

O processo especial de tutela da personalidade, no Código de Processo Civil de 2013

MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA *

Sumário

- 1. O Código de Processo Civil de 2013 reformulou o processo especial de tutela da personalidade, com o objectivo de aperfeiçoar a protecção urgente contra ameaças ou ofensas a direitos de personalidade.*
- 2. Os traços essenciais dessa reformulação traduzem-se na retirada do âmbito da jurisdição voluntária e na previsão de uma providência cautelar integrada no próprio processo, que possibilita a adopção de medidas urgentes e provisórias, eventualmente sem contraditório prévio.*
- 3. Os princípios da adequação formal e da gestão processual, possibilitando adaptações de tramitação e ritmos de processamento em função do caso concreto, poderão ampliar a abrangência e a utilidade do processo agora revisto, nomeadamente quando o requerente pretender deduzir um pedido de indemnização fundado na ameaça ou ofensa invocada no pedido de tutela e a cumulação não implicar o desvirtuamento da celeridade e simplificação do processo especial.*

I. Considerações gerais

1. Como tem sido recordado, em inúmeros trabalhos e repetidas sessões de comentário e debate das opções que assumiu, o Código de Processo Civil que entrou em vigor em 1 de Setembro de 2013 resultou de um processo legislativo complexo, que começou por ter como objectivo a elaboração de um projecto de alteração pontual de disposições do Código anterior, julgadas desajustadas, mas terminou com a aprova-

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 63-80.

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça.

ção de um Código formalmente novo, aprovado pela Assembleia da República na sequência da apresentação da Proposta de Lei nº 113/XII.¹

Nesse processo de transformação, que incluiu alterações de sistematização das matérias – com repercussões relevantes, nomeadamente, na disciplina do processo especial de tutela da personalidade, retirado do âmbito da jurisdição voluntária² –, mantiveram-se opções de fundo que poderão traduzir-se numa maior abrangência ou utilidade do referido processo. Penso nos princípios da adequação formal e da gestão processual e na sua aplicação combinada no âmbito dos processos especiais.

No breve estudo que se segue procurar-se-ão explicar os motivos que levaram às alterações, descortinar a sua real extensão e concluir com uma breve apreciação do novo regime.

2. Afirma-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 113/XIII que se pretendeu conferir *“especial relevo à disciplina dos procedimentos cautelares e dos procedimentos autónomos urgentes, introduzindo-se na lei de processo relevantes inovações. É previsto um procedimento urgente, autónomo e auto-suficiente, destinado a possibilitar a obtenção de uma decisão particularmente célere que, em tempo útil, assegure a tutela efectiva do direito fundamental de personalidade dos entes singulares. Assim, opera-se um rejuvenescimento e alargamento dos mecanismos processuais de tutela da personalidade, no sentido de decretar, no mais curto espaço de tempo, as providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral do ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida, com a execução nos próprios autos”*.

Da análise do texto que veio a ser aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, retira-se que este propósito se traduziu, por um lado, na introdução de alterações nos preceitos relativos ao (anterior) processo especial de *“tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial”*, os (então) artigos 1474º e 1475º do Código de Processo Civil e, por outro, na deslocação desse processo especial do elenco dos processos de jurisdição voluntária para o primeiro lugar de entre os processos

¹ Disponível em

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DiplomasAprovados.aspx>

² O projecto de alteração que esteve na base da proposta, que já continha as alterações que hoje figuram nos artigos 878º a 880º do Código, mantinha-o na jurisdição voluntária, correspondendo aos artigos 1474º, 1475º e 1475º-A respectivos. Sobre esse projecto, veja-se João Paulo Remédio Marques, *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013*, in *O Novo Processo Civil, Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2ª ed., Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Dezembro de 2013, pág. 499 e segs., pág. 500 e segs.

especiais, mas de jurisdição contenciosa (artigos 878º a 880º do Código actual), designado como “*tutela da personalidade*”.

3. Começo todavia por observar que a leitura da Exposição de Motivos faz supor que se pretendeu *aperfeiçoar* a execução do comando constitucional do nº 5 do artigo 20º da Constituição, resultante da revisão constitucional de 1997, e que determina ao legislador que assegure “*para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais*”, “*procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violação desses direitos*”.

Foi este imperativo de garantia da *tutela judicial efectiva*, como se sabe, que assumidamente^{3/4} esteve na base da introdução do “*processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*”, na reforma do contencioso administrativo, como processo urgente e autónomo, embora subsidiário em relação aos procedimentos cautelares,⁵ e não limitado aos direitos, liberdades e garantias *pessoais*, em alargamento da exigência constitucional.

O contexto em que ambos os procedimentos se inserem explicam facilmente as diferenças de concretização do mesmo direito à tutela judicial efectiva. O *meio* previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos traduz-se numa *intimação dirigida à Administração*;⁶ o processo especial regulado no Código de Processo

³ Cfr. Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei nº 92/VIII (Aprova o Código do Processo nos Tribunais Administrativos, revoga o Decreto-Lei nº 267/85, de 16 de Julho), na qual se escreveu, no ponto 15: “*Merece, entretanto, destaque a introdução de um novo meio processual, destinado a dar cumprimento à determinação contida no artigo 20.º, n.º 5, da Constituição: a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias (...)*”, disponível <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=18673>

⁴ Cfr. anotação XXIII ao artigo 20º da Constituição *in*, Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 453 e segs.

⁵ Artigo 109º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro. Segundo relata João Paulo Remédio Marques, *Alguns aspectos processuais..* cit., pág. 504 e segs., as alterações propostas pela Comissão que elaborou o projecto que esteve na base da Proposta de Lei, que integrou, inspiraram-se “*no artigo 109º, nº 1, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos*”.

⁶ No fundo, é uma modalidade de *amparo legal*, sabendo-se que, entre nós, não foi constitucionalmente previsto o *amparo constitucional*, como o Tribunal Constitucional repetida e uniformemente tem afirmado, a propósito da configuração do recurso de constitucionalidade. Cfr, a propósito, o nosso estudo *Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*, *in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 89 e segs. e, para o direito ordinário, José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, pág. 275 e segs. e Maria Fernanda Maçãs, *As formas de tutela urgente previstas no Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, *in* Revista do Ministério Público, ano 25, Out/Dez 2004, nº 100, pág. 41 e segs., pág. 48 e segs.

Civil, não subsidiário relativamente aos procedimentos cautelares, desenrola-se entre particulares (ou entre particulares e entidades que, embora públicas, não intervêm no âmbito dos seus poderes de autoridade), permitindo a obtenção de medidas preventivas ou atenuantes de ofensas aos direitos abrangidos, mas que se discutem entre os mesmos.

Acresce que não é nova a existência de um processo autónomo e expedito de tutela geral da personalidade, nem sequer a sua previsão no Código de Processo Civil, como se viu; por isso falo em intenção de *aperfeiçoamento* e não, apenas, de *execução*.

II. Confronto com o anterior processo especial de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial (artigos 1474º e 1475º do Código de Processo Civil então vigente).

Do confronto entre os dois regimes definidos saltam à vista duas diferenças, que vou começar por analisar: a deslocação para fora da jurisdição voluntária e a previsão de uma providência cautelar sem processamento autónomo, eventualmente sem contraditório prévio

Concluído esse estudo, vou referir as outras diferenças agora introduzidas.

1. O processo especial de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial era um dos *processos de jurisdição voluntária* e correspondia a uma das vias possíveis de tutela judicial dos direitos de personalidade,^{7/8} a par das acções comuns (nomeadamente, de responsabilidade civil) e dos procedimentos cautelares (em regra, do procedimento cautelar comum, ou inominado), em tradução da previsão da possibilidade de obtenção de “*providências (...) com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*” à “*personalidade física ou moral*” pelo nº 2 do artigo 70º do Código Civil; e assim era mantido no *projecto* que esteve na origem da Proposta de Lei nº 113/XII, como se observou já. É agora o primeiro dos processos especiais (artigos 878º a 880º do Código de Processo Civil).

⁷ Tendo como objectivo o processo constante do novo Código de Processo Civil, não se curarão aqui de meios especiais de tutela judicial previstos em áreas específicas. Também se não tratarão questões de natureza substantiva, como seja a de saber se, para além da ilicitude da ameaça, é ou não necessária a culpa do agente, para que a providência seja decretada.

⁸ Inseridos no Código de Processo Civil, na sequência do Código Civil de 1966, pelo Decreto-Lei nº 47.690, de 11 de Maio de 1967, com a designação de tutela da personalidade, do nome e, seguramente por lapso, da correspondência *oficial*. O objectivo foi o de adjectivar as providências previstas no nº 2 do artigo 70º.

Deixou assim de estar sujeito às regras próprias da jurisdição voluntária, quer no que respeita à sujeição a princípios próprios, reveladores de que se pretende que o juiz disponha dos poderes necessários à melhor prossecução, em cada momento, do interesse fundamental cuja tutela lhe incumbe defender ou controlar, quer quanto à tramitação, decalcada sobre a dos *incidentes* (cfr. anterior Código de Processo Civil, artigo 1409º, nº 1 e actual nº 1 do artigo 986º) e, portanto, significativamente simplificada.

Sucintamente, esta *deslocação* tem implicações no que respeita:

- À delimitação entre os poderes das partes⁹ e do juiz, quanto aos *factos* de que o tribunal pode conhecer para julgar;
- Ao critério de julgamento;
- Ao valor das resoluções proferidas;
- À admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça;
- À inaplicabilidade legal das regras de tramitação dos incidentes.

2. Nos processos de jurisdição voluntária, o tribunal investiga livremente os *factos* que entender necessários à boa decisão da causa, sem estar dependente, directa ou indirectamente, de alegação das partes (nº 2 do artigo 986º do Código de Processo Civil).

Ao sair do âmbito da jurisdição voluntária, o processo especial de tutela da personalidade passa a estar abrangido pelas regras gerais sobre os poderes de cognição do tribunal em matéria de facto, que, em termos simplificados, se poderão descrever desta forma:

- Foi eliminada do Código de Processo Civil a afirmação genérica de que o tribunal está limitado pelos factos alegados pelas partes, constante do anterior artigo 664º; tal como desapareceu a referência ao princípio dispositivo, anteriormente incluída na epígrafe do (então) artigo 264º (correspondente hoje, no que agora releva, ao artigo 5º). Este *desaparecimento* não significa, nem poderia significar, a supressão do princípio, que é a tradução processual da natureza privada e disponível da generalidade dos direitos apreciados segundo as regras do processo civil, e que continua a informar pontos basilares do regime aplicável à generalidade das acções (princípio do pedido, limitação dos poderes de cognição do tribunal, admissibilidade de negócios processuais, para além de outros);

⁹ Utiliza-se este termo no sentido de sujeitos do processo; não se está a adoptar qualquer posição sobre a natureza dos processos de jurisdição voluntária, muitas vezes apresentados como processos *sem partes*.

- No que respeita aos *factos*, mantém-se o ónus da alegação (e a consequente impossibilidade de conhecimento oficioso pelo tribunal) quanto àqueles que constituem a causa de pedir ou nos quais se baseiam as excepções (nº 1 do artigo 5º do Código);
- Tratando-se de factos complementares ou concretizadores da causa de pedir ou da excepção, o tribunal pode utilizá-los para julgar, quer tenham sido alegados, quer resultem da instrução da causa, presumindo-se o consentimento da parte a que beneficiam (nº 2 do mesmo artigo 5º);¹⁰
- Não dependem de alegação os factos instrumentais ou indiciários (mesmo nº 2). Tendo fundamentalmente uma função probatória, vale quanto a eles a regra de que o tribunal os pode conhecer tenham ou não sido alegados; neste caso, também desde que venham ao seu conhecimento pela instrução. Note-se que, quer na jurisdição voluntária, quer na jurisdição contenciosa, o tribunal dispõe de poderes inquisitórios em matéria de prova, embora se possa detectar uma diferença de *grau* entre uma e outra (cfr. artigos 411º e 986º, nº 2).

Estas distinções, que traduzem a diferente *função* dos diversos factos e que poderão nem sempre ser de fácil concretização, têm hoje que ser consideradas no processo especial de tutela da personalidade; o que pode implicar uma dificuldade acrescida e significa, seguramente, uma diminuição dos poderes do tribunal. Uma deficiente alegação poderá ter consequências diferentes da que teria, caso se mantivesse a aplicação do princípio da livre investigação pelo tribunal. Mesmo que se entenda que os princípios da adequação formal e da gestão processual – ou, como suponho que será mais adequado, uma correcta compreensão do princípio da prevalência do fundo sobre a forma – permitem um convite à correcção dos articulados, adequadamente inserido na tramitação do processo, sempre haverá que respeitar os limites da possibilidade de correcção, numa aplicação adaptada do disposto no artigo 590º, n.ºs 3 e segs.¹¹

3. No âmbito da jurisdição voluntária, o tribunal decide segundo critérios de conveniência e oportunidade (não de equidade, nem de direito estrito). Naturalmente que esta regra, que mais uma vez se explica pela intenção de dotar o tribunal das ferramentas adequadas à melhor prossecução do interesse único ou dominante no concreto processo que estiver em causa, não vale para os pressupostos (processuais ou

¹⁰ Trata-se de uma presunção que, segundo penso, pode ser afastada, mediante declaração do interessado de que não pretende que o tribunal utilize o facto para julgar. Embora tenha sido eliminada a *alegação a posteriori*, considerada pelo anterior nº 3 do artigo 264º como condição dessa utilização (“*desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar ...*”), suponho que deve prevalecer a disponibilidade da parte.

¹¹ Tendo em conta a tramitação simplificada do processo especial de tutela da personalidade, o momento adequado ao convite será o da audiência, perante o requerimento inicial e a contestação.

substantivos) da decisão, mas apenas para esta última. Os pressupostos são estritamente vinculados.

Admito que, da conjugação entre o n.º 2 do artigo 70.º do Código Civil (“*a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer providências adequadas às circunstâncias do caso*”) com o n.º 4 do artigo 879.º do Código de Processo Civil (“*o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito*”), se possa concluir no sentido de que se mantém o afastamento do princípio de que o tribunal está limitado qualitativa e quantitativamente pelo pedido formulado (n.º 1 do artigo 609.º do Código de Processo Civil), devendo continuar a determinar-se, na decisão, segundo a conveniência e a oportunidade. Mas a verdade é que o intérprete tem de atribuir um significado consistente à deslocação do processo para a jurisdição contenciosa; e um dos objectivos poderá ter sido, precisamente, o de obrigar a interpretar o n.º 2 do artigo 70.º do Código Civil e o n.º 4 do artigo 879.º do Código de Processo Civil à luz da limitação ao pedido e à legalidade estrita (artigo 4.º do Código Civil e 607.º, n.º 3, do Código de Processo Civil).

4. Nos processos de jurisdição voluntária, vigora a regra da modificabilidade das resoluções tomadas, em conformidade com uma eventual superveniência de factos (objectiva ou subjectiva) que justifique a alteração. Tem-se dito que não adquirem força de caso julgado, ainda que se tenham esgotado os recursos admissíveis, ou que não haja sido interposto recurso (cfr. artigos 619.º, 628.º, 988.º, n.º 1).

Mais uma vez, é a melhor defesa do interesse relevante que assim se permite; pense-se, por exemplo, na modificação das decisões de regulação do exercício das responsabilidades parentais e, no âmbito dos direitos de personalidade, na possibilidade de modificação dos horários de funcionamento de um estabelecimento que perturba o descanso dos habitantes do prédio onde se situa, por exemplo, em virtude de ter sido melhorado o sistema de isolamento ou, em geral, de uma medida de execução duradoura.

Suponho que esta susceptibilidade de modificação foi eliminada. O Código actual apenas prevê a possibilidade de modificação da “*decisão provisória*” referida no n.º 3 do artigo 879.º; admito que se possa sustentar a aplicação do regime da renovação da instância, em caso de obrigações duradouras, previsto pelo n.º 2 do artigo 282.º do Código de Processo Civil.

5. Das resoluções tomadas segundo critérios de conveniência e oportunidade não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (n.º 2 do artigo 988.º do Código de Processo Civil). Trata-se de uma restrição decorrente da limitação dos poderes de controlo deste Tribunal, que apenas conhece de direito (artigo 682.º do Código de Processo Civil) e que o Supremo Tribunal de Justiça é frequentemente chamado a interpretar, desde que se substituiu a regra de que não havia em caso algum recurso

para o Supremo Tribunal de Justiça no âmbito da jurisdição voluntária, vigente até à reforma de 1995/1996.¹²

A restrição deixa de valer, naturalmente; o que não significa que a fiscalização que o Supremo Tribunal de Justiça pode exercer sobre o critério de conveniência e oportunidade do mérito da decisão de que se interpõe recurso de revista tenha a mesma amplitude que o controlo de legalidade.

6. O Código de Processo Civil definia a tramitação deste processo, como se disse já, mediante remissão para o regime dos incidentes e pelo artigo 1475º, que apenas determinava que o requerido tinha de ser citado e, que, quer contestasse, quer não, se decidia “*após a produção das provas necessárias*”.

Deixando de lado, por enquanto, a inclusão neste processo de uma (eventual) providência cautelar, salientam-se os seguintes pontos, dentro da tramitação especificamente definida pelo artigo 879º:

– As provas devem ser oferecidas com o requerimento inicial ou com a contestação. O mesmo se verifica, aliás, quer no processamento dos incidentes (nº 1 do artigo 293º), quer no processo declarativo comum, embora com possibilidade de alteração posterior (cfr. 552º, nº 2 e 572º, d));

– Não se fixa um prazo determinado para a apresentação da contestação, salvo se tiver sido proferida uma decisão provisória, sem citação prévia do requerido (nºs 1, 2 e 6 do artigo 879º). Caberá ao tribunal ponderar cuidadosamente, quer a conveniência da sua audição, sem esquecer que o princípio basilar é o do contraditório (artigo 3º do Código de Processo Civil), quer o prazo em que há-de marcar a audiência, que pode realizar-se “*num dos 20 dias subsequentes*” à entrada do requerimento inicial e na qual, tendo sido citado, o requerido pode apresentar a defesa.¹³

A não fixação genérica de prazo de realização da audiência permite indiscutivelmente uma melhor adaptação ao caso concreto; mas pode traduzir-se numa séria

¹² Estou a referir-me ao nº 2 do artigo 1411º do Código de Processo Civil, na redacção anterior a essa reforma, interpretado pelo Assento nº 2/1965: “*Nos processos de jurisdição voluntária em que se faça a interpretação e aplicação de preceitos legais em relação a determinadas questões de direito, as respectivas decisões são recorríveis para o Tribunal Pleno, nos termos do artigo 764º do Código de Processo Civil*”, disponível em www.dgsi.pt, como processo nº 060184 ou no Boletim do Ministério da Justiça nº 146, pág. 325 e segs.

¹³ Rita Cruz, *Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade, A Reforma do Processo Civil 2012, Contributos*, in Revista do Ministério Público, cadernos, 11, 2012, Lisboa, 2012, pág. 63 e segs., pág. 69, sustenta mesmo que a falta de determinação do prazo da contestação “*não garante a igualdade processual entre as partes na apresentação quer dos factos quer das provas*”.

limitação da defesa, se for marcada com uma antecedência que impossibilite ou dificulte desproporcionadamente a defesa cabal do requerido. Nomeadamente, o tribunal deverá ter em conta eventuais indícios de uma conduta processual menos correcta, no que toca à escolha do momento da apresentação do requerimento e à *pressa* ou *urgência* da decisão, exigindo ao requerente a devida consideração dos interesses da parte contrária e a diligência adequada às circunstâncias do caso;

– Na audiência, se o objecto do pedido estiver na sua disponibilidade e se o requerido tiver sido citado e comparecer, ou se estiver representado por mandatário com poderes para o efeito, o juiz deverá tentar obter a conciliação das partes e, se esta falhar, produz-se a prova e é proferida decisão. O prazo em que o processo é decidido dependerá da maior ou menor complexidade da prova;

– A anterior remissão para o regime dos incidentes permitia saber qual o número de testemunhas que cada parte podia apresentar (cinco, de acordo com o nº 1 do artigo 294º, tal como “*nas acções de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância*” – nº 1 do artigo 511º). A falta de remissão parece conduzir à aplicação do regime do processo comum (dez, em regra, mesmo nº 1 do artigo 511º); note-se que os poderes conferidos ao juiz, nesta matéria, apenas lhe possibilitam admitir um maior número de testemunhas (nº 4) e que a deslocação do âmbito da jurisdição voluntária exclui a regra, constante do nº 2 do artigo 986º, de que “*só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias*”.

Suponho que os princípios da adequação formal e da gestão processual não podem justificar a fixação de um limite de testemunhas inferior ao legal; tenha-se em conta, nomeadamente, que a “*admissibilidade de meios probatórios*” é um dos limites à irrecorribilidade das decisões proferidas neste âmbito.

Não deixa todavia de ser contraditório com a intenção de aperfeiçoamento da tutela célere dos direitos de personalidade a admissibilidade de dez testemunhas por cada parte, por confronto com o processamento anterior, que o legislador de 2013 julgou ser insuficiente e carecer de reformulação. Admite-se, assim, que se possa aplicar o regime previsto para as providências cautelares e, por esta via (nº 3 do artigo 365º e nº 1 do artigo 294º), limitar a cinco esse número.

Esta aplicação fundamenta-se na circunstância de o novo processo de tutela da personalidade conter a hipótese, já enunciada, de uma providência cautelar inserida no processamento (nº 5 do artigo 879º). Ora a eventualidade de a decidir, mediante uma decisão provisória, pressupõe “*o exame das provas oferecidas pelo requerente*”;

– A sentença deve ser “*sucintamente fundamentada*” (nº 3 do artigo 879º); cfr. artigo 295º e a remissão para o artigo 607º, embora acompanhada da indicação da necessidade de proceder às devidas adaptações.

7. Analisadas as implicações da deslocação, sou levada a concluir que não terá sido a melhor opção, porque afastou a possibilidade de aplicação de regras que me parecem *manifestamente adequadas* à melhor tutela dos direitos em causa.

É certo que têm sido apontados inconvenientes ao regime anterior, dos quais saliento os seguintes:

– Por regra, os processos de tutela da personalidade respeitam a situações de conflito entre direitos, o que torna inadequada a inserção na jurisdição voluntária;¹⁴

– A inclusão na jurisdição voluntária impede a cumulação da medida requerida, preventiva ou atenuante de uma ofensa ao direito de personalidade do requerente, com pedidos de indemnização decorrentes da mesma ofensa.¹⁵

8. É incontestável que normalmente existe um conflito de direitos entre o requerente que inicia um processo de tutela de direitos de personalidade e o requerido. Mas suponho que a lei portuguesa, que optou por uma delimitação formal e não material do âmbito da jurisdição voluntária – são processos de jurisdição voluntária aqueles que a lei como tal qualifica –, há muito que se determina por razões de ordem prática. Ou seja: independentemente de não esquecer o critério material de distinção, qualifica como jurisdição voluntária os processos aos quais entende conveniente a aplicação das respectivas regras.

Da consideração conjunta dos que assim foram seleccionados, o que concluímos é que se trata de processos relativos a *interesses em si mesmos privados* mas relativamente aos quais é de interesse público que o tribunal intervenha para definir a melhor forma de os tutelar;¹⁶ o que se alcança por uma de três vias: adopção de medidas directas pelo tribunal (ex: regulação responsabilidades parentais), como seria o caso da tutela preventiva ou atenuante de ofensas à personalidade, integração de actos de particulares (mediante homologações, autorizações ou suprimentos de vontade) ou verificação da regularidade de actos de particulares (ex: notificação para preferência).

¹⁴ Como dá nota Rita Cruz, *op. cit.*, pág. 65, citando o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Julho de 1989, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1988-IV, pág. 192 e segs., segundo o qual “*Para prevenir o dano que representa ofensa dos direitos de personalidade, prevê a Lei a forma de processo do art. 1474º do C.P.Civil, a acção comum para a resolução e reparação e resolução do conflito de direito do art. 335º do C. Civil*” (pág. 193).

¹⁵ Desenvolvendo o problema, face à lei anterior, Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, Novembro, 2006, págs. 135-136.

¹⁶ *Processo Civil, Processos de Jurisdição Voluntária in Polis*, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado.

Trata-se frequentemente de situações de conflito, mas que a lei pretende que sejam solucionadas de modo a prosseguir o interesse que, do seu ponto de vista, deve prevalecer. Atente-se, nomeadamente, no significado da inserção dos processos relativos ao exercício de direitos sociais no âmbito da jurisdição voluntária, que em regra têm subjacentes situações de conflito agudo.

O que esta observação pode traduzir é antes a da eventual inadequação de um processamento tão simplificado para dirimir conflitos complexos, para cuja adequada resolução, por exemplo, se exija prova também ela complexa. Pense-se, por exemplo, num conflito entre o direito ao repouso e o direito de iniciativa económica privada.^{17/18}

Suponho, todavia, que essa observação continua a ser fundada, não obstante a retirada da jurisdição voluntária, porque se mantém uma tramitação bastante simplificada, por confronto com a acção declarativa comum. Apesar de se ter introduzido na lei a possibilidade de obtenção de uma medida rápida e provisória, dentro do próprio processo de tutela da personalidade, e de ter sido conferido ao juiz o poder de adaptar ao caso concreto a tramitação abstractamente aplicável, continuará seguramente a colocar-se a questão de saber se não será contraditório com a razão de ser da manutenção de um processo simples e expedito permitir-lhe aproximá-lo da tramitação do processo comum.

9. Também se observa que a inclusão na jurisdição voluntária impede, por exemplo, a cumulação com pedidos de indemnização fundados na mesma ofensa; ou que, de qualquer modo, esse impedimento resulta de se tratar de um processo especial, sendo certo que as acções de responsabilidade civil por violação ilícita e culposa de direitos de personalidade seguem a forma de processo declarativo comum.

A observação tem pleno cabimento, naturalmente; e fundamenta-se nas exigências processuais relativas à admissibilidade de cumulação de pedidos.

Com efeito, quando pretende evitar a consumação de uma ameaça ilícita ou a atenuar os efeitos de uma ofensa já concretizada e, simultaneamente, pedir a condena-

¹⁷ Cfr. o caso sobre o qual recaiu o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Fevereiro de 1998, www.dgsi.pt, proc. n.º 9751142, no qual se contrapunham “os direitos à saúde e ao ambiente, como direitos de personalidade” e o “direito à laboração das instalações fabris”.

¹⁸ Cfr., no entanto, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Junho de 2011, www.dgsi.pt, proc. n.º 2345/10.2YXLSB.L1-1, no qual se afirmou expressamente que “O facto do processo especial de tutela de personalidade previsto nos arts 1474º e 1475º do CPC ser expedito e simplificado, não proíbe antes aconselha o meio processual agora em apreço, designadamente, quando há um conflito com a administração do prédio e restantes condóminos, os quais se opõem a instalação da cadeira elevatória no prédio onde todos vivem.”

ção do agente no pagamento de uma indemnização, o interessado depara-se com o obstáculo da diversidade de formas de processo, que o novo Código de Processo Civil mantém como condição da cumulação de pedidos;¹⁹ obstáculo esse que acaba por conduzir à propositura de uma acção comum de indemnização na qual se formulam simultaneamente o pedido de indemnização e de cessação da ofensa, ou de proibição de condutas que possam traduzir-se em ofensas, com uma providência cautelar associada, caso se verifiquem os respectivos pressupostos.²⁰ É claro que esta opção pressupõe que não seja obrigatório o recurso ao processo especial de tutela da personalidade, em caso de coincidência (no caso, parcial) de objectos.

O obstáculo existe e, em abstracto, funciona nos dois sentidos, ou seja, quer a acção seja proposta como acção de responsabilidade, segundo o processo comum, quer o autor opte pela via do processo especial de tutela da personalidade; e não resulta da qualificação (ou não) de jurisdição voluntária.²¹

Será interessante fazer a ponderação a que se alude no final do ponto anterior: até que ponto a consagração simultânea dos princípios da adequação formal e da gestão processual permitirá ultrapassar obstáculos formais desta natureza.

É provavelmente certo que a vantagem se encontraria, desde logo, na circunstância de, quer o pedido de providência, quer o pedido de indemnização, se basearem na mesma ofensa; mas é igualmente certo que o processamento da acção teria de sofrer a adaptação indispensável à correcta apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil e do cálculo da indemnização adequada, o que dificilmente se ajustaria ao objectivo de simplicidade e de celeridade pretendido com a redução do processo especial ao mínimo indispensável de complexidade.

Poder-se-ia eventualmente sugerir que, em execução do princípio da gestão processual, se obviasse a esse inconveniente organizando o processo em etapas sucessivas, resolvendo em primeiro lugar o pedido destinado a evitar a ameaça (proibição de publicação, por exemplo) ou a fazer cessar a ofensa em curso (encerramento do

¹⁹ Por razões evidentes, uma vez que a tramitação a seguir há-de ser adequada a todos os pedidos e apreciação numa mesma acção, a lei exige sempre como condição da pluralidade de pedidos (cumulação, reconvenção, coligação...), quer que o tribunal seja absolutamente competente para conhecer de todos eles, quer que a forma de processo não seja diferente (ou, pelo menos, “manifestamente incompatível”, inviabilizando a adequação formal) – cfr., artigos 37º, n.ºs 2 e 3, 266º, n.º 3, 553º, 555º do Código de Processo Civil).

²⁰ Sobre o objectivos dos diversos meios disponíveis, cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2007, www.dgsi.pt, como proc. n.º 07A2022.

²¹ Tiago Soares da Fonseca, *Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66 (2006), vol. I, Janeiro, disponível em www.oa.pt, escrevendo a propósito da lei anterior e tendo em conta o artigo 470º do Código de Processo Civil anterior, sustenta que a cumulação era uma prática *contra legem*.

estabelecimento que produz ruído) e, seguidamente, o pedido de indemnização; o princípio da gestão processual, especialmente se for combinado com o da adequação formal, possibilita ao juiz separar questões, segundo a sua premência ou prejudicialidade, por exemplo, e ir decidindo parcelarmente a causa, ou separando a prova e a discussão em blocos, como for mais adequado. A forma ampla como estes princípios estão consagrados parece inculcar que o juiz pode introduzir as alterações que considere ajustadas, sempre com respeito dos limites do *fin* que prosseguem – julgamento da causa num prazo razoável – e dos princípios do contraditório e do processo equitativo, da igualdade e da proporcionalidade.

A inclusão da providência cautelar, prevista no n.º 5 do artigo 879.º do Código de Processo Civil, permitiria não frustrar a eventual urgência das medidas preventivas ou atenuantes requeridas.

Na verdade, porém, esta solução só se torna necessária se a previsão do processo especial de tutela da personalidade impedir a obtenção das medidas a que corresponde através da via do processo comum; e se a medida cautelar do n.º 5 do artigo 879.º citado excluir a admissibilidade de uma providência cautelar comum.

Não tem sido esse o sentido da jurisprudência²² e provavelmente não se justificará uma mudança de orientação; o que naturalmente implica que se aceite o desvio à regra de que o processo comum só é aplicável na falta de processo especial (n.º 2 do artigo 546.º do Código de Processo Civil) e que o processo de tutela da personalidade é de utilização facultativa, solução que, além do mais, permite ao requerente ponderar se a sua simplicidade é compatível com a devida apreciação da sua pretensão.

Se assim for, parece que lhe será permitido optar por qualquer das vias até hoje admitidas: propositura do processo especial de tutela da personalidade ou de uma acção comum com uma providência cautelar associada, se houver urgência; na segunda alternativa, cumulando ou não um pedido de indemnização. Ou a propositura do processo especial seguido de uma acção comum de indemnização, beneficiando do caso julgado parcial.

10. De entre as demais alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2013, começo por salientar a que me parece mais positiva, que reforça a natureza expedita do processo especial e, portanto, a sua eficácia: a previsão de uma provi-

²² Cfr, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1998, www.dgsi.pt, proc. n.º 97B1024, no qual se condenou uma empresa que explorava um campo de tiro aos pratos, próxima de uma zona residencial, a cessar essa actividade, conforme pedido, em defesa do “*direito ao repouso, à saúde, ao sossego, a todas aquelas faculdades que integram e comandam a necessidade de recuperação fisiológica do ser humano (...)*”.

dência não autónoma, no sentido de se inserir no próprio processo, de natureza *cautelar e irrecorrível*, em caso de “*possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral*” do requerente (n^{os} 5 e 6 do artigo 879^o).^{23/24}

Permite-se agora que o tribunal, eventualmente sem contraditório prévio, profira uma *decisão provisória*, se as provas oferecidas pelo requerente demonstrarem “*a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral*” do mesmo.

O contraditório prévio só poderá ser dispensado em situações de *especial urgência*; e a *decisão provisória* apenas deverá ser tomada se o tribunal não dispuser de elementos para decidir o pedido (se “*não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa*”).

Não creio que o texto seja particularmente claro, quanto à inserção da providência na tramitação, em particular quanto a saber como se articula com a audiência de contestação e de produção de prova. Suponho, no entanto, que o regime desenhado *pressupõe* que o interessado requeira a emissão da decisão provisória, cabendo então ao tribunal marcar uma audiência de produção da prova oferecida apenas pelo requerente, sem citação do requerido, uma vez que é em função dessa apreciação que o tribunal pondera se deverá ou não definir a medida provisória (corpo do n^o 5), e se a especial urgência do caso impõe a dispensa de contraditório prévio.

Realizada a audiência, e consoante a conclusão a que chegar, ou decreta a medida, ou determina a citação do requerido. Se, requerida a medida provisória e citado o requerido, forem necessários mais elementos para a decisão definitiva, pode também ser decretada uma composição provisória do litígio.

²³ Fica por esta via resolvida a dúvida que se levantava quanto à possibilidade de requerer providências cautelares associadas ao processo especial, questão de especial relevância porque o processo especial anterior não dispensava em caso algum a citação do requerido. Sendo difícil essa citação, a utilidade do processo era diminuta ou nula, em casos de urgência, forçando os interessados a recorrerem às providências cautelares, seguidas da propositura da acção principal.

²⁴ Trata-se de um mecanismo semelhante ao que existe, por exemplo, quanto à suspensão imediata de titulares de órgãos sociais, no processo de, destituição de titulares de órgãos sociais, incluído na jurisdição voluntária (artigos 1053^o e segs.). Também aí se encontra prevista uma providência cautelar dentro de um processo especial, que pode ser decretada sem audição prévia do requerido (artigo 1055^o); e aproxima-se, no fundo, da relação que, no Código do Processo nos Tribunais Administrativos, se estabelece entre a *intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias* e a possibilidade de decretamento provisório de uma providência cautelar, prevista no artigo 131^o do mesmo Código (cfr. n^o 1 do artigo 109^o).

Em qualquer dos casos, a decisão provisória é irrecorrível e há-de ser alterada ou confirmada no próprio processo especial. Suponho que o tribunal poderá deparar-se com a eventualidade de serem necessárias mais provas, ainda que determinadas oficiosamente (cfr. artigo 411º do Código de Processo Civil), ou de terem sido requeridas provas de produção demorada (prova pericial, por exemplo), que aconselhem uma medida provisória enquanto não estiverem concluídas.

11. Encontram-se ainda outras diferenças, a saber:

a) Quanto ao âmbito do processo especial:

– Esclareceu-se que o processo especial tem um âmbito de aplicação genérica, como meio judicial de tutela da personalidade e de execução do nº 2 do artigo 70º do Código Civil. Suscitava-se na verdade a dúvida, a meu ver infundada, sobre se o processo apenas se poderia aplicar à tutela preventiva ou atenuante dos direitos de personalidade especificados nos artigos 1474º e 1475º, inseridos numa secção cujo título era *tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial*.

Receio, no entanto, que suscite dificuldades a sua utilização em caso de protecção de cartas missivas confidenciais cujo destinatário faleceu, que deixou de ser especialmente referido (cfr. artigo 1474º, nº 3 do Código de Processo Civil anterior); embora entenda que devem ser ultrapassadas com a consideração de que o artigo 71º tutela a ofensa da personalidade de pessoas falecidas, com remissão expressa para as providências previstas no nº 2 do artigo 70º;

– Afastou-se a sua aplicabilidade à tutela de direitos de personalidade de pessoas colectivas, aliás em sintonia com a *letra* do artigo 70º do Código Civil (“*1. A lei protege os indivíduos...*”);²⁵

– Continua a comportar o pedido de providências preventivas (“*evitar a consumação*”) e de providências destinadas a atenuar os efeitos de ofensa já cometida, esclarecendo-se agora que também se pode pretender fazer cessar uma ofensa em curso (já se devia considerar englobada, como medida atenuante);

– Esclarece que a ofensa tem que ser ilícita e directa. Não creio que o Código de Processo Civil seja o local próprio à definição destes requisitos, de natureza substantiva. Para a escolha da via processual não se pode previamente averiguar se é lícita ou ilícita, ou directa ou indirecta a ofensa ou a ameaça alegada pelo requerente;

²⁵ Claro que não está de forma alguma em causa saber se os direitos de personalidade podem ou não ser encabeçados em pessoas colectivas; apenas se trata do *âmbito de aplicação* deste processo especial.

b) Quanto à legitimidade passiva:

Numa preocupação de explicitar quem tinha legitimidade passiva neste processo especial, o Código de Processo Civil anterior referia-se ao “*autor da ameaça ou ofensa*”, àquele que “*usou ou pretende usar*” o nome ou ao “*detentor da carta*”. Suponho que essa especificação se explicava pela opção por um conceito de legitimidade que foi expressamente abandonado com a reforma do Código de Processo Civil de 1995/1996, em alteração ao (então) nº 3 do artigo 26º, correspondente ao actual nº 3 do artigo 30º.

A ausência de qualquer indicação significa que são plenamente aplicáveis as regras gerais sobre legitimidade (activa ou passiva).

c) Quanto aos recursos:

Pese embora a afirmação, no trecho já transcrito do preâmbulo da Proposta de Lei nº 113/XII, de que se trata de um procedimento urgente, não se encontra nenhuma indicação nesse sentido quanto ao processamento em 1ª Instância.

Para ser processado como urgente, um processo tem de assim ser qualificado, tendo em conta as correspondentes implicações (cfr. por exemplo as regras de contagem ou de duração de prazos, nº 1 do artigo 138º, nº 3 do artigo 156º, nº 1 do artigo 162º, nº 1 do artigo 638º do Código de Processo Civil).

Suponho que se justificaria o esclarecimento, nomeadamente quanto à medida provisória, que funcionalmente é uma providência cautelar; recorde-se que as providências cautelares são sempre urgentes (nº 1 do artigo 363º do Código de Processo Civil).

Prevê-se, todavia, que os recursos seja “*processados como urgentes*” (nº 1 do artigo 880º), o que, para além do mais, significa que os prazos são reduzidos a metade (nº 1 do artigo 638º) e correm em férias (nº 1 do artigo 138º). Mas devem ser interpostos em férias, entendendo-se aplicável o nº 2 do artigo 137º (“*actos que se destinem a evitar prejuízo irreparável*”)?

Admito que, em casos onde esteja em causa “*evitar prejuízo irreparável*”, o processo possa ser iniciado em férias; e que assim deva ser processado, até à decisão da medida provisória.

Seria preferível ter esclarecido expressamente se, em 1ª Instância, o processo é ou não *urgente*.

d) Quanto à execução da medida decretada: esclarece-se hoje, no nº 2 do artigo 880º do Código de Processo Civil, que é executada nos próprios autos do processo especial, assim se resolvendo dúvida anterior, e sem necessidade de requerimento (oficiosamente), com liquidação imediata de sanção pecuniária compulsória, se tiver sido imposta ao requerido a realização de uma conduta.

III. Confronto com as providências cautelares e conclusão.

O processo especial de tutela da personalidade é um processo expedito, mas que se não confunde nem identifica com as providências cautelares, nem sequer com aquelas nas quais pode ser decretada a *inversão do contencioso* (cfr. artigo 369º e segs. do Código de Processo Civil), ou seja, a deslocação, para o requerido, do ónus de propositura da acção principal, sob pena de se consolidar como definitiva a medida que tiver sido decretada.

É antes um processo definitivo e autónomo que, aliás, pode conter uma providência cautelar tramitada no próprio procedimento, como se viu já; mas que, no fundo, desempenha uma função *preventiva*, mesmo quando apenas se pretende a *atenuação* ou a *cessação* da ofensa ao direito do requerente.

Em caso de urgência e não pretendendo, senão, uma das finalidades admitidas pelo nº 1 do artigo 878º do Código de Processo Civil, não se tendo como obrigatória a sua utilização, o requerente poderá optar pelo processo especial, requerendo eventualmente uma medida provisória e sem contraditório prévio, ou por uma providência cautelar comum, sendo-lhe provavelmente possível requerer a inversão do contencioso (nº 1 do artigo 169º citado).

Se optar pela segunda via e conseguir que seja decretada a providência e a inversão, o efeito prático alcançado pode acabar por ser equivalente ao que conseguiria pela primeira, em caso de êxito; assim sucederia se o requerido não propusesse a acção principal, com o objectivo de demonstrar que o direito do requerente não existia (nº 1 do artigo 371º do Código Civil), pois se consolidaria a decisão proferida.

Com esta especialidade, mantêm-se com o novo Código de Processo Civil as vias de tutela da personalidade individual anteriormente existentes e que exigem ao interessado uma ponderação entre as respectivas vantagens e inconvenientes, tendo em conta o caso concreto.

A terminar, suponho que o balanço do novo regime permite tirar duas conclusões: positiva, quanto à inclusão de uma providência cautelar do próprio processo, abrindo uma via em abstracto mais expedita do que a conjugação entre uma acção comum e um procedimento cautelar (mas com a prevenção de que, contrariamente à justiça

cautelar, o processo especial não é qualificado por lei como urgente, em 1ª Instância); mas também negativa, quanto à retirada do processo do âmbito da jurisdição voluntária.

Bibliografia especificamente utilizada:

- António Menezes Cordeiro, *Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 21 e segs.;
- João Paulo Remédio Marques, *Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013*, in *O Novo Processo Civil, Contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno I, 2ª ed., Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Dezembro de 2013, pág. 499 e segs.;
- Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8ª ed., Almedina, Coimbra;
- Maria Fernanda Maçãs, *As formas de tutela urgente previstas no Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, in *Revista do Ministério Público*, ano 25, Out/Dez 2004, nº 100, pág. 41 e segs.;
- Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, *Processo Civil, Processos de Jurisdição Voluntária in Polis*, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, 4, Verbo, Lisboa, 1997;
- Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, *Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*, in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 89 e segs.
- Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, Novembro, 2006;
- Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- Rita Cruz, *Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade*, *A Reforma do Processo Civil 2012, Contributos*, in *Revista do Ministério Público*, Cadernos, 11, 2012, ed. do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 2012, pág. 63 e segs.;
- Tiago Soares da Fonseca, *Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 (2006), vol. I, Janeiro, disponível em www.oa.pt