não tanto mini-decisões de fases ou subfases processuais.

Por seu turno, o direito de acesso à justiça é indissociável dos demais direitos e princípios de natureza constitucional e processual, implicando também o princípio da igualdade, do contraditório, da igualdade de armas e da concessão da justiça em prazo razoável (artigos 13.º e 20.º, n.ºs 1, 4 e 5 da Constituição da República Portuguesa¹, 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem², 14.º, n.º 1, § 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³, 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴, 47.º da Carta

¹ A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º, n.ºs 1, 4 e 5 da Constituição da República Portuguesa, na redacção conferida pela Lei n.º 1/2005, de 12 de Agosto).

² Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida (artigo 10.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

³ Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá (...) das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil (...) (artigo 14.º, § 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho).

⁴ Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil (artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do

de Direitos Fundamentais da União Europeia⁵, 9.º, n.º 2 da Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de promover e proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, aprovado pela Resolução n.º 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9 de Dezembro de 1998⁶, e 2.º, n.º 1 do Código de Processo Civil⁷).

A jurisprudência constitucional tem considerado que o direito de acesso aos tribunais envolve a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito que opere a justa e definitiva composição do litígio, privilegiando-se claramente a decisão de fundo sobre a decisão de forma (neste sentido, Ac. TC n.º 694/2004; Ac. TC n.º 960/96 e Ac. TC n.º 1169/2006).

Por seu turno, a doutrina constitucional afirma que “a tutela através dos tribunais deve ser efetiva (...) o princípio da efetividade articula-se com uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais, entre direitos

fundamentais e organização e processo de proteção e garantia (...) o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (...) é, ele mesmo, um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo por isso, inerente à ideia de Estado de Direito (...) É certo que carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado (...) no sentido de colocar à disposição dos indivíduos - nacionais ou estrangeiros, pessoas individuais ou coletivas - uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efetiva” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição, p. 416).

Com o objetivo principal de garantir o financiamento externo necessário ao cumprimento de obrigações previamente assumidas, o Estado Português subscreveu com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional o “Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Política Económica”, abrangendo todas as áreas da intervenção do Estado.

No âmbito da administração da Justiça, os objetivos estabelecidos por este “Memorando de Entendimento” traduziram-se na “melhoria do funcionamento do sistema judicial, essencial para o funcionamento correto e justo da economia”, no “aumento da eficiência através da reestruturação do sistema judicial”, na “adoção de novos modelos de gestão dos tribunais” e na “redução das pendências processuais”.

Em suma, as medidas preconizadas para a administração da Justiça visam essencialmente resolver aspetos de gestão processual e de eficiência que permitam reduzir as elevadas pendências processuais (em particular nas ações para cobrança de créditos) e, desta forma, constituir um fator de desenvolvimento económico

Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro).

⁵ Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo Direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

⁶ Todas as pessoas cujos direitos ou liberdades tenham sido alegadamente violados têm o direito, pessoalmente ou através de representantes legalmente autorizados, de apresentar queixa e de que esta queixa seja rapidamente examinada em audiência pública perante uma autoridade judicial ou outra autoridade independente, imparcial e competente, estabelecida por lei, e de obter dessa autoridade uma decisão, em conformidade com a lei, que lhe atribua uma reparação, incluindo qualquer indemnização que seja devida, caso a pessoa tenha sido vítima de uma violação dos seus direitos ou liberdades, e garanta a execução de eventual decisão e o cumprimento da obrigação de reparar, tudo isto sem demora indevida (artigo 9.º, n.º 2 da Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de promover e proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, aprovado pela Resolução n.º 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9 de Dezembro de 1998).

⁷ A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar (artigo 2.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

e de confiança para a atividade das empresas e dos particulares.

Sem qualquer dúvida, estas premissas constituíram o fundamento para a proposta de Nova Reforma do Código de Processo Civil que foi apresentada pela Comissão nomeada ainda no XXV Governo Constitucional e que viria a ser depois retomada durante este Governo, por iniciativa da Ministra da Justiça, embora com objetivos mais amplos do que aqueles que foram definidos numa primeira fase.

Contudo, apesar destes objetivos não o determinarem, a proposta apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil veio também introduzir alterações na tramitação do processo especial de tutela da personalidade (artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil) introduzindo um inovatório procedimento autónomo, urgente e autossuficiente destinado a assegurar, em tempo útil, a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade das pessoas singulares.

Assim, as principais alterações introduzidas podem ser resumidas da seguinte forma:

a) - São condensados os pressupostos do pedido numa única previsão normativa (artigo 1474.º);

b) - É estabelecida uma tramitação processual célere e simplificada da providência semelhante a outras providências com a mesma natureza (requerimento inicial com as provas, designação de julgamento, tentativa de conciliação, contestação com as provas, julgamento e sentença sucintamente fundamentada) (artigo 1475.º, n.ºs 1 a 3);

c) - Estabelece-se a obrigação do tribunal determinar o comportamento concreto para evitar, atenuar ou fazer cessar a ameaça ao direito de personalidade, bem como o prazo para o cumprimento desse comportamento, com a determinação de eventual sanção pecuniária compulsória (artigo 1475.º, n.º 4);

d) - É prevista a possibilidade de uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação, de acordo com certos pressupostos, preterindo-se a prévia audição da parte contrária que a poderá posteriormente impugnar (artigo 1475.º, n.ºs 5 e 6);

e) - É estabelecida a natureza urgente dos recursos e um procedimento simplificado de execução, o qual deve incluir a liquidação da sanção pecuniária compulsória (artigo 1475.º-A).

O objetivo deste trabalho consiste em analisar algumas dessas alterações e as suas implicações ou considerações relativamente aos princípios gerais do processo civil.

- III -

NATUREZA DO PROCESSO

O processo especial de tutela da personalidade encontra-se qualificado como processo de jurisdição voluntária (Capítulo XVIII do Código de Processo Civil).

A jurisdição voluntária é exercitada em função dos interesses dos sujeitos envolvidos ou de situações jurídicas subjetivas, cuja tutela é assumida por razões de interesse geral da comunidade, visando a atividade do tribunal, na resolução do caso concreto, com vista a:

a) - permitir um certo interesse ou feixe de interesses previstos na lei e não à mais justa composição dos interesses e direitos contrapostos dos litigantes; ou

b) - um certo interesse ou feixe de interesses deixado à livre apreciação do juiz; ou ainda

c) - para permitir que o juiz se limite a controlar uma auto-composição processual das próprias partes.

No âmbito desta jurisdição, existe uma diferente modelação prática de certos princípios ou regras processuais (neste sentido, Remédio

Marques, *Ação Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, Coimbra, Almedina, pp. 78-80).

A característica geral dos processos de jurisdição voluntária é a de que não há neles “um conflito de interesses a compor, mas só um interesse a regular, embora podendo haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse” (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, p. 72) ou “um interesse fundamental tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes” (Antunes Varela e outros, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.^a edição, p. 69).

Assim, na jurisdição voluntária há, não a decisão de uma controvérsia entre as partes, mas uma atividade de assistência e de fiscalização em relação a atos realizados pelos particulares, sendo a intervenção requerida pela parte interessada. Pode existir controvérsia entre os interessados mas o essencial, nestes casos, é que haja um interesse fundamental tutelado pelo direito e ao juiz se tenha atribuído o poder de escolher a melhor forma de o gerir ou de fiscalizar o modo como se pretende satisfazê-lo.

A ausência de conflito de interesses nos processos de jurisdição voluntária tem reflexos nas regras do próprio processo pois, enquanto nos processos de jurisdição contenciosa, o tribunal é chamado a decidir de acordo com a lei substantiva aplicável, nos processos de jurisdição voluntária, a função do juiz não é tanto interpretar e aplicar a lei, mas avaliar os interesses em jogo, na sua qualidade de terceiro imparcial.

Com vista a explicitar o critério distintivo entre a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa, Alberto dos Reis afirma que aquela tem um “fim essencialmente constitutivo, tendendo à constituição de relações jurídicas novas ou coopera na constituição e no desenvolvimento de relações

existentes” (*Processos Especiais II*, Coimbra Editora, pp. 397-398).

São aplicáveis aos processos de jurisdição voluntária as disposições normativas constantes dos artigos 302.º a 304.º e 1409.º a 1411.º, todos do Código de Processo Civil em que existe uma conformação diferente da tramitação processual, é mais forte a presença do princípio do inquisitório, em contraposição ao princípio do dispositivo, na medida em que o julgador pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, tendo o poder de só admitir as provas que julgue necessárias (artigo 1409.º, n.º 2 do Código de Processo Civil)⁸.

Contudo, neste tipo de jurisdição, o poder inquisitório do tribunal é complementar do dever de fundamentação do pedido, que cabe às partes, significando, deste modo, que o juiz não fica sujeito apenas aos factos invocados por estas, na fundamentação da decisão que vier a proferir, podendo utilizar factos que ele próprio capte e descubra (neste sentido, Ac. RL de 19/10/1999 *in* CJ, IV, 1999, p. 129).

Por outro lado, o juiz não está sujeito a critérios de decisão fundados em legalidade estrita, podendo pautar-se pela equidade⁹, adotando, em

⁸ Na jurisdição contenciosa, o juiz só pode, em regra, servir-se dos factos fornecidos pelas partes ao passo que na jurisdição voluntária, pode utilizar factos que ele próprio capte e descubra. Nestes processos, o material de facto sobre que há-de assentar a resolução, é não só a que os interessados ofereçam, senão também o que o juiz conseguir trazer para o processo pela sua própria actividade, dispondo de largo poder de iniciativa na colheita dos factos e nos meios de prova. Em suma, na jurisdição contenciosa, os poderes oficiosos do juiz em matéria de prova têm natureza subsidiária enquanto que, na jurisdição voluntária, essa limitação não existe (Alberto dos Reis, *Processos Especiais II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 399-400).

Com efeito, mesmo na jurisdição contenciosa, a prova dos factos deixou de constituir monopólio das partes já que o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade, encontrando-se o papel do juiz-árbitro definitivamente ultrapassado (neste sentido, Lebre de Freitas, *Introdução ao Código de Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 138).

⁹ Como ensina Alberto dos Reis, “um julgamento pode inspirar-se em duas orientações ou em dois critérios diferentes: critério de legalidade, critério de equidade. No primeiro caso, o juiz tem de aplicar aos factos da causa o direito constituído; tem de julgar

cada caso¹⁰, a solução que lhe pareça mais conveniente e oportuna ou devendo procurar antes, pela via do bom senso, a solução mais adequada a cada caso¹¹ (artigo 1410.º do mesmo Código), sem prejuízo da possibilidade de livre modificação das decisões adotadas pelo julgador, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem essa modificação (cláusula *rebus sic standibus*) (artigo 1411.º, n.º 1 do referido Código)¹².

Finalmente, é inadmissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de todas as decisões proferidas no âmbito destes processos, contanto que tenham sido pronunciadas segundo critérios de estrita conveniência e de oportunidade, ou seja, segundo critérios (decisórios) de equidade (artigo 1411.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

segundo as normas jurídicas que se ajustem à espécie respectiva, ainda que, em sua consciência, entenda que a verdadeira justiça exigiria outra solução. No segundo caso, o julgamento não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa” (*Processos Especiais II*, Coimbra Editora, p. 400).

¹⁰ A expressão “em cada caso” significa que o julgador, em vez de se orientar por conceitos abstractos de humanidade e de justiça, deve olhar para o caso concreto e procurar descobrir a solução mais conveniente para os interesses em causa (Alberto dos Reis, *Processos Especiais II*, Coimbra Editora, pp. 400-401).

¹¹ Contudo, como afirmam Antunes Varela e outros (*Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, p. 72) “a prevalência da equidade sobre a legalidade estrita, nas providências que o tribunal tome, não vai obviamente ao ponto de se permitir a postergação de normas imperativas aplicáveis à situação”.

Com efeito, do ponto de vista da técnica legislativa, a explicitação e formulação da discricionariedade ou submissão de determinadas matérias à livre resolução do tribunal ou prudente arbítrio é feita através da utilização de expressões como “pode o juiz”, “o tribunal pode ordenar”, “como o juiz reputar mais conveniente” e “o tribunal, sempre que o entender conveniente”. Por sua vez, quando quer referir-se a poder vinculado, a técnica legislativa faz uso de fórmulas diferentes daquelas, mas nelas detecta-se sempre uma clara imposição ao juiz, como por exemplo, “os actos decisórios são sempre fundamentados”, “o juiz designa imediatamente” e “cumpra ao juiz”.

¹² Esta possibilidade de livre modificabilidade das decisões não é absoluta já que “o caso julgado forma-se nos mesmos termos em que se forma nos processos de jurisdição contenciosa mas, aqui, não possui o dom da irrevogabilidade na medida em que qualquer resolução pode ser livremente alterada, embora haja transitado em julgado.

Livremente alterada não significa «alterada arbitrariamente ou caprichosamente» pois o tribunal tem que fundamentar a sua decisão e esta instabilidade do caso julgado não vai até ao ponto de prejudicar os efeitos que já tenha produzido a resolução anterior; esses efeitos subsistem. A nova resolução só exerce a sua eficácia em relação ao futuro” (Alberto dos Reis, *Processos Especiais II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 403).

Como consequências desta natureza de jurisdição voluntária, marcada pelos princípios do inquisitório, da prevalência da equidade sobre a legalidade estrita e da livre modificabilidade das decisões, em primeiro lugar, o tribunal pode determinar oficiosamente a aplicação da sanção pecuniária compulsória nos casos em que não seja pedida ou poderá não decretar essa mesma sanção nos casos em que, tendo sido pedida, entender que não é a solução adequada e, em segundo lugar, permite-se que quando ocorra uma modificação das circunstâncias, para além da modificação da decisão, possa alterar-se a sanção pecuniária compulsória aplicada ou aplicá-la quando não tenha sido anteriormente decretada.

Estabelecidas algumas ideias sobre os pressupostos e natureza desta providência, escolhemos três questões para a discussão, a saber:

a) - Quais os limites da fundamentação sucinta da sentença ?

b) - Quais os pressupostos e limites de natureza constitucional e processual a uma decisão provisória proferida no âmbito de um procedimento que, por si próprio, deve ser célere e simplificado e a justificação para a sua irrecorribilidade ?

c) - Qual a necessidade de estabelecer a natureza urgente dos recursos sem que tal opção tenha sido adotada relativamente à tramitação em 1.ª instância ?

Vejamos cada uma destas questões.

- IV -

OS LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA DA SENTENÇA

A tutela dos direitos e interesses reconhecidos pela ordem jurídica compete ao Estado, através dos tribunais, pela via do direito de ação.

Ao direito de ação corresponde, da parte do tribunal, o poder-dever de prestar a requerida tutela, que se exprime na definição do direito no caso concreto, através da emissão de uma sentença.

Por meio do exercício do direito de ação e do correspondente direito de contradicção, as partes colocam ao tribunal um problema prático, a dita definição do direito aplicável ao caso concreto.

Assim, a sentença é o ato processual que culmina um conjunto pré-ordenado e regulamentado de procedimentos preparatórios, constituindo, precisamente, a solução desse problema.

É esta ideia de solução de um concreto problema prático que dá à sentença a sua especificidade no mundo jurídico, que a distingue da dogmática jurídica, do simples comentário ou anotação, do ensaio erudito, ou do parecer, a que tantas vezes, sem justificação, pretende assemelhar-se.

A sentença deve ser, pois, um documento simples, claro, logicamente ordenado, enxuto (isto é, com o *quantum satis* de argumentação, especialmente de argumentação jurídica), e esgotante, no sentido de que deve resolver suficientemente o problema e não deve dizer nem mais nem menos do que é preciso¹³.

A sentença corresponde à resolução de um problema e deve compreender três momentos essenciais: -

a) - o **enunciado** em que se expõe o problema e se proclama o que se pretende demonstrar;

b) - a **discussão** em que se debate e examina o assunto questionado, através da pertinente argumentação; e

c) - a **solução** em que se apresenta o resultado do problema e se desfaz a dúvida que estava na origem dele.

A sentença deve ser fundamentada, deve conter a quantidade de informação necessária e não mais do que a necessária (sob pena de estabelecer confusão no espírito do destinatário, não só sobre o sentido do discurso mas, também, acerca dos reais motivos da solução), deve versar, apenas, as questões com relevo para a solução e, finalmente, deve ser clara (no sentido de não obscura nem ambígua), concisa e ordenada.

Assim, o conceito de fundamentação sucinta da sentença deve entender-se como aquele que pretenda expurgar extensas análises das normas jurídicas aplicáveis ao caso e extensas referências de carácter doutrinal e jurisprudencial, não devendo constituir uma mera compilação ou repositório de legislação, doutrina e jurisprudência, mas devendo cingir-se às pretensões que as partes pretendem fazer valer e aos fundamentos essenciais que as sustentam.

Contudo, importa conciliar esta possibilidade das decisões serem fundamentadas sucintamente com o princípio de que a violação desta imposição não possa constituir qualquer nulidade com influência na decisão da causa.

A fundamentação sucinta (ou sumária) deve ser entendida como fundamentação necessária na medida em que seja suficiente para resolver aquele caso de acordo com o direito, explicando a solução jurídica encontrada para o caso e evitando textos muito extensos, com inúmeras citações de doutrina e de jurisprudência que, por vezes, pouco ou nada se relacionam com o objeto do processo.

A matéria de facto deve ser decidida na sentença, que deve limitar-se à parte decisória

¹³ Sobre o conteúdo da sentença, ensinava Alberto dos Reis que “o juiz diga as razões jurídicas da sua decisão, é indispensável; que transforme a motivação da sentença num estendal pretensioso de doutrina e opiniões alheias, que faça alarde pomposo, e inteiramente desnecessário, de erudição fácil, eis o que é, de todo em todo, despropositado” (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, p. 42).

Este autor refere ainda que tão grande era a preocupação do legislador italiano em controlar excessos de erudição fácil que as *Disposições para a actuação do Código de Processo Civil Italiano* proibiam toda a citação de autores jurídicos.

(precedida da identificação sumária das partes e da fundamentação sumária do julgado).

Por outro lado, o relatório - exposição historiada mas concisa dos termos do litígio (ação e defesa), deve igualmente ser simplificado. Evidentemente, em causas de maior complexidade, a sentença poderá não prescindir de uma descrição “resumida e direta” dos termos do litígio, mas essa operação deve ser reduzida ao mínimo sempre que desnecessária.

É inquestionável que a fundamentação das sentenças é a fonte de legitimação dos tribunais perante o cidadão (utente da justiça) mas esta deve igualmente ser feita em função desse mesmo cidadão, explicando-lhe a solução jurídica encontrada para o caso, e não para os juízes ou para os advogados.

Assim sendo, é positivo que a sentença incorpore duas linhas programáticas essenciais: - concentração dos atos (eliminação da decisão autónoma da matéria de facto) e simplificação (fundamentação sucinta).

A sentença não deve ser lugar para uma reprodução (não raras vezes quase textual) dos articulados: “como nestes se escreve muita coisa desnecessária e inútil, como nos articulados se expõem não só os factos essenciais, mas também os factos secundários, é bem de ver que um relatório-cópia dos articulados há-de ser fatalmente uma peça longa, estirada e indigesta” (Alberto dos Reis, *Breve Estudo sobre o Processo Civil*, p. 460).

A motivação (de facto e de direito) também deve beneficiar de alguma flexibilização sempre que tal possa ser conseguido sem prejuízo das garantias das partes.

Com efeito, não faz sentido prever uma tramitação processual simplificada e célere e depois exigir uma peça processual decisória extraordinariamente complexa, extensa e com citações desnecessárias que apenas iriam introduzir um fator de atraso no processo.

A Constituição da República Portuguesa exige que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente¹⁴ sejam fundamentadas na forma prevista na lei (artigo 205.º, n.º 1 da Constituição).

Esta exigência de fundamentação cumpre duas funções: uma de carácter objetivo e que se traduz na pacificação social, legitimidade e autocontrolo das decisões e outra de carácter subjetivo, relacionada com a garantia do direito ao recurso, controlo da correção material e formal das decisões pelos seus destinatários (Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, p. 70).

A fundamentação, ainda que sucinta, exige uma especial motivação das razões de facto (explicados objetivamente, baseados em critérios baseados na livre apreciação da prova ou na experiência comum, em juízos de probabilidade que justificam a adoção daquela factualidade e não de outra) e das razões de direito (explicitando os motivos da qualificação jurídica dos factos e a escolha que conduzirá à procedência ou improcedência do pedido formulado).

Noutra perspetiva, ao *declarar os factos que julga provados e os que julga não provados*, o julgador deve continuar a analisar criticamente as provas e especificar motivadamente as que considera decisivas para a sua convicção e as que têm valor probatório fixado por lei (artigos 653.º, n.º 2 e 659.º, n.º 3, ambos do Código de Processo Civil) enquanto que, *ao aplicar o direito*, deve indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas (artigo 659.º, n.º 2 do mesmo Código)¹⁵.

¹⁴ As decisões de mero expediente são aquelas que se destinam a prover ao andamento regular do processo, sem interferir no conflito de interesse entre as partes, designadamente o despacho que determina a audição das partes com vista ao exercício do contraditório por não conter qualquer decisão implícita, ou o despacho que solicita a uma das partes determinadas informações com vista a permitir ulterior tramitação processual (artigo 156.º, n.º 4, 1.ª parte do Código de Processo Civil).

¹⁵ É prevista uma dupla fundamentação de facto e de direito (neste sentido, Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, pp. 108-109).

A fundamentação deve observar a forma prevista na lei o que significa que o legislador constitucional confere ao legislador ordinário uma margem de conformação concreta no dever de fundamentação a qual deverá sempre permitir o conhecimento das razões que motivaram a decisão.

Uma fundamentação sucinta da sentença implica, assim, uma diferença importante na sua elaboração, um esforço importante na sua clareza lógica e expositiva, naturalmente exigida pela simplificação da tramitação processual e pela delimitação das questões que são apreciadas nesta providência especial de tutela dos direitos de personalidade.

É frequente o uso de expressão semelhante em diversas outras disposições normativas do processo civil, designadamente nos artigos 400.º, n.º 3, 404.º, n.º 1, 796.º, n.º 1 e 1416.º, n.º 2, todos do Código de Processo Civil, 4.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro (regime das ações declarativas para cumprimento de obrigação pecuniária emergente de contrato) e 60.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho (lei dos julgados de paz).

O dever de fundamentação não pode ser igual para todo o tipo de decisões judiciais, sendo assim condicionado pelo objeto de cada tipo de decisão e o alcance dessa fundamentação também deverá ter em conta a novidade da questão, a originalidade da decisão ou o entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência.

Embora a fundamentação deva exprimir uma declaração de autoria, ou seja, implicar uma deliberação autónoma coerente com a responsabilização pessoal do juiz por essa decisão, isso não afasta a possibilidade de remissão desde que a mesma não consubstancie uma simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição (artigo 158.º, n.º 2 do Código de Processo Civil)¹⁶.

¹⁶ Uma aparente excepção a esta regra é a que consta do artigo 15.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho (aprova o

Em suma, a fundamentação sucinta da decisão definitiva (e provisória) que decide o processo especial de tutela da personalidade não pode deixar de exigir a argumentação necessária e suficiente para tornar compreensível a resolução factual e jurídica do conflito, devendo o juiz adequar a necessidade de fundamentação, mais ou menos extensa, à singularidade de cada caso, cumprindo assim a intenção de adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos atos ao fim que visam atingir¹⁷.

- V -

PRESSUPOSTOS, LIMITES E IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO PROVISÓRIA

A tutela urgente é aquela que, com carácter de urgência, traduzida na simplificação do formalismo e no encurtamento dos prazos processuais, fornece uma tutela definitiva (não provisória).

Esta tutela distingue-se da tutela cautelar na medida em que fornece uma tutela definitiva mas, por outro lado, não tem que ver com a atribuição de carácter de urgência típico dos procedimentos cautelares (artigo 382.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), já que esta atribuição não se reflete na tutela concedida mas apenas nalguns aspetos da tramitação desses procedimentos, designadamente na redução dos prazos para a prática de determinados atos processuais e na não suspensão dos prazos processuais durante as férias judiciais (artigos 144.º, n.º 1, 160.º, n.º 2, 382.º, n.º 1, 685.º,

Regime Processual Civil Experimental), prevenindo essa possibilidade de adesão aos fundamentos do autor quando a acção não seja contestada e resultem daqueles fundamentos as razões de facto e de direito em que se funda a decisão. Também o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil introduz uma alteração à regra actualmente em vigor ao passar a estabelecer que “a justificação (da decisão) não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, *salvo em casos de manifesta simplicidade*” (artigo 158.º, n.º 2 do Projecto).

¹⁷ Conforme artigo 265.º-B do Projecto de Reforma do Código de Processo Civil.

n.º 1 e 691.º, n.º 5, todos do Código de Processo Civil).

Apesar da exigência constitucional estabelecida no artigo 283.º da Constituição, o ordenamento jurídico português não conhece nenhuma forma de tutela urgente relativa aos direitos de personalidade, ou seja, procedimentos especiais caracterizados pela celeridade e prioridade que permitam obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Com efeito, apesar da tramitação ligeira e simplificada do actual processo especial de tutela da personalidade, a finalidade preventiva desta providência não retira a necessidade de recorrer a uma providência cautelar para prevenir a violação de um direito de personalidade, especialmente quando esteja em causa a necessidade de decretamento do pedido sem prévia audição do requerido se esta puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência (artigo 385.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Optou-se pela possibilidade de decretamento de uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo se, a partir do requerimento inicial apresentado pelo requerente (e correspondentes meios probatórios que o devem acompanhar) puder ser realizado um juízo indiciário suficiente sobre a lesão iminente ou irreversível da personalidade física e moral e se, em alternativa, o tribunal não conseguir formar uma opinião segura sobre a existência, extensão ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa ou se existirem razões justificativas de especial urgência que imponham aquela decisão provisória sem prévia audição da parte contrária (artigo 1475.º, n.º 5).

Esta possibilidade de decretamento de uma decisão provisória e outra definitiva no mesmo processo não é estranha ao ordenamento jurídico português e constitui uma exigência (ainda que não exclusiva) do princípio da economia

processual o qual exige que o resultado processual deva ser atingido com a maior economia de meios e, desta forma, permita resolver o maior número de litígios com os atos e formalidades indispensáveis ou úteis, designadamente através do aproveitamento da ação proposta para um fim e evitar a propositura de nova ação ou providência para conseguir a mesma solução.

Não é consagrada uma solução semelhante à que é prevista para o procedimento cautelar (a denominada inversão do contencioso) já que este procedimento reveste autonomia e autossuficiência quando se pretenda obter, em tempo útil, a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade e sem que a decisão provisória (e necessariamente cautelar) se possa consolidar como definitiva composição do litígio com os mesmos contornos que são estabelecidos para os procedimentos cautelares.

Por seu turno, a irrecorribilidade das decisões provisórias não é uma questão nova na doutrina e nalguma jurisprudência, embora seja uma novidade no que respeita ao processo civil declarativo comum ou especial.

Na doutrina e a propósito de uma disposição normativa que prevê a possibilidade do tribunal decidir a título provisório matérias que devam ser decididas a final em qualquer estado da causa (artigo 157.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores), Tomé D'Almeida Ramião defende que, não sendo o juiz obrigado a decidir, essa decisão é tomada no uso legal de um poder discricionário e, conseqüentemente, tal decisão é irrecorrível (*Organização Tutelar de Menores Anotada*, 9.ª edição, Quid Juris, p. 54).

Contudo, esta posição não tem sido uniformemente adoptada pela jurisprudência a qual tem considerado a possibilidade de recurso dessas decisões (Ac. RL de 02/03/2010 proferida no proc. n.º 1560/09.6TBVFX-C.L1-1; Ac. RC de 31/10/2007 proferido no proc. n.º 72/07.7TBCTB-B.C1, ambos *in* www.dgsi.pt).

Admitindo a existência de um poder discricionário quanto à conveniência ou oportunidade das medidas provisórias, esta jurisprudência afirma que o conteúdo das mesmas não está coberto pelo referido poder discricionário e deve ser estabelecido de acordo com critérios sindicáveis perante o tribunal superior.

Por outro lado, as medidas provisórias podem perdurar por algum tempo, não fazendo sentido deixar o seu conteúdo insindicável pois, apesar de se tratar de decisão provisória, esta pode não coincidir com aquela que vier a ser proferida a final.

Constitui jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional que o direito de acesso aos tribunais não impõe ao legislador ordinário que garanta sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

A existência de limitações à recorribilidade funciona como mecanismo de racionalização do sistema judiciário, possibilitando que o próprio acesso à justiça não seja posto em causa pelo confluir de todas as causas às diversas instâncias de recurso.

Fora de determinados domínios, o legislador dispõe de uma ampla margem de liberdade na conformação do direito ao recurso, podendo estabelecer limites ao recurso das decisões jurisdicionais em função do tipo e objectivo das acções, da relevância das causas ou da importância das questões¹⁸.

¹⁸ O Projecto de Reforma do Código de Processo Civil preconiza uma forte redução da recorribilidade de outras decisões.

Por um lado, não altera as regras estabelecidas nos artigos 679.º (excepciona da recorribilidade os despachos de mero expediente e os proferidos no exercício legal de poderes discricionários) e 508.º, n.º 6 (despachos de convite ao aperfeiçoamento dos articulados) mas, por outro lado, passa a estabelecer claramente que são irrecuráveis:

a) - os despachos proferidos ao abrigo do princípio da adequação formal (n.º 2 do artigo 265.º-A);

b) - os despachos que decorrem da aplicação do “novo” princípio da gestão processual (artigo 265.º-B);

c) - as decisões que admitam depoimentos testemunhais para além do número máximo permitido, fazendo, deste modo, jus aos

Constitui entendimento uniforme da doutrina e a jurisprudência constitucional que é “a partir da descoberta da *ratio* da disposição em causa que se poderá avaliar se a mesma possui uma «fundamentação razoável»” (neste sentido, Ac. TC n.º 232/2003).

Assim, são admissíveis diferenciações de tratamento, desde que sejam objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes e se revelem racional e razoavelmente fundadas, “cabendo assim ao legislador ordinário definir ou qualificar as relações da vida a tratar igual ou desigualmente, dentro dos limites constitucionais, devendo os tratamentos diferenciais ser fundamentados através de critérios constitucionalmente relevantes e ser censurados apenas os casos de desrazoável desigualdade” (Ac. TC n.º 186/90).

Em suma, existe um genérico direito de recorrer das decisões judiciais mas também existe a possibilidade de conformação do legislador ordinário em restringir os recursos desde que essa limitação ou restrição observe os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Na situação em análise, não obstante se poder considerar que a decisão provisória proferida no âmbito do processo especial de tutela da personalidade ainda pode perdurar por algum tempo (pois nem sempre a celeridade e simplificação do procedimento é sinónimo de celeridade do processo) ou que a decisão final pode vir a ser diversa da decisão provisória (prejudicando assim os direitos do requerido já que

poderes de direcção do juiz, a quem competirá formar a convicção sobre o que se encontra provado e não provado e contrabalançando, de certa forma, a redução para metade do número de testemunhas que, em regra, podem ser inquiridas no processo ordinário (artigo 632.º, n.ºs 1 e 4);

d) - as decisões proferidas sobre nulidades relativas (artigo 201.º, n.º 4).

Em suma, a expressa previsão da irrecurribilidade de decisões que não conflituem com os princípios da igualdade ou do contraditório ou com as regras da aquisição processual e da admissibilidade dos meios probatórios constitui um sinal acrescido de que efectivamente se pretendeu reforçar os poderes do juiz relativamente a actos com cunho marcadamente instrumental e que não colocam directamente em causa os interesses das partes.

a questão apenas releva em caso de decretamento de decisão provisória positiva), a verdade é que o legislador ordinário necessitava de acautelar a existência de procedimentos judiciais céleres e prioritários que permitam obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa).

É certo que se poderia afirmar que o legislador ordinário poderia ter salvaguardado essa possibilidade no âmbito dos procedimentos cautelares enquanto providência prévia à instauração da acção principal mas a verdade é que existem razões constitucionais que impediriam uma cláusula de irrecorribilidade das decisões provisórias proferidas no âmbito de um procedimento cautelar que versasse sobre direitos de personalidade e o estabelecimento de uma regra geral de recorribilidade das decisões provisórias.

Ao afirmar esse princípio (da irrecorribilidade da decisão provisória) no âmbito da tramitação própria do processo especial de tutela da personalidade, o legislador ordinário confina-o aos objectivos que visa prosseguir - acautelar a tutela de direitos fundamentais de forma célere e prioritária - e, ao mesmo tempo, confere-lhe um conjunto de pressupostos específicos que justificam essa irrecorribilidade (pela excepionalidade e premência das razões que impõem essa tutela) que não poderiam figurar no regime geral das providências cautelares comuns ou especificadas.

Com efeito, para fundamentar esse juízo provisório (e insindicável), o legislador impõe a existência da possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral e a impossibilidade de se poder formar uma opinião segura sobre a existência, extensão, intensidade da ameaça ou consumação da ofensa ou a existência de razões justificativas de especial urgência que imponham a preterição do princípio da audiência prévia.

Trata-se de um juízo sumário da existência do direito e do fundado receio de que outrem, antes de ser proferida a decisão de mérito, cause lesão grave e dificilmente reparável (o denominado *periculum in mora*).

Por outro lado, o legislador dispunha de uma jurisprudência consistente e unânime firmando a opinião que, mesmo perante uma situação de colisão de direitos, os direitos de personalidade devem prevalecer sobre direitos de natureza patrimonial ou que a circunstância da actividade lesiva estar devidamente licenciada não é impeditiva da possibilidade de lesão dos direitos de personalidade, designadamente:

a) - no Ac. RG de 29/10/2003 (CJ, IV, 2003, pp. 284) fez-se prevalecer o direito ao repouso e descanso das pessoas afectadas por ruídos sobre uma suposta perda de postos de trabalho de uma unidade fabril;

b) - no Ac. RC de 15/01/2002 (CJ, I, 2002, p. 5) entendeu-se que os direitos de personalidade devem considerar-se superiores ao direito ao trabalho e livre iniciativa económica;

c) - no Ac. RC de 15/02/2000 (CJ, I, 2000, p. 23) decidiu-se que os direitos de personalidade prevalecem, em princípio, sobre o direito de propriedade, embora deva averiguar-se se a prevalência dos primeiros não resulta em desproporção intolerável face aos interesses em juízo;

d) - no Ac. RL de 15/06/1999 (CJ, III, 1999, p. 115) entendeu-se que o direito à qualidade de vida, como direito de personalidade, prevalece sobre direitos de carácter económico;

e) - no Ac. STJ de 26/04/1995 (CJ-STJ, I, 1995, p. 155) decidiu-se que, num conflito de valores e interesses entre a laboração de uma instalação fabril e uma ambiente de vida humana, sadio e equilibrado, deve dar-se prevalência a este último;

f) - no Ac. STJ de 06/05/1998 (CJ-STJ, III, 1998, p. 76) entendeu-se que não afasta o carácter ilícito da ofensa o facto da emissão de ruído estar contida nos limites legalmente fixados e de tal actividade ter sido autorizada administrativamente;

g) - no Ac. RP de 14/03/1996 (CJ, II, 1996, p. 193) decidiu-se que, mesmo que devidamente licenciado, um estabelecimento continua adstrito à obrigação de respeitar todos os direitos de personalidade que são juridicamente mais importantes;

h) - no Ac. STJ de 09/01/1996 (CJ-STJ, I, 1996, p. 37) entendeu-se que não deixa de ofender o direito ao repouso o facto de o ruído ultrapassar em pouco o máximo legal;

i) - no Ac. RC de 01/01/1996 (CJ, IV, 1996, p. 104) decidiu-se que o licenciamento administrativo apenas significa a permissão da actividade pela competente autoridade, não autorizando o agente a violar o direito ao repouso, à tranquilidade e ao sono de outrem.

Esta jurisprudência (consentânea com as opiniões da doutrina)¹⁹ permite ao legislador ordinário encontrar o fundamento ou o suporte necessários para estabelecer a irrecorribilidade da decisão provisória que decreta providência destinada a tutelar direitos de personalidade na medida em que definiu um princípio geral de prevalência destes direitos sobre outros direitos e interesses de natureza económica.

É certo que o legislador poderia optar pela solução idêntica à que se encontra estabelecida no procedimento cautelar, ou seja, a garantia do direito de defesa do requerido, cuja audiência prévia foi dispensada, através do direito de oposição ou de recurso (artigo 388.º do Código de Processo Civil).

Ou poderia até optar por uma solução mais mitigada que consistiria em admitir a possibilidade de recurso da decisão provisória mas atribuir-lhe efeito não suspensivo da decisão recorrida (artigo 692.º, n.º 1 do mesmo Código), o que permitiria a exequibilidade imediata da decisão.

Contudo, a realidade judiciária demonstra que, normalmente, as questões mais evidentes de necessidade de tutela dos direitos de personalidade exigem uma resposta célere e eficaz, em prazos muito apertados e que poderiam nem sequer ser compatíveis com dúvidas relacionadas com a possibilidade do requerido ser ouvido e deduzir oposição²⁰, não apenas ao pedido formulado mas também quanto aos fundamentos da decisão provisória, ou com dúvidas relacionadas com a observância dos prazos de recurso da decisão e a sua exequibilidade.

São razões mais que suficientes que justificam, em nosso entender, a previsão legal de restrição do direito de recurso de uma decisão susceptível de afectar a posição de uma das partes, neste caso, o requerido ou demandado mas fundamentadas na existência de motivos que, caso fossem postergados, tornariam inútil a própria decisão final²¹.

²⁰ Embora o legislador utilize a expressão “réu” no n.º 6 do artigo 1475.º consideramos mais adequada a expressão “requerido” (utilizada no n.º 4) tendo em conta a natureza de jurisdição voluntária desta providência e a sua tramitação simplificada e (quase) incidental.

²¹ Tal como na providência cautelar, os pressupostos que o tribunal deve apreciar são os seguintes: -

a) - **a probabilidade séria da existência de um direito**, ou seja, o requerente terá que oferecer prova sumária («*summaria cognitio*») do direito de personalidade ameaçado o que quer dizer que não se impõe a antecipação de um juízo definitivo que só a respectiva decisão definitiva permitirá, sendo apenas exigido um juízo de probabilidade ou verosimilhança, uma aparência do direito («*fumus bonus iuris*»);

b) - **o fundado receio de que alguém cause lesão grave e de difícil reparação a esse seu direito**, sendo aqui que se perfila a verdadeira essência da providência provisória, ou seja, evitar um prejuízo que se receia, o qual tem que ser grave e de difícil reparação, procurando obviar a que a decisão no processo se torne puramente platónica e que tenha um efeito útil;

c) - **não ser o prejuízo resultante da providência superior ao dano que com ela se pretende evitar**, resultando daqui um juízo de proporcionalidade entre o decretamento da decisão provisória e a correspondente ingerência na esfera jurídica do requerido e, por

¹⁹ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III, pp. 140-142.

Em suma, o receio tem que ser justificado na medida em que a natural demora na resolução definitiva do litígio cause prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Não se compadece com qualquer dano que venha a ser produzido, uma vez que o campo onde este poderá ser discutido será obviamente a tramitação normal do processo especial de tutela da personalidade.

Essa tutela provisória (e cautelar) apenas se justifica caso se alegue e demonstre ocorrerem todos os pressupostos de que depende a sua concretização, emergindo dessa apreciação a ideia de existirem graves inconvenientes para o requerente da demora que uma decisão definitiva na própria providência especial de tutela da personalidade poderia produzir no direito que se pretende proteger com as medidas preventivas ou atenuadoras.

Assim, em face das consequências da decisão provisória que adoptar, o juiz deve igualmente ponderar a existência dessas razões por forma a que o conteúdo da decisão, caso não venha a ser confirmada, não se torne ela própria injusta, não só por força do tempo decorrido mas também do alcance e âmbito da decisão (que se deverá conter nos limites da tutela da protecção do direito de personalidade física ou moral em risco de ser violado).

- VI -

URGÊNCIA DA FASE DE RECURSO

É comum dizer-se que a justiça tem de ser pronta, até porque só uma justiça pronta se pode considerar uma justiça justa.

A administração da justiça debate-se, assim, com um grave dilema: - por um lado, todos os seus destinatários exigem rapidez e eficácia na sua concretização, afirmando que uma justiça lenta e morosa é injusta.

outro lado, o prejuízo que o requerente procura acautelar com essa diligência.

Por outro lado, aqueles que são também os destinatários directos da administração da justiça exigem que esta se não faça à custa dos direitos das partes e demais sujeitos processuais e que as decisões sejam suficientemente ponderadas pois, caso contrário, essa justiça será também injusta²².

A administração da justiça exige assim a adequada proporção entre, por um lado, uma justiça rápida e eficaz e, por outro lado, uma justiça cujas decisões possam ser ponderadas, sob pena de, pela prevalência de uma ou de outra, se tornar manifestamente injusta.

A demora de uma acção judicial é assim um facto normal, impossível de remover totalmente²³.

É por isso que o legislador não pode (nem deve) “banalizar” a atribuição de carácter urgente a determinados processos na medida em que essa atribuição pode implicar uma carga enorme de processos urgentes em fase de instrução ou de decisão que comprometa a própria *ratio* do princípio, defraudando as legítimas expectativas das partes e a a própria administração da Justiça.

Se assim fosse, então estava encontrado o modo de tornar a Justiça mais célere, nomeadamente nos tempos actuais em que, como é do conhecimento geral, os processos se arrastam por muito tempo, não apenas pelo grande volume de processos existentes nos tribunais, mas também porque estes estão sujeitas a formalidades e prazos exigidos pela estrutura e tramitação do próprio processo.

Como se disse, a atribuição de carácter urgente a determinados processos, releva apenas nalguns aspectos da sua tramitação, designadamente na redução dos prazos para a prática de determinados actos processuais e na não suspensão dos prazos

²² Pensar uma reforma do processo (civil ou penal) não é apenas uma questão de aumentar ou diminuir a rapidez judicial. É pensar, antes de tudo, num processo justo, razoável (em tempo e em modo) onde os direitos e as garantias processuais tenham campo de actuação sem usos inadequados ou abusivos.

²³ Não parece, por isso, possível, como fez o pintor no *Processo de Kafka*, representar a “Justiça” e a “Vitória” numa só figura, colocando-lhe, nas mãos, uma balança e, nos pés, umas asas.

processuais durante as férias judiciais (artigos 144.º, n.º 1, 160.º, n.º 2, 382.º, n.º 1, 685.º, n.º 1 e 691.º, n.º 5, todos do Código de Processo Civil).

Encontramos aqui a primeira questão: não se prevendo expressamente a natureza de processo urgente à tramitação em 1.ª instância da providência especial de tutela do direito de personalidade, o prazo para a interposição de recurso deve ser o prazo geral de trinta dias (artigo 685.º, n.º 1 do Código de Processo Civil) ou o prazo especial para os processos urgentes de quinze dias (artigo 691.º, n.º 5 do mesmo Código) ?

A disposição normativa em causa afirma que os recursos interpostos pelas partes devem ser processados como urgentes (artigo 1475.º-A, n.º 1) o que poderia dar a ideia de que o processamento como urgente se aplica apenas à fase de recurso, ou seja, a partir do momento em que é interposto o requerimento manifestando a intenção de recorrer da decisão (artigo 684.º-B, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Salvo o devido respeito, não deve ser esse o entendimento já que o fundamento da norma não se destina apenas a conferir natureza urgente ao processamento do recurso mas evidenciar a continuidade de um procedimento que deve ser considerado urgente desde o seu início.

Com efeito, embora não o diga expressamente, o legislador utiliza as expressões “imediatamente”, “contestação apresentada na própria audiência”, “na falta de alguma das partes (...) o tribunal ordena a produção de prova” ou a decisão “sucintamente fundamentada”, evidenciando não apenas uma tramitação simplificada desta providência mas também uma tramitação célere e urgente.

Deste modo, a previsão proposta para o n.º 1 do artigo 1475.º-A mais não é do que a manifestação da continuidade na urgência desse procedimento junto do tribunal de recurso, sabendo-se que poderia ser nesta fase que a necessidade de uma tutela urgente deste direito fundamental poderia ser colocada em causa.

O direito de acção e de acesso à justiça pressupõe que a resposta judicial à pretensão deduzida tenha lugar em prazo razoável, compreendendo assim todo o procedimento já que implica o direito a uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a preensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar computando-se, assim, a duração desse prazo razoável desde a data da propositura da acção ou providência até ao termo do processo²⁴.

Em conclusão, só fará sentido considerar efectiva e útil a previsão de natureza urgente dos recursos no âmbito da providência de tutela do direito de personalidade se for entendido que a simplificação do procedimento justifica igualmente uma tramitação urgente na 1.ª instância o que deverá ter consequências não apenas ao nível da prática dos actos pelos magistrados e pela secretaria mas também pelas partes e respectivos advogados, designadamente quando esteja em causa o próprio cômputo dos prazos ou a sua contagem²⁵.

Com vista a evitar confusões e divergências desnecessárias, sempre geradoras de desconfianças e incompreensões da liberdade e da actividade intelectual dos juristas, melhor seria que o legislador, de uma forma simples e sem quaisquer dificuldades, clarificasse que o processo especial de tutela da personalidade é de natureza urgente, incluindo o recurso.

²⁴ No mesmo sentido, citando decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2010, pp. 149-150 e 183).


²⁵ Com efeito, noutras situações semelhantes, é usual verificar na jurisprudência dos tribunais superiores que boa parte da actividade dos tribunais e dos advogados “se perde” na discussão se determinado prazo corre durante as férias judiciais ou não ou se esse prazo deve ser contado relativamente a processo urgente, o que poderia ser facilmente resolvido com normas claras e objectivas.

- VII -

CONCLUSÃO

Da discussão havida em torno da Reforma do Processo Civil, não se afigura que este processo especial de tutela da personalidade constitua uma questão controversa, sendo até, nalguns setores, bem-vindas as alterações propostas.

Sem prejuízo das observações que fazemos sobre os cuidados a ser observados na aplicação prática de algumas soluções, parece-nos que o resultado desta alteração pode considerar-se globalmente positivo.

Saibam os juristas aproveitar este instituto processual, bem como os cidadãos estarem atentos à tutela dos seus direitos fundamentais. 

BIBLIOGRAFIA:

ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais II* (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I - Parte Geral*, Tomo III, Coimbra Editora;

ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1985;

CRISTINA FERRAZ, *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*, Curitiba (Brasil), Juruá Editora, 2008;

IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção dos Direitos do Homem Anotada*, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 1.^a edição atualizada, Campinas (Brasil), Millenium Editora, 2000;

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum - À Luz do Código Revisto*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais*, 2.^a edição – Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2000;

REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, Coimbra, Almedina, 2007;

TIAGO SOARES DA FONSECA, *Da tutela judicial civil dos Direitos de Personalidade – Um Olhar Sobre a Jurisprudência*, in www.oa.pt, Janeiro 2006;

TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *Organização Tutelar de Menores - Anotada e Comentada*, 9.^a edição (actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010.

A AUTORA

ANA CATARINA FIALHO

– Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

– Co-autora do texto “A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos” (Verbo Jurídico).

– Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito na Universidade Nova de Lisboa.