

TEORIA DO PROCESSO CIVIL E RAL

Joana Moser

Índice

Módulo I – Teoria do Processo e RL	4
I. Acesso à justiça	4
1. Art. 20º CRP - acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva	4
1.1. Direito de ação	4
1.1.1. A função do processo civil	5
1.1.1.1. Espécies de ação consoante o seu fim – art. 10º CPC	5
1.1.1.2. Importância da diferença entre a ação de simples apreciação e a ação constitutiva	6
1.1.2. Procedimento cautelar	7
1.1.3. Ação de insolvência	7
1.2. Direito de defesa	7
1.2.1. Art. 219º CPC: citação vs. notificação	8
1.2.2. Dispensa da audiência prévia	8
1.2.3. A cominação da revelia	8
1.3. Entraves económicos	9
1.3.1. Proibição de denegação de Justiça por insuficiência de meios económicos	9
1.3.2. O sistema de apoio judiciário é justo?	9
1.3.2.1. Apoio judiciário	9
1.3.2.2. O sistema de apoio judiciário funciona e é eficaz?	10
1.3.2.3. Possíveis soluções enquadráveis no ordenamento jurídico português	10
II. Meios de acesso à justiça	11
1. Resolução Alternativa de Litígios	11
2. Adequação do método ao caso	11
2.1. Sander e Rozdeiczer	11
2.1.1. Interesse das partes	11
2.1.2. Exame das características objetivas do litígio	12
2.1.3. Obstáculos a uma solução consensual do litígio	12
2.2. Literatura americana - International Institute for Conflict Prevention and Resolution and Federal Judicial Center.	12
3. Métodos não adjudicatórios vs. adjudicatórios	13
3.1. Métodos não adjudicatórios	13
3.1.1. A Mediação	13
3.1.1.1. A mediação é um método de Resolução de litígios fundado nos interesses e não nas posições. Esta característica é uma vantagem ou uma desvantagem?	13
3.1.1.1.1. Breve Introdução: Resolução Alternativa de Litígios	13
3.1.1.1.2. A mediação em especial	14
a) Como funciona exatamente a mediação?	14
3.1.1.1.3. Legislação	15
3.1.1.1.4. Matérias suscetíveis de mediação	15
3.1.1.1.5. A posição do mediador	16
3.2. Métodos adjudicatórios	16
3.2.1. Legislação	16
3.2.2. Introdução do Sistema Judiciário	17
3.2.3. Tribunais Judiciais Estaduais	17
3.2.3.1. Tribunais de 1ª Instância	18
3.2.3.1.1. Tribunais de Comarca	18
b) Exemplo	18
3.2.3.1.2. Como descobrir a que Tribunal de Comarca devemos recorrer?	19
3.2.4. A arbitragem	19
3.2.4.1. Categorização do instituto arbitragem	19
3.2.4.2. LAV	20
3.2.4.3. Espécies de arbitragem	20
3.2.4.4. Convenção arbitral	21
3.2.4.4.1. Requisitos de validade	22

3.2.4.4.2.	Efeito positivo e negativo da convenção arbitral.....	23
a)	Quando o juiz analisa a existência e validade da convenção deve analisá-la em profundidade ou somente absolver o réu da instância, assim que a exceção é alegada?	23
3.2.4.5.	Tribunais Arbitrais.....	26
3.2.4.5.1.	Constituição do tribunal arbitral	26
3.2.4.5.2.	Sentença arbitral (força e eficácia)	27
a)	Critério de decisão	27
3.2.4.6.	Julgados de Paz	27
3.2.4.6.1.	Onde se inserem na organização judicial portuguesa? Enquadram-se na jurisdição comum?	27
a)	há exclusividade ou alternatividade de competência?	27
3.2.4.6.2.	Quais os princípios?	27
3.2.4.6.3.	E quanto aos critérios de competência territorial e material?	28
3.2.4.6.4.	Como se dá a tramitação processual?	28
3.2.5.	Sistema judiciário vs. Arbitragem.....	29
3.2.5.1.	Na existência de Convenção Arbitral, qual o tribunal competente?	29
III.	Princípios do processo equitativo.....	29
1.	Processo equitativo - princípios do processo justo	30
1.1.	Princípio da independência e imparcialidade do terceiro neutro	30
1.1.1.	Figura do mediador	30
1.1.1.1.	O que deve este privilegiar?	30
1.1.1.2.	Quais os deveres do mediador?	30
1.1.2.	Figura do arbitro	31
1.1.3.	Figura do juiz e dos tribunais	32
1.1.4.	Independência e imparcialidade: em suma	32
1.2.	Princípio do juiz natural	33
1.3.	Princípio da igualdade das partes	33
1.3.1.	Igualdade Processual.....	33
1.3.2.	Princípio do contraditório	34
1.3.2.1.	Arresto – exceção ao p. do contraditório	34
1.4.	Princípio da legalidade do conteúdo da decisão	34
1.4.1.	Jura Novit Curia	34
2.	Prazo Razoável.....	35
2.1.	Decisão em prazo razoável	36
2.2.	Estrutura de uma ação declarativa cível	37
3.	Licitude da Prova	38
3.1.	Normas relevantes.....	38
3.1.1.	Art. 32º-8 CRP (garantias de processo criminal)	38
3.1.2.	Art. 147º CPC (definição de articulados).....	39
3.2.	A prova ilícita em processo civil: em busca de linhas orientadoras - Miguel Teixeira de Sousa	39
4.	Gestão Processual e adequação formal	40
4.1.	Dever de gestão processual – art. 6º CPC.....	40
4.2.	Adequação Formal – art. 547º CPC.....	40
4.2.1.	Fundamento e limites da adequação formal	41
4.2.2.	Adequação formal do processo declarativo em 1ª instância.....	41
4.2.3.	Mecanismos de flexibilização voluntária e judicial das formas de processo	42
4.2.3.1.	Flexibilização voluntária.....	42
4.2.3.2.	Flexibilização judicial.....	42
4.2.3.3.	Papel do juiz no processo civil	42
4.3.	Recorribilidade dos despachos de adequação formal	43
4.3.1.	Decisões que admitem recurso.....	43
4.3.2.	Decisões que não admitem recurso.....	43
4.3.2.1.	Despachos de mero expediente	43
4.3.2.2.	Despachos proferidos no uso legal de um poder discricionário.....	44

5.	Inquisitório e dispositivo	46
5.1.	Princípio do dispositivo	46
5.1.1.	Disponibilidade da Tutela Jurisdicional e Responsabilidade pela Matéria de Facto	46
5.1.2.	A disponibilidade da instância.....	47
5.1.3.	A conformação da instância	47
5.1.4.	A formação da matéria de facto	48
5.1.4.1.	Factos principais	48
5.1.4.2.	Factos de conhecimento oficioso	49
5.1.4.3.	Factos instrumentais.....	49
5.1.5.	O acordo sobre os factos da causa.....	50
6.	O princípio do inquisitório.....	50

Módulo I – Teoria do Processo e RL

I. Acesso à justiça

Quando se fala no **acesso à justiça** pressupõe-se como seu significado a *possibilidade do direito se tornar efetivo* (direitos subjetivos, sejam absolutos ou relativos), estando sempre a falar de direito privado. Assim, todos os direitos devem encontrar um mecanismo que permitam que estes sejam eficazes, i.e. que possam ser impostos a uma pessoa. Quando se pensa no acesso à justiça, é preciso haver uma forma do direito serem imposto.

Neste sentido, temos por um lado, um titular de direito e por outro, a parte passiva que se recusa a satisfazer esse direito.

Os **meios de autotutela** são formas extraordinárias de alguém proteger os seus direitos quando não é possível que sejam protegidos de outra forma.

1. Art. 20º CRP - acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

O Art. 20º-1 CRP diz que 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”*.

Note-se que, o preceito acentua na parte final a imposição de superar as dificuldades que as partes possam encontrar no acesso aos tribunais por via de insuficiências económicas. Ora, o alcance do preceito é muito mais vasto, não podendo ser desliado da imposição dum *processo equitativo, célere e direcionado para uma tutela efetiva*.

Tradicionalmente, em Portugal, quando se pensa no acesso à justiça, 90% é pensado em tribunais do estado. Esta é uma visão muito reduzida daquilo que deve ser o acesso ao direito.

Os tribunais têm de oferecer garantias a quem os utiliza. A todos é assegurado o direito aos tribunais, a todos tem de haver um mecanismo para tornar efetivo um direito proveniente da lei. Nem todas as vertentes de acesso à justiça estão consagradas na CRP, é certo que hoje em dia existem mecanismos, como a mediação, que vão sendo criados em resposta à necessidade de crescimento do nosso sistema. A grande referência constitucional é o artigo 20º CRP.

No processo civil são urgentes os processos relativos a menores, insolvência, providências cautelares(procedimentos para situações de urgência).

O direito de acesso aos tribunais desdobra-se no direito de ação, no direito de defesa, na proibição de denegação de justiça por entraves económicos e no princípio da independência e imparcialidade dos tribunais, nos termos do art. 20º-1 CRP.

1.1. Direito de ação



Qualquer cidadão tem o direito de, perante os tribunais, invocar a titularidade de uma situação jurídica, mesmo que acabe por se ver claramente que não é titular desse direito. Ainda assim, pode sempre pedir a intervenção de um tribunal.

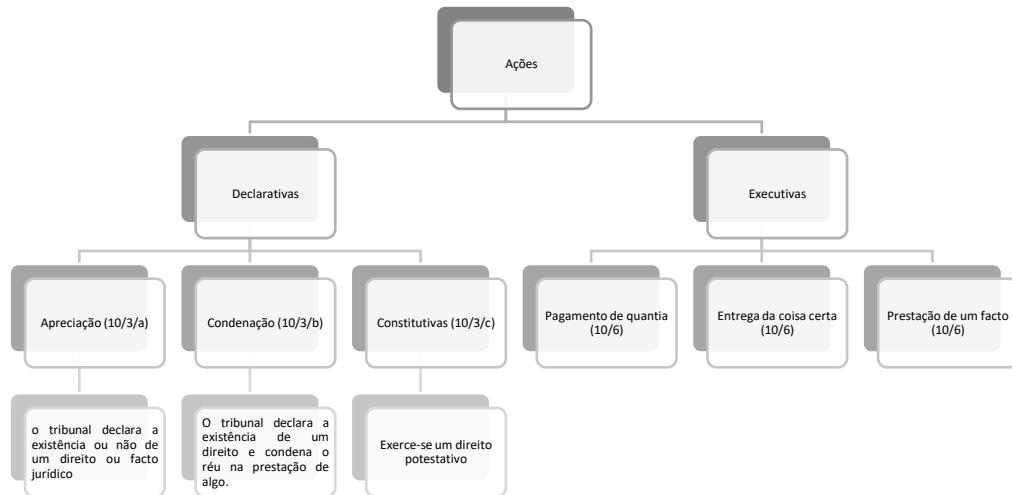
O direito de poder iniciar um procedimento no sistema de justiça era visto como parte do direito subjetivo.

Ex.: Se tiver um Direito de crédito, tenho o direito de agir judicialmente. Mesmo que não tenha razão nenhuma, eu tenho direito de iniciar um processo em tribunal.

Tenho direito de fazer um processo de início ao fim, mesmo que no final perca. O direito de ação é um direito fundamental, é irrenunciável.

1.1.1. A função do processo civil

1.1.1.1. Espécies de ação consoante o seu fim – art. 10º CPC



A primeira distinção a fazer é entre *processos declarativos* e *processos executivos*. O **processo declarativo** é aquele em que perante o litígio se pede ao tribunal que se pronuncie quanto ao direito aplicável. Nestes processos o tribunal limita-se a apontar a solução.

Por outro lado, num **processo executivo** pede-se ao tribunal que intervenha na realidade. Isto significa que num processo executivo o tribunal não se limita a solucionar juridicamente o litígio, mas intervém na realidade e de forma coativa realiza o direito que foi reconhecido na ação declarativa.

Ou seja, *numa ação declarativa, o tribunal averigua se há direito, enquanto que numa ação executiva concretiza esse direito que já se sabe que existe*. Esta distinção vem prevista no artigo 10º.

- > **Ação declarativa:** reconhece o direito. Ora, a ação declarativa resolve o litígio declarando o direito através de uma *sentença* (decisão final e definitiva num processo judicial).
- **Simple apreciação:** bastam-se com a decisão do juiz que se pronuncia quanto ao direito aplicável, sem ser necessário executá-lo. Nas ações declarativas de simples apreciação o autor pede ao tribunal que **declare a existência ou inexistência dum direito ou dum facto jurídico**¹.

Ex.: Se há uma disputa entre vizinhos por uma parte do terreno, basta que o tribunal declare a quem pertence o terreno em causa. É uma ação declarativa de simples apreciação. Diferente será o caso em que o A está a ocupar o terreno do B porque aí este segundo precisará de uma ação executiva para realizar o seu direito.

¹ É uma ação de utilização rara, cuja admissibilidade geral foi durante muito tempo discutida, que reveste manifesta utilidade em certos casos em que se pretende obter o reconhecimento dum direito, mas que tem dado dificuldade em outros casos em que a sua utilidade é menos nítida. Com ela, a declaração de um direito encontra-se, se assim se pode dizer, no seu estado mais puro. De acordo com o disposto no art.º 10-3-a).

- **Condenação:** cujo intuito é **condenar o réu** na prestação duma coisa ou dum facto a que o autor tem direito².

Ex.: ação relativa a um direito de crédito simples onde é pedido o pagamento desse crédito. Nesta ação de condenação o autor vem pedir ao tribunal que condene o réu a pagar ao autor.

- **Constitutivas:** **alteram a ordem jurídica**, isto é, alteram as situações jurídicas das partes em conformidade com um direito potestativo do autor³.

Ex.: ações de divórcio.

- > **Ação executiva:** faz o direito ser cumprido (pagamento de uma quantia, entrega de uma coisa etc.). Nesta ação realiza-se coativamente a prestação (obrigação pecuniária). Isto é, são apenhorados os bens do devedor, são vendidos ao público e o dinheiro é entregue ao credor. Ora, sendo que isto implica expropriar os bens do devedor só é possível ser feito em tribunal. A ação executiva termina com o pagamento, i.e. quando o credor recebe o que lhe é devido.

Como nos diz o professor Lebre de Freitas, este quadro de finalidades do processo civil vem confirmar a sua **instrumentalidade relativamente ao direito substantivo**. **O tipo de pedido formulado pelo autor**, condicionando a espécie de providência que o tribunal deverá emitir, **constitui a escolha da forma de tutela judiciária pretendida para a realização do interesse** que se afirma juridicamente pelas normas de direito material.

1.1.1.2. Importância da diferença entre a ação de simples apreciação e a ação constitutiva

Em termos processuais, há duas diferenças fundamentais entre as ações de simples apreciação e as ações constitutivas.

- (1) As ações de simples apreciação têm uma **regra especial quanto ao ónus da prova** que vem prevista *no artigo 343º CC*⁴. Isto contraria a regra geral de que é o autor que faz prova.

Assim sendo, se for uma *ação de simples apreciação negativa* em que, por exemplo, peço ao tribunal para declarar que o meu vizinho não é dono de uma parte do terreno, será

² O pedido de declaração prévia do direito ou do facto jurídico pode ser expresso, caso em que se verifica uma cumulação de pedidos, mas pode o autor limitar-se a pedir a condenação do réu e então o juízo prévio de apreciação mais não é do que um pressuposto lógico do juízo condenatório pretendido. Importa dizer que para que o autor esteja legitimado a interpor uma ação destas não é necessário que o seu direito esteja a ser alvo de agressão, pelo que este pode ser um meio por si utilizado para prevenir uma agressão futura. Tudo isto nos termos do Art.º 10 n.º3 b).

³ O juízo do tribunal não se apresenta limitado, como nas duas subespécies anteriores, pela situação de direito ou de facto pré-existente; perante o pedido de alteração das situações jurídicas das partes, o juiz, pela sentença, cria novas situações jurídicas entre elas, constituindo, impedindo, modificando ou extinguindo direito e deveres que, embora fundados em situações jurídicas anteriores, só nascem com a própria sentença. O aspeto declarativo desta, indo além do juízo prévio sobre a existência do direito potestativo, reside fundamentalmente na definição, só para o futuro ou retroativamente, da situação jurídica constituída. De acordo com o disposto no Art. 10º-3-c).

⁴ “1. Nas ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga”.

esse vizinho, enquanto réu, a ter o ónus de fazer prova do seu direito. Isto significa que *se o réu não provar o seu direito, o tribunal vai julgar a ação procedente a favor do autor.*

Nas ações constitutivas não vale esta regra especial.

Normalmente cada parte tem a sua história e conta-a ao tribunal apoiando-se em provas. Não obstante, também podem existir ações em que não se consegue provar nada e o tribunal acaba por não acreditar em nenhuma das versões. Esta regra do ónus da prova é fundamental porque nestes casos vai perder a ação a parte que tinha o ónus da prova.

- (2) Em segundo lugar há uma diferença no **trâmite processual**. A regra é que existam dois articulados, a petição inicial e a contestação, porém, *nas ações de simples apreciação negativa, há sempre lugar a réplica*. Isto porque o autor tem de ter a oportunidade de se defender da prova apresentada pelo réu na contestação. Como nas ações constitutivas não há a tal alteração no ónus na prova, não há esta exigência.

1.1.2. Procedimento cautelar

Esta é uma ação que podemos recorrer quando existe um receio fundado de que um direito nosso irá ser prejudicado por outra pessoa. Assim, são medidas provisórias que antecipam outras ações. Esta figura encontra-se prevista no art. 362º CPC. Dentro da casa da justiça existe este caminho rápido e urgente que se destina a casos em que o direito que está em causa não pode esperar pelo tempo do processo normal, cumprindo com o disposto no art. 20º CRP (tutela jurisdicional efetiva). É um instrumento muitíssimo utilizado com regras próprias.

1.1.3. Ação de insolvência

O que está em causa numa ação de insolvência é a incapacidade em termos económicos de o devedor alguma vez na vida pagar todas as dívidas que tem, tanto pessoas singulares como coletivas. No fundo é uma *ação declarativa rápida*.

Art. 1º CIRE (finalidade)

1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

2 - Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, a empresa pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I.

3 - Tratando-se de devedor de qualquer outra natureza em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, este pode requerer ao tribunal processo especial para acordo de pagamento, previsto nos artigos 222.º-A a 222.º-I.

1.2. Direito de defesa

O direito de defesa faz parte do direito de acesso aos tribunais. Ora, não só o direito de ação tem de existir para permitir que os cidadãos possam saber e exercer os seus direitos. Mas também, o direito de acesso à justiça implica o direito de defesa. A doutrina constitucional desde sempre tem incluído no direito de ação o direito de defesa que tem diversas componentes. Assim, o direito de defesa significa o conhecimento da justiça.

Deste modo, o direito de acesso aos tribunais não radica apenas no autor, mas também no réu. Este pode deduzir pedidos contra o autor (art. 266º CPC) e, se o fizer, tem lugar a figura da *reconvenção*, perante a qual, em inversão de posições de posições processuais, o réu (reconvinte) é autor e o autor do pedido primitivo (reconvindo) é réu.

Mais, colocados na posição defensiva da ação, teremos de analisar o art. 3º CPC que requer que o tribunal apenas possa resolver o conflito de interesses que determinada ação pressupõe se efetivamente lhe for pedida por uma das partes a resolução e que a outra parte seja devidamente chamada a deduzir oposição, i.e. chamada a defender-se. Assim, o réu deve ser citado para tomar conhecimento da ação e ser chamado a juízo (art. 219º CPC).

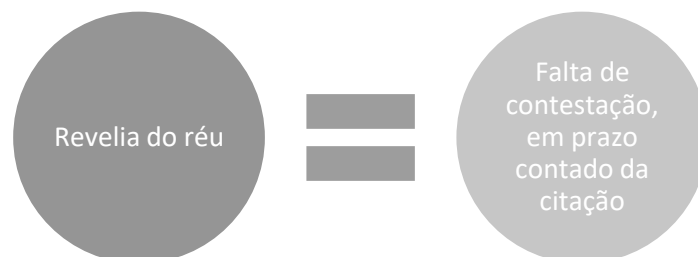
1.2.1. Art. 219º CPC: citação vs. notificação

- > *Citação* (art. 219º-1 CPC): chamamento do réu ao processo (só existe uma), primeira comunicação que existe entre o tribunal e o réu. “Atenção alguém propôs uma ação contra si, tem x dias para exercer o seu direito de defesa” – carta enviada ao réu, partes a informá-lo que o processo existe, como pode se defender e em que condições. O Estado tem de garantir que as pessoas recebem a carta/informação.
- > *Notificação* (art. 219º-2 CPC): notificar o réu ao longo do processo, tudo o que vem depois da citação. Pode haver mais do que uma notificação. Estas são todas as comunicações que depois da primeira comunicação são realizadas entre o tribunal e o réu.

1.2.2. Dispensa da audiência prévia

De acordo com o art. 3º-2 CPC, é excepcionalmente permitido tomar providências contra uma pessoa sem que ela seja previamente ouvida. Tal acontece, designadamente, no domínio dos procedimentos cautelares.

1.2.3. A cominação da revelia



- > *Prazo* – há um prazo estabelecido pelo CPC para contestar/defender. Este prazo são 30 dias de acordo com o art. 569º CPC, considerado um prazo razoável e suficiente⁵, conjugando o direito de ação e o direito de defesa.
- > No caso de após o prazo não existir uma contestação/defesa dá-se uma consequência processual chamada *revelia*. Esta pode ser de dois tipos:
 - i. *Revelia absoluta* (art. 566º CPC) quando não há notícia nenhuma do réu⁶.

⁵No caso da LAV os prazos são convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal (art. 33º) o que permite uma adaptação aos casos em função à complexidade dos casos. Contrariamente, ao prazo de 30 dias para o direito de defesa de um réu que por vezes, em casos mais complexos, pode ser considerado um prazo reduzido e insuficiente para todo o processo necessário. Por outro lado, num caso mais simples, como o da Maria, pode ser considerado mais do que suficiente, i.e. elevado. Contudo, em processo civil estamos a tratar de casos em massa pelo que, é natural que exista um prazo. Por fim, a professora considera que aquando a comparação entre o tempo que o autor tem para se preparar a agir e o tempo que o réu tem para se defender não é totalmente justo.

⁶ Caso prático f.

- ii. *Revelia relativa* – a parte não apresenta contestação mas apresenta procuração, fazendo-se representar por advogado.

> *Consequência* da revelia:

- i. *LAV*: não há nenhum efeito da revelia (art. 35º-2 LAV).
- ii. *Efeito cominatório semipleno*: no sentido de uma consequência negativa considerarem-se provados os factos alegados pelo autor no caso do réu não se defender.
- iii. *Efeito cominatório pleno*: sistema não existente em Portugal; não só são reconhecidos e comprovados os factos expostos pelo autor, como é imediatamente considerado procedente o pedido do autor - independentemente de os factos serem ou não suficientes. Ora, é considerado inconstitucional em Portugal, i.e. não se usa. Uma não ação do réu ter uma consequência tão gravosa deve-se ao direito de defesa e ao estado de direito. Não se deve condenar as pessoas porque não se defenderam – isto foi considerado excessivo.

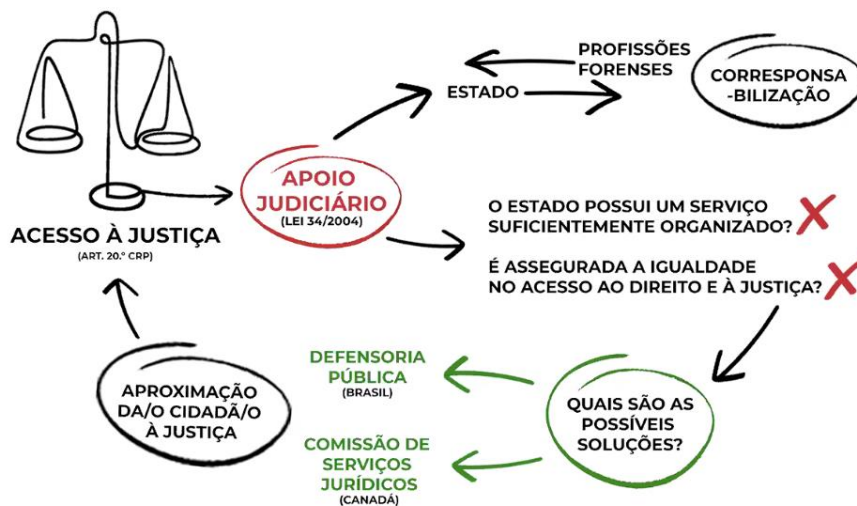
1.3. Entraves económicos

1.3.1. Proibição de denegação de Justiça por insuficiência de meios económicos

Quer para o autor, quer para o réu, o direito de acesso aos tribunais engloba a inexistência de entraves económicos ao seu exercício, como expressamente refere o art. 20º CRP. Tal implica, designadamente, a concessão de apoio judiciário a quem dele careça e a proibição de disposições da lei ordinária que limitem o direito à jurisdição por não satisfação de obrigações alheias ao objeto do processo.

1.3.2. O sistema de apoio judiciário é justo?

1.3.2.1. Apoio judiciário



O acesso ao direito e à justiça, nos termos do art. 20º da CRP, significa a conquista da própria cidadania, em que alguém torna efetivo o acesso ao estatuto de sujeito de direito e de direitos.

Ora o Estado, enquanto Estado Social de Direito, chamou a si o encargo de garantir a todos os cidadãos o acesso ao Direito, garantindo, em especial, esse direito aos economicamente mais débeis custeando essas despesas, não podendo haver, como refere o prof. Lebre de Freitas, quaisquer entraves económicos no exercício do direito de acesso aos tribunais. É nesse sentido que surge o *sistema de apoio judiciário* previsto, in fine, no número 2 do art. 20º.

Este sistema resulta de uma corresponsabilização do Estado e dos representantes das profissões forenses, sendo que:

- > Por um lado, devido ao facto de os advogados e solicitadores deterem o monopólio do mandato forense, possuem o *dever de aceitar o patrocínio oficioso*, colaborando com o Estado.
- > Estado que, por outro lado, se *assume como garante de uma adequada remuneração aos profissionais intervenientes*.

1.3.2.2. O sistema de apoio judiciário funciona e é eficaz?

Não. O sistema de apoio judiciário traz algo positivo que é o afastar de obstáculos económicos que o levam - o cidadão - mesmo quando reconhece estar perante uma questão jurídica e de direito, de se inibir de recorrer aos tribunais. E portanto, a quem recorre a este sistema é suposto que lhe sejam prestados não só todos os meios suficientes, como também os adequados, para estar em pé de igualdade para litigar em conformidade.

Acontece que, em Portugal, o apoio judiciário surge de uma junção do poder judicial com a função social do Estado, sendo que esse apoio é portanto concebido como uma prestação social, levando a que, uma entidade administrativa autónoma e fora do poder judicial, neste caso a *Segurança Social*, possa decidir sobre o deferimento ou indeferimento da concessão do patrocínio judiciário. Esta é a primeira crítica que faço.

Acresce que, o patrocínio judiciário, nos atuais moldes, é prestado por profissionais liberais, normalmente, com menor qualidade, em regime de cooperação. E aqui fica a segunda crítica: o difícil controlo da eficácia e qualidade do serviço que prestam que muitas vezes leva a desequilíbrios na defesa do cidadão em tribunal, surgindo um sistema e duas medidas: em que quem pode pagar melhores advogados, terá uma melhor defesa judicial. Repare-se ainda que, já que se mencionou contas, no OE 2021, da verba destinada ao Ministério da justiça, apenas 8% se referem a esta área.

Compreende-se que é complexo o equilíbrio entre qualidade e baixo custo, contudo, é do meu entender que este sistema necessita de uma urgente remodelação, dando prioridade à participação no sistema a advogados que, efetivamente, tenham apetência, disponibilidade e competência técnica para participar nele, já que o cidadão mais carenciado tem direito a ser representado por um advogado que, sem prejuízo dos conhecimentos que possa deter, demonstre ser portador do conjunto de requisitos exigíveis para ser advogado. Tal implicará também que o Estado assumira a responsabilidade de pagar pontualmente a compensação devida pelos serviços que estes prestam.

1.3.2.3. Possíveis soluções enquadráveis no ordenamento jurídico português

Podem ser encontradas várias soluções. Dentro das quais a abertura de concurso público aos advogados que pretendam dedicar-se a tal. É a opinião do juiz JOÃO RAMOS DE SOUSA, que defende que o patrocínio judiciário público deveria ser entregue por concurso a um número limitado de advogados, eliminando os menos competentes e tecnicamente mais mal preparados, estabelecendo padrões mínimos de preço e de qualidade.

Esta proposta vai muito de encontro ao que acontece, por exemplo, no Brasil, onde existe o Instituto do Defensor Público. Integram este órgão profissionais altamente qualificados, sujeitos a concurso público e com remuneração mensal, tendo por competência exclusiva garantir o apoio judiciário de todos os cidadãos mais carenciados.

Confrontando este modelo com o nosso, quer ao nível da aptidão profissional, quer ao nível do financiamento do sistema, as dissemelhanças são mais aparentes do que reais, sendo a única grande diferença é que o profissional que assegura a defesa oficiosa integra uma carreira pública, especialmente criada para o efeito.

Virando o nosso olhar para o sistema de apoio judiciário no Quebeque, verificamos a existência da Comissão dos Serviços Jurídicos (CSJ), que descentraliza o trabalho por vários centros de apoio judiciário, com advogados em regime de permanência a quem os candidatos ao apoio judiciário podem recorrer. Os advogados pertencentes aos centros de apoio judiciário dedicam-se em exclusividade ao patrocínio judiciário, ao passo que os advogados que exercem

a sua atividade por conta própria não estão obrigados aceitar o patrocínio judiciário. *A contrario* do sistema português, os pedidos de apoio judiciário são dirigidos aos gabinetes e aos centros regionais devidamente credenciados.

Acresce ainda que, o apoio judiciário tem um serviço de consulta telefónica em matéria penal, que permite a todos os cidadãos, admitidos ou não para o apoio, beneficiar gratuitamente de patrocínio judiciário.

Em suma, verificamos que o sistema de apoio judiciário português encontra várias debilidades que poderão dificultar o acesso a este direito fundamental por razões de ordem organizativa e também do próprio funcionamento, devendo em breve, este modelo ser revisto.

II. Meios de acesso à justiça

1. Resolução Alternativa de Litígios

Durante muitos anos a ideia de que os órgãos legítimos de aplicar a lei e de resolver os litígios eram os tribunais havendo um monopólio do acesso à justiça. Na verdade, cada vez menos é assim, já são integrados os métodos de resolução alternativa de litígios. Ora, a casa da justiça deve ter diversos meios em função do tipo, valor e complexidade de litígio. Assim, a oferta dos tribunais não é única apesar de ser a maior.

Note-se que, a alternatividade dos meios de RAL atualmente tem vindo a ser cada vez mais integrada no acesso à justiça.

2. Adequação do método ao caso

2.1. Sander e Rozdeiczner

Estes defendem que a adequação do método ao caso deve ser feita tendo em conta 3 aspetos:

- i. objetivos das partes;
- ii. características do litígio que o aproximam de um meio de resolução alternativa de litígios;
- iii. características do litígio que o afastam de um meio.

Podemos sintetizar a metodologia em 3 palavras: interesses, características e obstáculos.

2.1.1. Interesse das partes

Podem existir variados motivos:

- Celebridade;
- Privacidade;
- Vingança pública;
- Obter uma opinião neutral;
- Reduzir custos;
- Manter o relacionamento com a contraparte;
- Criação de novas soluções;
- Controle do processo.

Após a identificação dos *objetivos das partes* (podem ser diversos e até contraditórios) deve fazer-se uma sua hierarquização.

De seguida, Sander e Rozdeiczner atribuem pesos diferentes a cada interesse para cada um dos meios de resolução alternativa de litígios. Os autores apresentam uma tabela com 13 objetivos e as suas pontuações. Tal tabela tem como pressuposto os meios de resolução de litígios dos EUA. Porém, pode-se adequar estes critérios aos nossos meios portugueses.

- ✓ O método mais pontuado será o mais adequado.

No entanto, este critério apresenta um obstáculo: *o que fazer quando a contraparte tiver outros interesses ou os hierarquiza de forma diferente?*

Os autores dão como exemplo um divórcio em que a mulher quer manter o assunto privado mas o marido pretende que se saiba o que realmente aconteceu. Para ultrapassar este tipo de situações, os autores apresentam outros 2 critérios para utilizar em conjunto com este.

2.1.2. Exame das características objetivas do litígio

Exemplos de tais características: boa relação entre os mandatários, boa relação entre as partes, disponibilidade de uma ou ambas as partes para pedir perdão, vontade de chegar a uma solução consensual, etc.

2.1.3. Obstáculos a uma solução consensual do litígio

Ex.: má comunicação, necessidade de expressar emoções, diferentes visões de facto ou de direito, múltiplas partes, diferenças entre os interesses dos advogados e dos seus clientes.

Esta metodologia de escolha do meio de resolução de litígios baseia-se na mediação. Terão um papel essencial os magistrados, mas sobretudo os advogados que conhecem melhor os seus constituintes. A mediação será o meio de resolução ideal quando o conflito tenha subjacente muitas questões conexas (sejam elas pessoais/comerciais) e se trate de uma relação jurídica prolongada quer isso seja vontade ou não das partes. Os benefícios da mediação são:

- Clarificação das posições e dos interesses das partes;
- Possibilidade de sair fora do objeto do litígio;
- Encontrar soluções globais e criativas.

É óbvio, porém, que nem todos os casos poderão ser resolvidos por esta via. Há situações em que as partes apenas aceitam uma decisão de terceiro - essencialmente porque os interesses são inconciliáveis. Se assim for, há ainda que ponderar a possibilidade de uma conciliação judicial. Ou seja, um terceiro com uma fonte especial de persuasão, como o juiz ou o árbitro, poderá obter resultados diferentes daqueles que resultariam da mediação. Por último, entre as opções adjudicatórias (arbitragem, julgados de paz e tribunal judicial) a escolha dependerá das características do caso.

Uma questão importante face à resolução alternativa de litígios é encontrar critérios que permitam escolher o método mais adequado a cada tipo de conflito. Será difícil encontrar um critério único e decisivo- o essencial é conhecer muito bem as características de cada um dos métodos.

2.2. Literatura americana - International Institute for Conflict Prevention and Resolution and Federal Judicial Center.

O Guide to Judicial Management of Cases in ADR baseia-se em dois critérios:

- i. **características das partes** – são sugeridas algumas perguntas que devem ser colocadas no momento da escolha do meio de resolução de litígios:
 - > quais os benefícios que as partes podem retirar dos meios de resolução alternativa de litígios;
 - > quem são as partes e os seus advogados e se podem usar efetivamente os meios de resolução alterativa de litígios;
 - > saber se há partes não representadas;
 - > saber se há partes públicas
 - > saber se o acordo depende de informação que as partes querem manter confidencial
- ii. **características do litígio** - deve-se analisar se:
 - > se este envolve questões jurídicas novas.
 - > se há precedentes ambíguos (ex.: jurisprudência contraditória).

- > questões constitucionais ou de ordem pública
- > se o público deve ter informação sobre o caso e a sua solução
- > se é uma questão simples ou complexa
- > se há várias partes
- > se já houve tentativas para alcançar um acordo ou se é possível decidir o litígio apenas com base em prova documental

3. Métodos não adjudicatórios vs. adjudicatórios

- ✓ **Métodos não adjudicatórios/consensuais:** é necessário o consenso das partes e a sua voluntariedade (ex.: negociação e mediação).
- ✓ **Métodos adjudicatórios:** não é necessário consenso das partes. É um terceiro neutral que decide de forma vinculativa para as partes – sentença com força de caso julgado (ex.: arbitragem, tribunais judiciais).

Ora, a grande diferença está no fim/propósito destes meios, enquanto os não adjudicatórios é dada uma solução por acordo; nos adjudicatórios há um terceiro neutral que vai decidir de forma definitiva, independentemente da vontade das partes.

Note-se que, no meio destes métodos existem os *meios híbridos* como os mecanismos utilizados no UK, num tribunal específico para litígios de construção. Nestes existem painéis que tomam uma decisão sobre o litígio mas essa não é vinculativa logo, as partes podem ou não aceitar a resolução. Em Portugal, os meios híbridos apenas são utilizados por vontade e acordo das partes, i.e. só por via contratual visto que, não há nenhuma lei que refira este meio (ex.: construção da ponte Vasco da Gama).

- > **Mediação:** acordo entre as partes, com a ajuda de um terceiro neutral. Não há mediação, sem mediador. Note-se que, um terceiro não é parte no litígio.
- > **Negociação:** acordo entre as partes, sem a ajuda de um terceiro neutral.

3.1. Métodos não adjudicatórios

3.1.1. A Mediação

3.1.1.1. *A mediação é um método de Resolução de litígios fundado nos interesses e não nas posições. Esta característica é uma vantagem ou uma desvantagem?*

3.1.1.1.1. Breve Introdução: Resolução Alternativa de Litígios

O sistema judicial tem vindo a manifestar nos últimos anos carências invencíveis, revelando-se insuficientemente preparado para fazer face qualitativamente às novas exigências. Em Portugal, faz-se notar, por exemplo, pela quantidade de processos que chegam às mãos dos profissionais de justiça todos os dias, gerando uma verdadeira deficiência do sistema, tornando-se difícil atender a todos, ou pelo menos dar uma resposta célere, aquela que todas as pessoas ambicionam.

Todavia, **não se pode evitar que as pessoas continuem a recorrer à justiça** como forma de defenderem os seus direitos e interesses, pois estaria a ser violado o disposto no **art. 20º da CRP**, que tem justamente por epígrafe “*acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*”.

Assim, tornou-se essencial **assegurar um melhor acesso à justiça** e, por isso, aos poucos começaram a ser incluídas formas que pudessem “aliviar” esta sobrecarga das vias tradicionais, como a resolução alternativa de litígios. Desta forma, abre-se a **possibilidade de os cidadãos resolverem os seus litígios de forma mais satisfatória e benéfica**.

Antes de mais, convém perceber a dita **resolução alternativa de litígios**. A primeira ideia que devemos ter quando pensamos neste assunto é que estes meios, de forma ampla, podem ser definidos como meios que dão resposta a um litígio de uma forma distinta dos tribunais judiciais.

Esta alternatividade está sobretudo também relacionada com a postura, há uma abordagem alternativa dos meios, não só no papel das partes no processo, mas também na solução. **A ênfase que é colocada nos interesses** também é distinta nesta atitude, postura alternativa que resulta na resolução de litígios.

Alguns meios de resolução alternativa de litígios são:

- i. **Negociação**, que no fundo é caracterizada por, em vez de haver um terceiro que decide ou ajuda, temos as duas partes a dialogar e a alcançar um acordo.
- ii. **Mediação**, também consensual, mas já com um terceiro a ajudar.
- iii. Temos ainda a **arbitragem** e os **juízes de paz**.

Não é possível apresentar um elenco de características comuns quanto a estes meios de RAL. Tendencialmente serão, todos eles, **menos formalistas e mais céleres** (esta celeridade está associada ao tempo médio dos processos judiciais que, em Portugal, são extremamente prolongados).

3.1.1.1.2. A mediação em especial

A mediação traduz-se num método de resolução de conflitos a que duas partes em confronto recorrem a fim de chegarem a um possível acordo, com o auxílio de um mediador. Com efeito, ambas podem ganhar na medida em que a solução é encontrada pelas próprias partes, fundada nos seus próprios interesses.

Por esta razão, a mediação de conflitos é, por muitos, considerada um método ideal, pacificador e recriador de um clima socio afetivo entre os participantes e uma forma de restabelecer a sua convivência.

a) Como funciona exatamente a mediação?



Esta **imagem do iceberg** demonstra precisamente a forma como a mediação funciona.

Ora, acima da água estão as posições das partes, tudo aquilo que é declarado. Por baixo da água já se encontram os interesses das partes, normalmente não declarados. E é com base nesses interesses/necessidades que este método de resolução de litígios é fundado.

Assim, com a ajuda do mediador os interesses das partes iram ao de cima nascendo a possibilidade de consenso.

Considera-se que perante um conflito torna-se difícil ver o que está por baixo da linha da água, sem a ajuda de um profissional.

Neste sentido, o mediador tem como função ver e analisar todos os interesses não declarados das partes. O mediador é um terceiro imparcial que ajuda as partes a estabelecerem um diálogo, conduzindo-as num caminho mais favorável à obtenção de um acordo que entendam possível ou adequado aos seus interesses.

De modo a compreenderem melhor esta explicação tomarei o exemplo típico académico da **história dos cozinheiros e da laranja**, que estão em litígio sobre quem fica com a laranja. Ora, existem três soluções possíveis:

- i. No caso de seguirmos a *solução tipicamente jurídica*, optaríamos por cumprir com o regime da propriedade presente no CC.
- ii. No caso de seguirmos o *conceito habitual de acordo*, procederíamos à divisão da laranja, ficando metade a cada um.
- iii. E, por fim, a *solução da mediação* seria perguntar-se a cada uma das partes para que é que precisam da laranja. Se A responder que quer para sumo de laranja e B quer a raspa para um bolo de laranja, nenhum deles perderá nada. Através deste processo questionou-se cada um deles sobre o motivo para o qual querem a laranja, conciliando os interesses das duas partes, independentemente da mera aplicação da lei.

Assim, a mediação é uma forma de resolução de litígios que não é feita através do Direito. Isto é, **não há uma aplicação estrita das regras do Direito**. Mais uma vez, trata-se de uma solução para resolução de litígios, ao lado dos mecanismos tradicionais.

Contudo, isto **não quer dizer que não possa haver um controlo jurídico da solução**, sendo possível existir uma homologação do acordo (i.e. uma validação para se saber que não foram violados direitos fundamentais ou princípios gerais de Direito, como a boa-fé ou ordem pública).

É de realçar que a mediação põe de lado a hipótese jurídica e não está preocupada em subsumir factos a normas, mas antes perceber o que as partes realmente querem. É uma solução. Isto é importante porque ser jurista não é só aplicar o direito, mas também arranjar soluções criativas e eficazes.

Todos os instrumentos de resolução de litígios devem ser analisados em função de cada caso concreto. Existem casos em que, por exemplo, a mediação não é a solução mais correta. Porém, as principais vantagens da mediação são:

- > Tempo célere;
- > Custos reduzidos;
- > Manutenção da relação.

3.1.1.1.3. *Legislação*

A mediação é legislada na Lei nº29/2013, que estabelece quais os princípios gerais aplicáveis à mediação e o seu regime jurídico. Ora, entre os vários princípios da mediação é de destacar:

- i. **princípio da voluntariedade** (art. 4º da LM) caracterizado pelo pleno domínio do processo pelas partes que se encontra em todo o processo.
- ii. **princípio da executoriedade** que estabelece que o acordo de mediação pode ter força executiva sem necessidade de homologação judicial, se reunidos os requisitos dispostos no art. 9º da LM.

3.1.1.1.4. *Matérias suscetíveis de mediação*

Ora, a LM vem consagrar as regras reguladoras da mediação civil e comercial, bem como da mediação pré-judicial. Assim, exclui do âmbito de aplicação a mediação familiar, laboral e penal. Todavia, também não se refere a sistemas de mediação vigentes em âmbitos específicos como a mediação de consumo.

Mais além, em matéria civil e comercial, o legislador estabeleceu no art. 11º da LM que apenas são submetidos a mediação litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial, ou seja, que possam ser avaliáveis em dinheiro. Acrescenta que, não revestindo o cariz

pecuniário, apenas poderão ser objeto de mediação direitos relativamente aos quais as partes possam celebrar transações.

Por fim, a mediação é um método de RAL que tem como objetivo conciliar as partes e como vantagens a celeridade e os reduzidos custos. Em Portugal não há um sistema de mediação obrigatória. Este método olha o conflito em concreto além do direito com base nos interesses das partes e não nas suas posições; interesses esses percebidos pelo mediador.

3.1.1.1.5. A posição do mediador

Será que deve ser facilitadora ou mais intervencionista? Ora, o art. 26º-b) da LM consagra a mediação facilitadora. No ponto vista teórico, a mediação facilitadora é aquela que em Portugal está mais enraizada.

- ✓ **Art. 273º CPC** – no caso de um juiz suspender o caso e ordenar que recorram à mediação as partes não são obrigadas a tal visto que, em Portugal a mediação não é obrigatória.

3.2. Métodos adjudicatórios

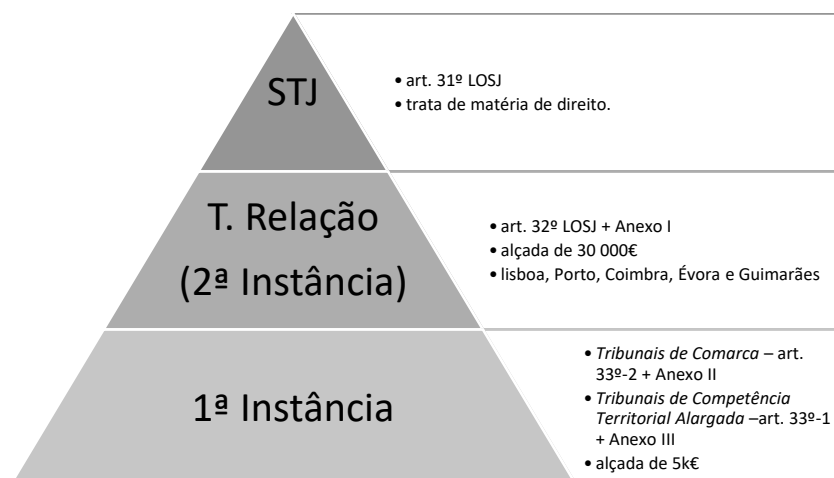
3.2.1. Legislação

- > CRP: regras básicas da organização dos tribunais (ver art. 209º em especial)
- > Direito infraconstitucional:
 - i. LOSJ, DL 62/2013: estabelece, em geral, que tribunais existem e as respetivas competências.
 - ii. Regime de organização e funcionamento dos tribunais judiciais, DL 49/2014

Artigo 209º - (Categorias de tribunais)⁷

1. Além do *Tribunal Constitucional*, existem as seguintes categorias de tribunais:
 - a. O *Supremo Tribunal de Justiça* e os *tribunais judiciais de primeira e de segunda instância**;
 - b. O *Supremo Tribunal Administrativo* e os demais tribunais administrativos e fiscais;
 - c. O *Tribunal de Contas*⁸.
2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.
3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos.
4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.

*Tribunais de Comarca (1ª instância) + Tribunais da Relação + STJ - vêm regulados na LOSJ:



⁷ = art. 29º LOSJ; ambos estabelecem as categorias dos tribunais.

⁸ Autónomo; fiscaliza as contas do estado e os dinheiros públicos.

3.2.2. Introdução do Sistema Judiciário

O art. 110º CRP dita que os tribunais são órgãos de soberania. O art. 202º CRP define os tribunais como os “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

A sua natureza soberana emerge também da consagração da sua independência, característica que se verifica no art. 203º e 111º CRP, eles apenas estão sujeitos à lei. Esta independência é garantida por um órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial (Conselho Superior da Magistratura), através da inamovibilidade dos juizes e pela sua não sujeição a ordens/instruções relativas à atividade jurisdicional, salvo o dever de acatamento de decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores, art 4º-1 da lei 62/2013 + art. 216º CRP.

Segundo Lebre de Freitas, outro dos requisitos para o exercício da função jurisdicional é a imparcialidade dos juizes independentes perante os órgãos do Estado e os interesses em conflito (art. 203º CRP). Este requisito é garantido positivamente pelas regras de determinação do juiz natural (aplicação das normas gerais da competência dos tribunais e distribuição aleatória dos processos) e negativamente pela enunciação dos casos em que o juiz seria investido na função jurisdicional e fica impedido de a exercer ou pode ser afastado por suspeição.

O art. 209º-1 CRP estabelece uma lista taxativa dos tribunais que temos obrigatoriamente, sendo eles o Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de justiça e os tribunais judiciais de primeira e segunda instância, Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais e o Tribunal de Contas. Facultativamente, o art. 209º-2 CRP indica que podem ainda existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Cada conjunto de tribunais constitui uma ordem, pelo que podemos ter a ordem dos tribunais judiciais, a ordem dos tribunais administrativos, entre outras. A sua competência é denominada de jurisdição.

É desta forma perceptível que o sistema judicial não é unitário, é constituído por várias categorias de tribunais, separadas entre si, com estrutura e regimes próprios. As categorias de tribunais são independentes entre umas e outras, não existe uma relação de hierarquia entre as várias categorias, o que existe é uma ordenação constitucional, uma relação de precedência de umas categorias para com outras. A existência de várias categorias de tribunais exige uma repartição de competências entre eles através de critérios de natureza objetiva como a natureza da questão em razão de matéria.

3.2.3. Tribunais Judiciais Estaduais

Os tribunais judiciais são os chamados “tribunais comuns”, não se limitam a uma esfera jurisdicional especializada. Nesta matéria importa ter em conta a lei 62/2013, de 26 de agosto (LOSJ), a lei de organização do sistema judiciário. Os tribunais judiciais atuam sobre causas de matéria cível, criminal e todas aquelas matérias que não forem atribuídas a outras ordens. São, no fundo, os tribunais comuns, porque tudo o que não pertence a outra jurisdição cabe na sua. É aquilo a que chamamos de competência residual, como podemos ver no art. 211º CRP e art. 40º-1 LOSJ. Encontram-se hierarquicamente organizados a três níveis:

- i. primeira instância;
- ii. segunda instância (ou relação);
- iii. Supremo Tribunal de Justiça (apenas trata matéria de direito).

Como se lê no art. 210º-1 CRP e art. 42º LOSJ, de onde retiramos esta hierarquização, o Supremo Tribunal de Justiça está no topo desta hierarquia. Têm diferentes alçadas, limites de valor até ao qual um tribunal, decide sem que seja admitido recurso ordinário. As alçadas que atualmente existem são:

- i. 5 000€ na primeira instância;
- ii. 30 000€ nos tribunais da relação, nos termos do art. 44º-1 LOSJ.

Em Portugal temos cinco tribunais de segunda instância: Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães.

3.2.3.1. Tribunais de 1ª Instância

Os tribunais de primeira instância estão divididos em duas categorias: comarca e competência territorial alargada. São conhecidos por “tribunais de primeira instância” porque são aqueles onde todas as causas têm o seu início, ou seja, todos os litígios que são levados a tribunal entram por aqui.

3.2.3.1.1. Tribunais de Comarca

Os tribunais de comarca são uma espécie de tribunais comuns dentro da categoria primeira instância, como podemos ver no Art. 210º-3 CRP e Art. 79º LOSJ. Tradicionalmente, a comarca tem uma área de competência que coincide com o conselho onde se inserem, ou seja, a sua área acaba por ser definida pelo Direito Administrativo.

Em 2008 começou a pensar-se na redução do número de comarcas. O grande intuito desta mudança era criar circunscrições muito maiores, acompanhadas de recursos humanos e materiais que correspondessem a esse aumento. Tinham competência para questões relacionadas com família, menores, trabalho, entre outras matérias. Assistiu-se também à introdução da figura do presidente da comarca. Anteriormente, o juiz da comarca era o seu presidente.

Atualmente continua a ser um juiz, a grande diferença é que não exerce funções judiciais, apenas desempenha tarefas de superintendência face ao funcionamento da comarca. Em 2014 ocorreu uma reorganização nacional dos tribunais de primeira instância, passando a existir 23 tribunais em todo o país (Açores, Aveiro, Beja, Braga, Bragança, Castelo Branco, Coimbra, Évora, Faro, Guarda, Leiria, Lisboa, Lisboa Norte, Lisboa Oeste, Madeira, Portalegre, Porto, Porto Este, Santarém, Setúbal, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu).

Os tribunais têm uma gestão tripartida: Presidente da Comarca; Magistrado do Ministério Público e Administrador de Justiça.

As comarcas são as circunscrições base da divisão territorial e em cada uma delas podem existir vários tribunais, quando o volume ou a natureza do serviço o justificarem. Dentro de cada comarca temos vários juízos, nos termos do art. 81º-1 LOSJ, em juízos de competência especializada, genérica ou de proximidade. A competência pode ser distribuída entre os juízos tendo em conta o valor e a matéria, nos termos dos art. 40º-2, 41º e 43º-5 LOSJ.

b) Exemplo

Manuel é casado com Maria. Contudo, devido às constantes discussões ou divergências em perspetivas de vida, está descontente com o seu matrimónio, pretende divorciar-se. Contudo, Maria não está de acordo. O casal reside em Torres Vedras, em que Tribunal poderá Manuel instaurar uma ação de divórcio sem o consentimento de Maria?

Neste caso tendo matéria em especial (divórcio) devemos, em primeiro lugar, ir ao CPC - parte de competência interna - art. 64º e ss. De seguida analisar qual a competência em razão de território aplicável ao caso em apreço > art. 72.º.

Com base neste artigo, o tribunal competente é o *tribunal do domicílio ou da residência do autor*, ou seja, em *Torres Vedras*.

Sabemos já que todas as ações começam na 1ª instância, a questão agora é em que tribunal – de comarca ou competência territorial alargada. Neste sentido, analisando a LOSJ – tribunais judiciais, estrutura e organização - art. 33º sobre primeira instância e, relativamente à competência territorial alargada - art. 83º.

Ora, vamos ver que no art. 83º não há nenhuma alínea que corresponda a este caso. Pelo que, a ação vai ser então instaurada num Tribunal de Comarca.

Mas de que juízo? Competência especializada, genérica ou de proximidade? - Art. 81º-3 LOSJ, competência especializada.

O nosso caso corresponde ao Juízo de Família e Menores, comprovado pelo art. 122º-1-c LOSJ. Em Torres Vedras há um Juízo de Família e Menores e deveria ser aí proposta a ação.

Em caso de desacordo com a decisão do tribunal, pode haver recurso para o Tribunal da Relação do Município, neste caso Lisboa. Se houver desacordo em matéria de Direito, pode haver recurso para o STJ.

3.2.3.1.2. *Como descobrir a que Tribunal de Comarca devemos recorrer?*

- (1) **Anexo II LOSJ**: ver em que Comarca se enquadra o município que pretendemos.
- (2) Qual o tribunal a recorrer dentro da Comarca em que nos encontramos? – **Mapa III do DL 49/2014**.
- (3) Ver **CPC**: para a matéria do caso em especial
 - Note-se que, dentro de cada Comarca, voltando à LOSJ, art. 79º + 80º + 81º.

3.2.4. *A arbitragem*

A arbitragem é um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. É, assim, um meio de RAL adjudicatório pois o litígio é decidido por um ou vários terceiros e essa decisão é vinculativa para as partes.

A arbitragem, apesar de não ser judicial, aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos:

- > a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição dos tribunais comuns;
- > a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva;

3.2.4.1. *Categorização do instituto arbitragem*

Em relação à natureza jurídica da arbitragem, debatem-se teses contratuais, jurisdicionais e mistas:

- 1) **Teoria Contratual**⁹: a decisão arbitral é um contrato celebrado pelos árbitros como mandatários das partes. Para esta tese, só a homologação judicial permite que a decisão arbitral seja uma verdadeira sentença.
- 2) **Tese Jurisdicional**: as decisões arbitrais são atos jurisdicionais, sendo os árbitros juízes e não mandatários das partes.

Olhando para as duas teses anteriores, percebemos que nenhuma das duas considera a participação do povo na administração da justiça, o que nos transporta diretamente para a origem do pluralismo processual, que colocou as partes no domínio do litígio.

Portanto, a partir dessa perspectiva se estabeleceu o **entendimento misto**, que considera o fundamento contratual como sendo a origem da arbitragem e, por outro lado, afirma o caráter executivo da decisão.

- 3) **Conceção mista**: a arbitragem voluntária está a meio caminho entre o julgamento da autoridade judicial e o contrato livremente consentido pelas partes – o árbitro julga, mas não exerce as funções públicas de um juiz. A doutrina atual tem adotado esta conceção, na medida em que falamos de algo que tem um fundamento contratual (a convenção de arbitragem), mas constitui uma atividade jurisdicional e conduz a uma decisão com eficácia jurisdicional.

⁹ na sua formulação a mais radical

Este carácter misto também é comprovado pela eficácia executiva da decisão arbitral (elemento público) e pela limitação da competência do tribunal arbitral à convenção de arbitragem (elemento privado). Esta qualidade jurisdicional também é marcada pelas garantias que a Lei da Arbitragem Voluntária estabelece para o processo arbitral: um processo arbitral só será reconhecido com todos os seus efeitos se cumprir as regras mínimas do processo justo.

A arbitragem é contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função.

- > **Origem Contratual:** porque para um tribunal arbitral ser constituído é preciso que as partes convençionem, através de uma *convenção arbitral*¹⁰, que o seu litígio (atual ou emergente) vai ser resolvido pela arbitragem. Se não houver convenção arbitral, os tribunais arbitrais não têm competência para julgar aquele litígio. A qualidade contratual advém da fonte dos poderes jurisdicionais (que é a convenção arbitral).
- > **Natureza privada:** tribunal formado por privados e, por isso, desprovido de *ius imperi*. Não temos aqui um sistema de juízes público, não é organizado pelo Estado e não tem natureza pública.
- > **Função jurisdicional:** o carácter jurisdicional resulta do conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato.

Esta caracterização é muito importante porque tem consequências no regime da arbitragem e na integração das lacunas da Lei da Arbitragem Voluntária.

3.2.4.2. LAV

A arbitragem voluntária é regida pela Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro. A LAV entrou em vigor em 14 de março de 2012, aplicando-se apenas aos processos arbitrais que se iniciem após essa data. As partes podem acordar na aplicação da nova lei, mas na falta deste acordo será aplicável a LAV 86. Esta regra abrange os processos judiciais que digam respeito às arbitragens instauradas antes de 14 de março de 2012. Uma ação de anulação de sentença arbitral proferida ao abrigo da LAV 86 terá de seguir o regime de anulação da LAV 86, quer em termos materiais (fundamentos da anulação), quer em termos processuais (prazo, competência, regras processuais aplicáveis).

Art. 2º Lei de aprovação da LAV: para as convenções arbitrais celebradas antes de 14 março 2012, continua a ser possível recorrer da decisão arbitral¹¹, caso as partes não tenham renunciado.

3.2.4.3. Espécies de arbitragem

A arbitragem pode ser:

- > **Institucionalizada:** realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara), com carácter de permanência, sujeita a um regulamento próprio. Na arbitragem institucionalizada¹² há dois modelos:

¹⁰Esta caracteriza-se como um negócio jurídico bilateral no qual as partes decidem a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso e atribuem a competência para julgar o litígio ao tribunal arbitral.

¹¹ sendo que o direito ao recurso é revogado como regra supletiva pela nova LAV.

¹²**Decreto-Lei nº425/86, 27 setembro:** regulamenta a arbitragem institucionalizada em Portugal. Determina a necessidade de reconhecimento pelo Ministério da Justiça dos centros de arbitragem institucionalizada.

- i. *Centro funciona apenas como órgão administrativo*, constituindo-se tribunais arbitrais para cada litígio. Os árbitros são nomeados para cada litígio, pelo que há a constituição de um tribunal *ad hoc* para cada processo. É o modelo mais antigo e típico na arbitragem comercial. É este o sistema da Câmara de Comércio Internacional e do London Court of International Arbitration, que inspira os centros de arbitragem na Câmara de Indústria Portuguesa e da Associação Comercial do Porto. Por regra, o centro de arbitragem tem funções muito importantes de secretaria e de decisão antes da constituição do tribunal arbitral e em caso de recusa de árbitros, mas não tem interferência na decisão do caso. A competência é sempre do tribunal arbitral – alguma decisão que seja tomada pelo centro antes da sua constituição é provisória, podendo ser alterada pelo tribunal.
 - ii. Centro de arbitragem funciona como um verdadeiro tribunal instituído, com a sua secretaria e o seu juiz. Neste modelo há só um árbitro, que julga todos os processos entrados no centro. É utilizado nos centros de arbitragem de consumo nacionais, sendo um sistema menos flexível mas adequado a conflitos de baixo valor e de pouca complexidade.
- > **ad hoc**: o tribunal é constituído especifica e unicamente para um determinado litígio. Antes da execução da convenção de arbitragem o tribunal não existe e após o proferimento da decisão arbitral extingue-se¹³.

3.2.4.4. *Convenção arbitral*

É o acordo das partes em submeter um litígio atual ou eventual a arbitragem. Tem natureza contratual, sendo um *negócio jurídico bilateral*.

É a convenção arbitral que determina a jurisdição do tribunal arbitral, i.e., o tribunal arbitral só tem competência quando o litígio que lhe é atribuído está integrado na convenção de arbitragem.

Se houver decisão sobre matéria não incluída na convenção, essa decisão é anulável, por ser proferida por tribunal incompetente (art. 46º-3-a)-iii), LAV).

Como a fonte dos poderes do tribunal arbitral é contratual, este só tem competência se e onde houver contrato. Assim, para que o tribunal arbitral seja competente, é necessário que o litígio em causa esteja contemplado na convenção arbitral.

A convenção arbitral pode revestir 2 modalidades (art. 1º-3, LAV):

- i. **Cláusula compromissória**: é clausula compromissória a convenção que tem por objeto conflitos eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual.
- ii. **Compromisso arbitral**: é compromisso arbitral a convenção que tenha por objeto um litígio atual.

Será que este diploma é necessário? A arbitragem *ad hoc* é controlada apenas pelos tribunais posteriormente à prolação da sentença, ou seja, o controlo é feito casuisticamente. Faz sentido controlar de forma mais intensa a arbitragem institucionalizada?

No art. 62º da LAV estabelece-se a necessidade de autorização governamental para o funcionamento nestes centros, mas com a nota da restrição aos centros constituídos em Portugal.

¹³ O carácter efémero do tribunal arbitral *ad hoc* pode trazer dificuldades, como por exemplo no tratamento da matéria das consequências da anulação da decisão arbitral e também em certos aspetos do princípio da competência da competência.

Assim, **o que distingue as modalidades é a existência ou não da disputa.**

A convenção arbitral pode ser celebrada na pendência da ação judicial, implicando a extinção da ação (art. 208º CPC). Neste caso será um compromisso arbitral e o juiz terá de verificar se o compromisso é válido em atenção ao seu objeto e à qualidade das pessoas.

No entanto, o mais frequente é a inserção deste tipo de cláusulas em contratos. As partes poderão livremente convencionar o que entenderem, dentro das regras imperativas de direito privado.

A **declaração unilateral de adequação prévia** é uma declaração negocial próxima desta. Existe no nosso OJ em alguns centros de arbitragem de consumo e significa uma adesão das empresas ao centro para a resolução de litígios futuros com consumidores. Não é uma cláusula compromissória porque não há contraparte: a vinculação da empresa é uma declaração dirigida a um público não identificado. Estas serão “*meras promessas de celebração de convenção arbitral*”¹⁴:

- sendo unilateral, precisa sempre da *aceitação da parte contrária*, pelo que nunca poderia ter o efeito potestativo normal da convenção de arbitragem
- a derrogação do direito de ação – que a celebração da convenção arbitral implica – só pode verificar-se nos casos em que a lei o permite. A LAV apenas estabelece como convenção arbitral o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, sendo que a adesão prévia com carácter genérico não preenche os requisitos de nenhuma destas modalidades.

Assim, a **declaração unilateral genérica** deve ser considerada como uma mera promessa de celebração de convenção arbitral. Se a parte que aderiu previamente não aceder à celebração da convenção prometida, os efeitos serão puramente obrigacionais.

Esta é uma diferença importante porque o efeito da celebração da convenção arbitral é essencialmente contratual: **a celebração de uma convenção arbitral implica a falta de jurisdição dos tribunais estaduais sobre o caso.**

Se for proposta em tribunal estadual uma ação que tenha como objeto um litígio sobre o qual incida uma convenção arbitral, verifica-se a *exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral*. Esta exceção implica a absolvição do réu da instância e a consequente extinção da mesma, daí que se caracterize a convenção de arbitragem como um NJ processual.

Tal exceção não pode ter lugar quando exista meramente adesão unilateral prévia, pois esta não é uma das modalidades reconhecidas como produzindo esse efeito.

3.2.4.4.1. *Requisitos de validade*

A competência do tribunal arbitral pressupõe uma convenção de arbitragem **válida e eficaz**. Se a convenção for nula, anulável ou ineficaz há incompetência do tribunal, o que é um fundamento de anulação da decisão arbitral.

Em relação à validade da convenção de arbitragem, são aplicáveis as regras relativas aos NJ, especialmente aos contratos, sendo que apenas o que está previsto na LAV ou em legislação específica afasta a aplicação daqueles preceitos gerais.

A **validade da convenção** deve ser analisada de acordo com os seguintes parâmetros:

- i. acordo das partes;
- ii. arbitrabilidade;
- iii. forma e conteúdo;
- iv. autonomia;

¹⁴ de acordo com Dário Moura Vicente, e a professora concorda.

3.2.4.4.2. *Efeito positivo e negativo da convenção arbitral*

A celebração de uma convenção de arbitragem faz nascer um direito potestativo de qualquer um dos subscritores do acordo em constituir o tribunal arbitral. Qualquer um dos contraentes pode dar início ao processo arbitral, obrigando a contraparte a vincular-se às decisões desse tribunal. A recusa de uma das partes em participar no processo não impede o seu prosseguimento, assim como não evita que a parte não participante fique vinculada às decisões do tribunal arbitral.

Cada uma das partes adquire reciprocamente um direito potestativo e uma sujeição:

- > Tem direito a que o litígio fique resolvido por arbitragem
- > Fica assim obrigada se a parte contrária o quiser

Esta força protestativa da convenção de arbitragem é comumente designada como o seu efeito positivo. Mas os efeitos da convenção são levados mais além:

- > Não só a parte interessada em iniciar o processo arbitral pode impor à outra a constituição desse tribunal como pode vedar à contraparte o recurso ao tribunal estadual. Se esta puser ação, poderá invocar a exceção de preterição de tribunal arbitral

O novo CPC introduziu uma nova terminologia, mas sem qualquer alteração do regime da exceção. **A exceção de preterição de tribunal arbitral gera agora incompetência absoluta, mas continua a não ser de conhecimento oficioso, conforme estipula o art. 96º-b) CPC.**

O único problema aqui é de jurisdição: ou quem tem competência para o litígio é um tribunal arbitral e o estadual não pode sequer analisar o caso, ou quem tem competência é o estadual e o processo segue.

Esta questão tem relevância prática uma vez que a *exceção de litispendência*¹⁵ é de conhecimento oficioso e a de preterição do tribunal arbitral não. Assim, se não for invocada a exceção de preterição de tribunal arbitral, o tribunal estadual nada pode fazer. Isto é, o tribunal estadual tem que decidir ou seja, é competente.

Estamos no âmbito da autonomia privada das partes: a não invocação da exceção equivale à *revogação tácita da convenção*, porque as partes escolhem os tribunais comuns.

Relativamente ao **efeito negativo da celebração de uma convenção de arbitragem**, este resume-se a: possibilidade do réu (na ação estadual) impedir que o tribunal estadual aprecie a ação. Colocam-se, porém, dúvidas sobre o âmbito de apreciação desta exceção.

- a) *Quando o juiz analisa a existência e validade da convenção deve analisá-la em profundidade ou somente absolver o réu da instância, assim que a exceção é alegada?*

Para responder a esta questão cumpre referir o **princípio da competência do tribunal arbitral**, nos termos do qual este tem competência para decidir da sua própria competência.

Ora, invocando uma das partes (normalmente a demandada) a invalidade da convenção - e a conseqüente falta de jurisdição do tribunal arbitral sobre qualquer questão relativa ao litígio - poderia questionar-se se a competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre o que quer que fosse, começando, naturalmente, pela sua própria competência.

Não é, porém, esta a regra na arbitragem. Pelo contrário, é desde há muito reconhecida ao tribunal arbitral a competência para se pronunciar sobre a sua própria competência, o que vem sendo referido, em termos sintéticos, como o **princípio da competência da competência**, na sua vertente positiva. Este reconhecimento é, aliás, essencial para que a parte interessada em prolongar a resolução do litígio não consiga desaforar o tribunal arbitral. Esta regra está consagrada no art. 18º-1 LAV.

¹⁵ Invoca-se quando uma matéria já está a ser discutida noutro tribunal. Note-se que, esta é uma exceção dilatória (art. 577º-i CPC). Ver também o art. 580º CPC.

Na sua formulação positiva, o tribunal arbitral tem competência para apreciar a sua própria competência - o princípio da competência da competência não traz dificuldades de interpretação e de aplicação.

Estas surgem, porém, quando se pretende aplicar o efeito reflexo aos tribunais estaduais. Ou seja, a questão que agora existe é saber se esta competência dos tribunais arbitrais de apreciação da sua competência é exclusiva, impedindo, portanto, os tribunais estaduais de apreciarem a competência daqueles.

Antes de mais, cumpre distinguir 3 momentos de apreciação da incompetência:

1. Antes da propositura da ação arbitral
2. Durante a pendência do processo arbitral
3. Depois da prolação da sentença arbitral

Se há dúvidas sobre a validade da convenção de arbitragem, que deve a parte-autora fazer: propor ação arbitral ou estadual?

- > Se optar por ação arbitral, o tribunal arbitral decide se é ou não competente.
- > Se decidir que é competente, qualquer uma das partes pode impugnar a decisão no prazo de 30 dias perante o tribunal da relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem.

Questão controversa na doutrina portuguesa é a de saber se este recurso preclui a posterior impugnação da sentença arbitral com este fundamento. A maioria da doutrina que se pronunciou sobre o tema defenderam que a não impugnação no prazo de 30 dias impedia a posterior invocação do vício em ação de anulação.

As vantagens da obrigatoriedade de imediata impugnação existem em abstrato mas em concreto não. Um regime que permita a opção é, no entender da professora, preferível. Para além de preferível, nada se retira da lei que impeça tal interpretação. É perfeitamente possível retirar do artigo 18º-9 LAV que este se limita a oferecer à parte que alegou a incompetência a possibilidade de recorrer de imediato, não fazendo precluir tal opção caso o faça mais tarde.

Assim, a parte que alegou a incompetência e perdeu pode tomar duas opções:

1. impugnar no prazo de 30 dias a decisão de competência perante os tribunais estaduais
2. esperar pela decisão arbitral e propor então ação de anulação, nos termos do artigo 46º LAV.

A decisão de competência pode ser impugnada com fundamento em:

1. incapacidade das partes;
2. invalidade;
3. inexistência de convenção.

Como se disse, **esta impugnação não tem efeito suspensivo sobre o processo arbitral que pode prosseguir normalmente os seus termos, incluindo proferir sentença** (art. 18º nº 10 LAV).

Se a parte impugnante saiu vencida da arbitragem, total ou parcialmente, e pretender impugnar a decisão arbitral, há que distinguir novamente 2 situações:

- > Se pretender apenas invocar os fundamentos que estão já em discussão no processo de impugnação da decisão de competência, nada mais terá de fazer a não ser esperar por esta decisão. Poderá, por cautela, juntar a sentença arbitral e reforçar o seu interesse na impugnação. Mas não será necessário propor nova ação.

- > Se decidir que é incompetente, a instância arbitral extingue-se se o autor terá de propor a ação em tribunal estadual, sendo que este fica vinculado à decisão de incompetência do tribunal arbitral

A LAV não prevê qualquer impugnação da decisão de incompetência, havendo dúvidas sobre se esta será impugnável:

- ✓ Armando Ribeiro Mendes – defende que não, dado não se preencher nenhum dos fundamentos para anulação elencados no art. 46º da LAV. (professora concorda com esta posição)
- ✓ Sampaio Caramelo – defendeu que sim, na medida em que pode considerar-se haver omissão de pronúncia, já que o tribunal, ao declarar-se incompetente, não se pronunciou sobre questões que deveria conhecer.

Esta posição pode surgir depois de uma primeira decisão do tribunal estadual que julgue procedente a exceção de preterição por não ser manifesta a invalidade da cláusula.

Quanto às dúvidas acerca da **validade da convenção de arbitragem**, se o autor optar por propor ação no tribunal estadual e a parte contrária alegar exceção de preterição de TAV, há que definir a posição do juiz face a esta invocação: pode, pura e simplesmente, declarar a exceção e absorver a instância; ou pode averiguar da existência e validade da convenção de forma exaustiva ou apenas perfunctoriamente (*prima facie*).

Há aqui três níveis possíveis de apreciação:

- 1) Pode defender-se que os TE não devem analisar qualquer questão que possa implicar a incompetência do TA, suspendendo a instância judicial e remetendo o processo para o TA, que tomará a sua decisão.
 - Nesta posição: TA têm competência para apreciar a sua própria competência (com prioridade sobre os TE); TE não têm competência para aferir da jurisdição dos TA antes de proferida a decisão pelo TA.
- 2) Art. 290º CPC – impõe ao tribunal judicial que analise, em toda a sua amplitude, a validade do compromisso arbitral celebrado na pendência da ação.
 - Nesta posição (extremamente oposta à anterior): defende-se que, se esta é a regra para o compromisso arbitral celebrado na pendência da ação, deveria também ser para qualquer convenção de arbitragem.
 - Tribunal judicial averigua com a máxima extensão os requisitos de existência e validade da convenção arbitral (parece ser esta a posição de Teixeira de Sousa).
- 3) O tribunal judicial apenas pode decidir-se pela incompetência do TA superficialmente – apenas nos casos de manifesta nulidade da convenção arbitral. Tratar-se-ia de uma análise *prima facie* da eficácia da convenção.

Nenhuma das soluções apresentadas para este problema é perfeita.

3.2.4.5. Tribunais Arbitrais

3.2.4.5.1. Constituição do tribunal arbitral

Se uma das partes pretende iniciar o processo arbitral, é necessário previamente constituir o tribunal arbitral.

Processo estadual	Arbitragem
Inicia-se com pedidos	Inicia-se com a formação do tribunal arbitral e com a escolha dos 3 ^{os} , privados, que o vão constituir

- > Atualmente, a **notificação para iniciar o processo** arbitral não necessita de delimitar com exatidão o objeto do processo¹⁶, sendo suficiente a matéria que se pretende tratar. A fixação exata do objeto do processo será feita nos articulados ou mais tarde.
- > O **número de árbitros** pode ser 1 ou vários, desde que seja um número ímpar (art. 8º e 10º, LAV). Este nº é fixado na convenção de arbitragem ou em escrito posterior assinado pelas partes.
 - o Se não houver estipulação contratual, o tribunal é composto por 3 árbitros, um designado por cada parte e o terceiro por esses dois (art. 8º/10º).
 - o No entanto, a maioria dos regulamentos dos centros de arbitragem institucionalizadas (CCI, LCIA, CAC) adota, supletivamente, a regra oposta: no silêncio das partes, o tribunal é composto apenas por 1 árbitro.
- > É muito importante que se respeite o **p. da igualdade das partes** em todo o procedimento de constituição do tribunal, que aqui se traduz na identidade da sua influência na constituição do tribunal arbitral.
 - o Esta regra não consta dos art. que regulam esta matéria (art. 6º-11º, LAV), mas a doutrina tem entendido que está subjacente aos mesmos que pode aplicar-se analogicamente do art. 30º-1-b) LAV.
 - o É mais difícil respeitar este princípio em arbitragens com pluralidade de partes, pois havendo um nº de partes diferentes em cada um dos lados da ação, a nomeação de um árbitro por cada uma torna-se impossível. → Acórdão Teleweb¹⁷. Problema regulado no art. 11º, LAV.
 - o Violação do p. da igualdade: gera irregularidade na constituição do tribunal arbitral, por isso é fundamento de invalidade nos termos do art. 46º-3-a)-iv), LAV
- > **E se a contraparte se recusar a indicar o seu árbitro?** Em todos os casos em que falte a nomeação de um árbitro, essa nomeação é feita pelo presidente do tribunal da relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem (art. 10º e 59º-1-a), LAV).
 - o A legitimidade para requerer esta nomeação cabe às partes e não aos árbitros. Trata-se de legitimidade processual, aferida em função do interesse em pedir (art. 30º CPC), e só as partes têm interesse no prosseguimento da ação arbitral.
 - o art. 60º LAV: o pedido de nomeação do árbitro em falta faz-se através de requerimento onde a parte inicia os factos que o justificam. As contrapartes são notificadas, correndo o prazo de 10 dias para se pronunciarem. O tribunal profere depois a decisão, podendo, no entanto, colher ou solicitar outras informações.

¹⁶ ao contrário do que se estabelecia com a antiga LAV

¹⁷ Ac. RL de 18 de maio de 2004, Proc. nº3094/2004-7

3.2.4.5.2. *Sentença arbitral (força e eficácia)*

A sentença arbitral é amplamente regulada pela LAV, que regula aspetos como o critério de decisão ou o prazo, o modo de tomada de decisão por tribunais colegiais ou o conteúdo da sentença.

a) Critério de decisão

Art. 39º LAV: os árbitros julgam segundo o direito constituindo podendo, porém, as partes autorizá-los a decidir segundo a equidade.

- ✓ Esta alteração do critério de decisão tem de ser do conhecimento dos árbitros quando aceitam o encargo, daí o nº2
- ✓ nº3: as partes podem escolher, como critério de decisão, a composição amigável. Assim, podem pedir ao tribunal que decida o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo¹⁸.

3.2.4.6. *Julgados de Paz*

3.2.4.6.1. Onde se inserem na organização judicial portuguesa? Enquadram-se na jurisdição comum?

Não, são autónomos:

- (i) corpo de magistrados autónomos e com diferente formação;
- (ii) órgão de gestão independente, o Conselho de acompanhamento dos julgados de paz;
- (iii) diferente abordagem processual;
- (iv) parece ser este o entendimento do art. 209º CRP, e é nesta linha que existe o acórdão de uniformização da jurisprudência;
- (v) poderia parecer ir contra esta autonomia o facto de existir a possibilidade de recorrer das decisões dos julgados de paz para os tribunais judiciais (art. 62º LJP), no entanto, este recurso é apenas para a 1.ª instância e não para a relação.

- ✓ Comentário FG: estas regras foram criados quando ainda não existiam julgados de paz, e importava ser-se cauteloso. Hoje em dia já parecem estar desatualizadas. Pelo que caberia que em situações de maior valor, os julgados de paz fossem equiparados a tribunais de 1ª instância. As recentes alterações criadas pelos arts. 41º e 59º-3 da LJP, quanto ao requerimento de prova pericial em caso de incidente, vão neste sentido: plena competência dos julgados de paz.

a) há exclusividade ou alternatividade de competência?

O único consenso é o da obrigatoriedade da competência dos julgados de paz, já que ao contrário da arbitragem voluntária, são tribunais públicos e constitucionalmente previstos, com uma jurisdição legal – por ter como fonte a lei, é obrigatória para ambas as partes.

Note-se que, no entanto, as partes podem por convenção excluir a competência dos julgados de paz, na condição de tal ser feito antes da propositura da ação.

R.: é exclusiva - são autónomas -, e supletiva – as partes podem optar tacita ou expressamente por outra jurisdição.

3.2.4.6.2. Quais os princípios?

Art. 2.º Lei 78/2001, 13 de Julho – note-se que o facto de estarem no artigo segundo e não apenas dispersos ou apenas tácitos como é no caso do Código de processo civil, é de extrema relevância: impõe que os preceitos seguintes sejam interpretados conforme estes princípios

¹⁸ Ratio: abrir o âmbito de escolha das partes, num aprofundamento da autonomia privada

(como se fossem de certa forma parâmetros de constitucionalidade). Na prática, a resolução destes princípios é muito recorrente.

- > **P. participação** – parte da posição oposta dos tribunais judiciais: são as partes, as pessoas em melhor posição de resolver o conflito (como aliás se verifica nos outros meios de RAL) tornar o cidadão numa parte ativa do processo (num procedimento judicial a parte é normalmente passiva, não é sequer suposto que as partes comuniquem diretamente com o juiz), com o objetivo de evitar a excessiva formalidade e tecnicidade dos procedimentos judiciais. Na pior das hipóteses, caso as partes não cheguem a acordo, o juiz do juízo de paz pode decidir por sentença.

Consequências:

- Processuais: há dois momentos na criação deste acordo (1) mediação extrajudicial, fase voluntária e (2) conciliação judicial, com o juiz.
 - A motivação para o acordo é mais forte que nos tribunais judiciais, já que a parte não é mera espectadora no desenrolar do seu caso.
- > Princípios relativos ao procedimento, comuns ao processo civil, com exceção do da informalidade
 - P. do estímulo ao acordo;
 - P. da simplicidade;
 - P. da adequação;
 - P. da informalidade;
 - P. oralidade;
 - P. economia processual;

3.2.4.6.3. *E quanto aos critérios de competência territorial e material?*

- > Arts. 8º e ss da Lei dos Julgados de Paz;
- > Valor: não superior a 15.000€;
- > Matéria: art. 9º;
- > Territorial: art. 11º, 12º e 13º.

3.2.4.6.4. *Como se dá a tramitação processual?*

- i. requerimento inicial (art. 43º)
- ii. Citação do demandado (art. 45º), onde se marca logo a pré-mediação (art. 45º-2 LJP), ou se o demandante tiver prescindido dessa fase, do julgamento.

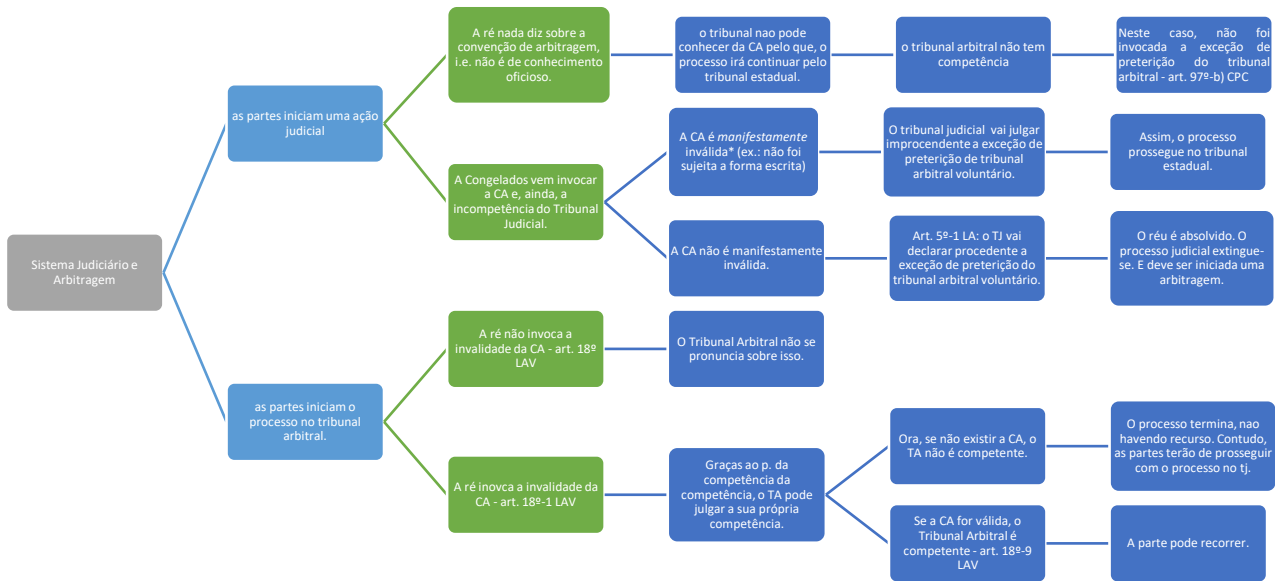
Mediação

- iii. pré-mediação – explica-se em que consiste a mediação + celebração de um acordo (49º) que prove a pré-disposição para resolver o caso.
- iv. mediação
 - a. há acordo -> homologação pelo juiz na presença das partes (56º LJP) – que tem força executiva
 - b. não há acordo -> encaminhamento para julgamento. Corre prazo para contestação pelo demandado (10 dias desde a citação, art. 47º)

Julgamento

- v. juiz faz nova tentativa de resolução do litígio por consenso, através da conciliação. Se não se consegue – é proferida sentença (art. 60º)

3.2.5. Sistema judiciário vs. Arbitragem



**manifestamente invalida*: quando o juiz tem todas as informações necessárias para julgar que a convenção de arbitragem é inválida, então o juiz pode julgar improcedente a exceção. Contudo, se forem necessárias mais provas ou existirem dúvidas jurídicas, o tribunal judicial não deve julgar improcedente a exceção.

3.2.5.1. Na existência de Convenção Arbitral, qual o tribunal competente?

Quando é o tribunal competente?	Tribunal Judicial	Tribunal Arbitral
CA válida	✗	✔
CA inválida	✔	✗

Princípios subjacentes às hipóteses no esquema acima:

- > Princípio de acesso à justiça;
- > Princípio da competência da competência;
- > Princípio da economia processual;
- > Princípio da autonomia privada.

III. Princípios do processo equitativo

Os resultados de cada método (acordo, sentença) têm de ser obtidos através de regras justas e equitativas (*due process*).

O resultado num processo pode ser um acordo ou uma sentença. Ora, para estes resultados serem justos têm de seguir determinadas regras/princípios para chegar ao chamado processo equitativo.

- > Princípios do processo justo.

No filme “Os 7 de Chicago” não foram seguidos os princípios do processo justo, como a imparcialidade do juiz, o facto de um dos réus não ter advogado e entre outros. Deste modo, o resultado foi inadmissível e logicamente, a sentença acaba por ser anulada.

Se existe um enviesamento do juiz, por qualquer razão, prejudicando o julgamento, não é uma situação justa. Note-se que, existem mecanismos pelos quais um juiz pode afastar-se do caso.

1. Processo equitativo - princípios do processo justo

Sede legal: art. 20º-4 CRP (“*mediante processo equitativo*”). A CRP não diz quais são exatamente estes princípios. Contudo, a doutrina tem vindo a construir quais os princípios que integram o processo equitativo.

É também relevante o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pois estabelece que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja devidamente examinada. Assim, já tem mais do que somente o processo equitativo como a referência ao facto de o ter de ser imparcial e equitativo (na CRP encontra-se no art. 203º). Mais, as palavras “*equitativa e publicamente*” estabelecem o princípio da publicidade. Note-se que, este não aparece no nosso programa.

Nos tribunais a audiência é pública. Contudo, a arbitragem (art. 30º-5 LAV) não é pública pelo que, a regra é de que tudo é confidencial, exceto se as partes contrariamente convencionarem.

Assim, os princípios do processo justo são uma criação doutrinária jurisprudencial que ao longo do tempo se vai alterando em função dos mecanismos à nossa disposição.

1.1. Princípio da independência e imparcialidade do terceiro neutro

A independência é relativa ao tema do processo, já a imparcialidade é relativa às partes. Ora, no processos civil existem determinadas regras infraconstitucionais, como os arts. 115º e ss. do CPC, que são importantes. Estes são mecanismos que permitem que qualquer juiz se possa afastar do processo no caso de não puder manter a distância. Isto é, a independência e a imparcialidade.

1.1.1. Figura do mediador

Decisivo no processo de mediação é, naturalmente, o mediador. O mediador é um profissional treinado em mediação, conhecedor da sua filosofia e das suas técnicas, aplicando-as no exercício da sua atividade. A credibilidade da mediação depende do trabalho do mediador: só um mediador capaz pode cativar a confiança das partes, algo que é essencial ao seu trabalho.

A existência de um mediador (terceiro imparcial) traz uma nova dinâmica à discussão entre as partes e neste sentido o mediador constitui um agente de mudança.

1.1.1.1. O que deve este privilegiar?

O mediador deve privilegiar o restabelecimento da comunicação entre as partes, devendo desempenhar um papel de facilitador do diálogo. Este controla o processo, condu-lo, deixando às partes a responsabilidade pelo objeto do litígio. O mediador não aconselha nenhuma das partes nem sequer as duas em conjunto, antes promove uma exploração construtiva dos problemas.

1.1.1.2. Quais os deveres do mediador?

O principal dever do mediador é ser *independente*. A Lei da Mediação consagra no art.7º o princípio da independência, exigindo que o mediador salvguarde a independência inerente à sua função e atribuindo-lhe responsabilidade pelos seus atos.

O mediador deve ser independente e imparcial, no sentido corrente de que não pode ter qualquer interesse pessoal no conflito mediado ou qualquer litigação com as partes.

Mais detalhadamente, refere-se no art. 27º da LM a independência, imparcialidade e a isenção, usando como exemplo circunstâncias que são consideradas relevantes:

- i relações familiares ou pessoais com uma das partes
- ii interesses financeiros diretos ou indiretos

iii atual ou prévia relação profissional com uma das partes

A LM estabelece assim a obrigatoriedade de revelação destes factos suspeitos e, caso os considere capazes de por em risco o exercício da função do mediador, pode efetuar a sua recusa. O mediador pode manter as suas funções apenas se as partes expressamente consentirem.

Nestes casos “*o mediador apenas deve aceitar a mediação (...) se tiver a certeza de estar em condições para a conduzir com total independência e neutralidade, com vista a assegurar a total imparcialidade e se as partes expressamente o consentirem*”. Não é, porém, de todo recomendável que nestas circunstâncias o mediador aceite ou prossiga a mediação, mesmo com a aceitação expressa das partes.

1.1.2. Figura do árbitro

Um dos aspetos centrais do estudo da arbitragem e da contribuição decisiva para a sua credibilidade é a do estatuto do árbitro. O estatuto do árbitro pode ser definido como o conjunto dos direitos e deveres dos árbitros durante o processo arbitral.

A LAV regula esta matéria com atenção e cautela, avançando muitíssimo em relação à sua antecessora.

Os árbitros devem ser **pessoas singulares e plenamente capazes** (art.9º da LAV). Não há quaisquer restrições quanto à área de formação ou quanto a habilitações literárias. O mais frequente, porém, é ser nomeado um árbitro jurista. A lei portuguesa especifica que pessoas coletivas não podem ser árbitros.

A escolha do árbitro(s) é fundamental na arbitragem, é comum a expressão “*a arbitragem é tão boa quanto o árbitro*”. Nem sempre é fácil, porém, esta escolha. Para além das características da imparcialidade e da independência, há outras mais dificilmente controláveis, de eficiência, de competência, de bom senso, de autoridade moral, que são tão ou mais importantes.

O tipo de relação jurídica existente entre árbitros e partes é discutido:

- i. Os defensores da tese contratualista entendem que entre *as partes e os árbitros existe um contrato ou vários contratos independentes entre si*.
 - ii. A tese legalista *nega a existência de qualquer contrato*, defendendo que os árbitros se limitam a aderir à convecção de arbitragem celebrada pelas partes. A questão reflete as dificuldades de caracterização da própria natureza jurídica da arbitragem, se contratual, se jurisdicional, se mista.
- Nenhuma das teses explica inteiramente a relação decorrente do exercício das funções do árbitro.

Em suma, podemos condensar os principais deveres dos árbitros nos seguintes:

- > Imparcialidade;
- > Independência;
- > atuação diligente;
- > confidencialidade.

A primeira obrigação dos árbitros é serem independentes em relação às partes do litígio e ao seu objeto. Convém distinguir independência de imparcialidade, relacionando a primeira com a inexistência de relação entre árbitro e as partes e a segunda com a inexistência de relação entre árbitro e o objeto do litígio. Esta distinção está presente no art. 9º-3 da LAV.

Já o art. 13º da LAV regula o dever de revelação, sob epigrafe “*fundamentos de recusa*”, estabelecendo que o árbitro tem o dever de revelar quaisquer factos ou circunstâncias possam pôr em causa a sua independência ou imparcialidade. Este dever existe no momento do convite para integrar o tribunal arbitral, permanecendo durante todo o processo. Se durante o decurso

do processo arbitral ocorrer algum facto que possa pôr em causa a independência do árbitro, este está obrigado a comunicá-lo às partes e aos demais árbitros.

1.1.3. Figura do juiz e dos tribunais

A independência dos tribunais está prevista no art. 203º. Numa *dimensão interna* a independência afirma-se dentro da própria ordem jurisdicional como uma garantia face aos restantes tribunais, sem prejuízo de existir uma hierarquia entre estes e do dever de acatar as decisões proferidas pelos tribunais superiores em sede de recurso. Numa *vertente externa*, a independência visa proteger os tribunais de qualquer pressão exterior, designadamente dos restantes poderes do Estado.

Entre outros aspetos, a independência dos tribunais pressupõe a existência de um conjunto de garantias destinadas a assegurar a independência dos juízes, tais como a inamovibilidade e a irresponsabilidade, que apenas admitem desvios nos casos previstos na lei, a não sujeição a ordens ou instruções no exercício da função jurisdicional ou a atribuição dos poderes de nomeação, transferência e disciplina (entre outros) a um órgão próprio – o Conselho Superior da Magistratura.

Há uma relação indissociável entre a independência e a imparcialidade dos juízes.

De facto, a imparcialidade visa assegurar a *equidistância do juiz em relação às partes e ao litígio*, o que passa pela independência dos tribunais, mas nela não se esgota. O intuito de salvaguardar a imparcialidade do julgador resulta com particular clareza do regime de incompatibilidades entre o exercício da função de juiz e outras atividades, que conhece reduzidas exceções.

Aquilo que se procura assegurar por este meio é *um exercício livre e descomprometido da função jurisdicional e, para tal, reduzem-se os possíveis focos de pressão externa.*

A circunstância de a Constituição só aludir à imparcialidade a propósito do estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional (art. 222º-5) não significa que a sua tutela esteja restrita a essa hipótese. De facto, a imparcialidade do juiz é uma garantia essencial das partes e da comunidade em geral no que respeita ao tribunal e, como tal, surge como uma exigência do processo equitativo.

Acresce que, numa dimensão externa, a independência do juiz também implica a sua equidistância em relação às partes e ao litígio, já que só assim será possível isolar o julgador de eventuais pressões. Por estas razões, é possível concluir que a *imparcialidade é um direito processual fundamental.*

Resta abordar a questão de saber se a flexibilização judicial da forma processual pode colocar em causa o princípio da imparcialidade. No fundo, há que perceber se o exercício dos poderes de adequação formal pode, numa análise objetiva, comprometer a imparcialidade do juiz.

1.1.4. Independência e imparcialidade: em suma

- > **Árbitro:** art. 9º LAV
 - Quando o árbitro é nomeado, tem a obrigação de revelar FUNDADAS dúvidas – dever de revelação;
 - Possibilidade de recusa.
- > **Mediador:** art. 6º e 7º Lei da Mediação
- > **Impedimento** (115º - não há dúvidas quanto a não independência e imparcialidade; tem a obrigação de se declarar impedido nos termos do 116º, casos muito específicos. Também podem ser as partes a pôr suspeição ao juiz, depois dá-se uma avaliação ≠ **suspeições** (119º e ss)

- > Grande intimidade ou grave inimizade.
- > É com maior frequência que os árbitros têm de se recusar, visto que habitualmente têm uma vida profissional mais ativa.

Princípio da igualdade - art. 13.º CRP + art.4.º CPC - igualdade formal e substancial.

1.2. Princípio do juiz natural

Esta é a regra de acordo com a qual o juiz é atribuído a um caso de modo aleatório e, com isso, não pode o juiz ter sequer a possibilidade de manipular a decisão num caso concreto. Assim, é uma forma de tentar impedir a manipulação de um juiz. Hoje em dia, é feito de forma eletrónica, não havendo mesmo ninguém que atribua um determinado processo a um juiz.

Ora, esta é a vertente positiva da garantia da imparcialidade dos juízes impedindo que os juízes escolham os casos que vão julgar garantindo um processo justo

No que toca à arbitragem, este princípio não existe mas existe a necessidade de haver independência e imparcialidade pelo que, não há nenhuma aleatoriedade na escolha do juiz. Neste sentido, as partes podem escolher os árbitros e o juiz presidente é escolhido pelos árbitros. Contudo, as partes também têm influência na escolha do juiz presidente. Ora, não se considera esta situação injusta, pois ambas as partes têm poder na escolha de um arbitro e podem ainda validar o presidente, estando em é de igualdade.

1.3. Princípio da igualdade das partes

A Constituição consagra o princípio da igualdade perante a lei (art. 13º) e inclui o contraditório entre as garantias do arguido no processo penal (art. 32º-5). No entanto, o princípio da igualdade processual não decorre explicitamente do texto constitucional e o mesmo acontece, quanto ao processo civil, com o princípio do contraditório.

1.3.1. Igualdade Processual

A igualdade processual (ou igualdade de armas) é um dos princípios estruturantes do processo civil. De acordo com o art. 4º do CPC, *“o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”*.

Num primeiro momento, a análise deste princípio suscita a questão de saber se a igualdade no processo passa apenas pela tendencial identidade de meios processuais e das sanções e cominações aplicáveis às partes (igualdade intraprocessual) ou se implica também a correção de desigualdades fácticas entre as partes, decorrentes de fatores extraprocessuais como, por exemplo, a diferente condição económica.

A análise doutrinária permite-nos concluir que **o princípio da igualdade processual tem em vista uma igualdade intraprocessual**, ou seja, impõe que as partes disponham de meios processuais idênticos e estejam sujeitas às mesmas sanções e cominações sempre que estejam numa posição equiparável no processo. Além de um tratamento idêntico para situações idênticas, o princípio da igualdade postula ainda um tratamento distinto para situações distintas. Nas palavras do Tribunal Constitucional, este princípio proíbe quer “as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem justificação razoável” quer “que se tratem por igual situações essencialmente desiguais”.

Assim, **a igualdade processual é compatível com a atribuição de meios processuais diferentes a uma das partes ou com a aplicação de sanções e cominações distintas em face da mesma conduta processual desde que exista uma razão objetiva para o tratamento diferenciado**. Nestes casos, a desigualdade formal deve ser acompanhada de mecanismos que permitam restabelecer o equilíbrio entre as partes e, assim, assegurem o “estatuto de igualdade substancial” exigido pelo art. 4º do CPC.

1.3.2. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está interligado com o princípio da igualdade. Isto porque é uma manifestação do próprio p. da igualdade.

O princípio do contraditório está consagrado, em termos gerais, no art. 3º do CPC - visa assegurar que as partes têm a possibilidade de influenciar a decisão nos seus aspetos fácticos (o que inclui a respetiva prova) e jurídicos. Para que o princípio do contraditório tenha uma aplicação efetiva, é, desde logo, necessário que a ação seja levada ao conhecimento do réu. Assim se compreende a relevância que a lei atribui à citação (art. 219º, nº 1 do CPC).

Este princípio define-se como **garantia da efetiva participação das partes e da sua capacidade de influenciar a decisão do juiz**. É contraditório no sentido de, em igualdade, as partes poderem influenciar a decisão do juiz. Assim, este princípio dá às partes o direito de se pronunciarem sobre todas as questões relevantes do processo. Neste sentido, este princípio é essencial para que possa existir um processo justo. Mais, é relevante que as partes tenham a oportunidade de falar seja sobre o que for, permitindo que se pronunciem de modo a poder influenciar o juiz. Ora, este princípio em arbitragem, por exemplo, é uma regra sagrada fundamental para a anulação da sentença arbitral (art. 30º LAV).

Art. 30º da LAV: o p. do contraditório é aqui assegurado. Na arbitragem não há regras do processo na lei, são as partes que o estabelecem. Assim, a lei diz que as partes o podem fazer. Contudo, impõe as regras do processo justo. O ponto de partida é diferente. Contudo, ambos os processos (judicial ou arbitral) devem ser justos, cumprindo os princípios do processo equitativo pelo que, uma sentença judicial ou arbitral que não cumpra tais princípios é nula.

A *participação efetiva das partes* deve ser realizada em três partes, sendo esta uma interação entre juizes e partes, as chamadas “dimensões”:

- i. **Alegação dos factos;**
- ii. **Prova dos factos** – provar como testemunhal, documental etc.; - *provas pré-constituídas (gravação do zoom)* e a constituir (testemunhos de alunos).
- iii. **Alegação do Direito** – junto do tribunal irei argumentar para que determinada posição jurídica seja a correta.

É importante percebermos estas 3 dimensões pois vão ter planos de atuação diferentes, temos aqui uma interação destas 3 coisas com regras e formas para fazer cada uma delas

1.3.2.1. Arresto – exceção ao p. do contraditório

Há uma exceção ao p. contraditório: o **arresto**. Há uma providência cautelar que vai ser tomada sem que uma das partes seja ouvida - estando a fase ii. (prova dos factos) em causa. A partes têm o direito de apresentar provas em condições de igualdade sem restrições excessivas.

O arresto é uma providência cautelar que permite a apreensão judicial de bens do devedor e a escusa de audiência prévia da parte contrária justifica-se pela urgência de proteção da garantia patrimonial.

1.4. Princípio da legalidade do conteúdo da decisão

1.4.1. Jura Novit Curia

Na decisão final, o juiz tem de “*indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes*” aos factos previamente considerados provados (art. 659º-2).

Art. 202º, nº 2 da CRP – “*Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*” - sofre a exceção decorrente da admissão do julgamento de equidade e permite, em certas circunstâncias, a

remissão, pelas partes, para o direito estrangeiro (art. 41º CC), mas não a remissão para outro quadro de princípios de decisão.

O conhecimento oficioso da norma jurídica tem como limite os casos em que a lei substantiva torna dependente da vontade do interessado a invocação de um direito ou de uma exceção, bem como aquele em que a lei processual coloca na exclusiva disponibilidade da parte a invocação da falta de um pressuposto, do vício de um ato processual ou da extinção dos efeitos de um ato. Trata-se de casos em que a declaração do interessado constitui um elemento da previsão da norma virgula sem o qual o seu efeito não se produz.

Por outro lado, o conhecimento oficioso da norma jurídica está dependente da introdução na causa dos factos aos quais o tribunal a aplica, devendo sempre distinguir-se o plano dos factos, em que vigora, mesmo em matéria de direito processual, o princípio dispositivo, e o plano do direito, em que a soberania pertence ao juiz, sem prejuízo ainda, no que ao direito material se refere, de o conhecimento oficioso se circunscrever no domínio definido pelo objeto do processo.

2. Prazo Razoável

O entendimento do direito de acesso à justiça como direito efetivo à jurisdição implica ainda que a resposta judicial à pretensão deduzida tenha lugar em **prazo razoável**, pois uma decisão ou uma providência executiva tardia pode equivaler à denegação de justiça¹⁹. Embora se trate prevalentemente de atender ao interesse do autor, também o interesse do réu em não ver indevidamente prolongada a situação de indefinição/ameaça é atendível.

Por isso, o art. 6º-1 da CEDH exige que a causa proposta seja examinada em prazo razoável, preceito que veio a ser consagrado no art. 20º-4 da CRP em 1977.

O prazo razoável conta, em processo civil, desde a data de propositura da ação até ao termo do processo, mas pode mostrar-se excedido no decurso deste, nomeadamente quando ele se mantenha por um período significativo completamente parado. A sua duração só *em concreto* pode ser apreciada, tidas em conta as circunstâncias do caso, sendo de atender, designadamente:

- i. *à complexidade da causa*, como o número e complexidade das questões de facto, a dificuldade das questões de direito, o volume do processo e a quantidade de provas a produzir;
- ii. *aos interesses em jogo*: tem sido exigido uma especial diligência em matérias de estado e de capacidade das pessoas, bem como de contrato de trabalho.
- iii. *à contribuição que as partes possam ter dado para a demora do processo*: ao queixoso é exigido que tenha tido “diligência normal” na ativação do processo.

Ora, a duração dos processos judiciais nos tribunais portugueses ultrapassa frequentemente o prazo razoável. Está, porém, hoje geralmente espalhada a compreensão da necessidade de o respeitar. Neste sentido, o CPC de 2013 determina que o órgão com competência disciplinar seja mensalmente informado dos casos, discriminados, em que mostrem decorridos:

- i. 3 meses sobre o termo do prazo para a prática de ato próprio do juiz (art. 150º-4 e 5);
- ii. 10 dias sobre o termo do prazo para a prática de ato próprio da secretaria (art. 162º-4 e 5).

¹⁹ Relembre-se que constitui denegação de justiça a falta de resposta à pretensão, i.e., na ação declarativa a não pronúncia da decisão de mérito e na ação executiva a não efetivação das providências executivas, quando se verifiquem os pressupostos processuais. Mais, o tribunal não pode abster-se de julgar (art. 8º-1 CC).

Mais, a progressiva valoração da celeridade processual não deve, porém, levar a subalternizar, como por vezes entre nós se verifica, a necessária maturação e a qualidade da decisão de mérito, com o inerente desvio da função jurisdicional.

2.1. Decisão em prazo razoável

À semelhança daquilo que sucede em outros OJ, a duração dos processos judiciais é um aspeto problemático em Portugal. É maioritária a perceção negativa da celeridade da Justiça e muitas vezes são destacadas as regras processuais como a principal causa para a lentidão do processo. Acresce que, desde a retificação da CEDH por Portugal (em 1978), o TEDH já condenou o estado português por 142 vezes com fundamento na inobservância a prazo razoável para a decisão.

Ora, a revisão constitucional de 1997 introduziu a garantia de decisão em prazo razoável no texto constitucional (art. 20º-4), pelo que não subsistem dúvidas de que estamos perante um direito processual fundamental. Este direito consta, de igual modo, do art. 2º-1 do CPC.

A CRP não enuncia qualquer critério que permita densificar o conceito de prazo razoável para decisão. Uma parte da doutrina recorre aos critérios enunciados pela jurisprudência do TEDH – a complexidade do processo, a conduta da parte e das autoridades nacionais e a relevância dos interesses envolvidos para a parte.

Desta forma, a razoabilidade do prazo para decisão varia em função de diversos elementos que apenas podem ser aferidos em concreto, como o número de partes, as diligências de prova a realizar e a extensão das questões controvertidas ou a conduta das partes e do próprio tribunal durante o processo. O conceito de “decisão em prazo razoável” (art. 20º-4) é, pois, indeterminado, já que a sua concretização depende das particularidades do caso.

Ora, foram tomadas algumas opções nas reformas do processo civil das últimas décadas com vista em tornar o processo mais célere. Algumas dessas opções foram o reforço dos poderes de direção do processo pelo juiz e a tendencial centralização dos atos de saneamento e de condensação numa audiência realizada na fase intermédia do processo.

No entanto, a duração razoável do processo é apenas um entre vários direitos processuais fundamentais. A necessidade de compatibilizar com outros direitos processuais fundamentais já foi realçada, em mais do que uma ocasião, pelo Tribunal Constitucional.

De acordo com JPPF, a abordagem mais correta quando seja necessário proceder a uma compatibilização entre vários direitos processuais fundamentais passa por uma análise em concreto que permita ter em conta as particularidades de cada caso. Assim, não é possível afirmar, em abstrato, que o direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável deva prevalecer sobre outros direitos processuais fundamentais, da mesma forma que não nos parece adequado concluir pela prevalência genérica de outros direitos processuais fundamentais (como o contraditório ou a fundamentação das decisões judiciais) sobre a decisão em prazo razoável.

Contudo, em sentido contrário, o autor *Ronnie Preuss Duarte* afirma uma tendencial primazia de certos direitos processuais fundamentais sobre o direito à duração razoável – como o contraditório ou o acesso à justiça em sentido estrito. Assim é porque, de outra forma, estaria afetada, com grande gravidade. A própria teleologia do processo, qual seja a aptidão para a prolação de uma decisão justa.

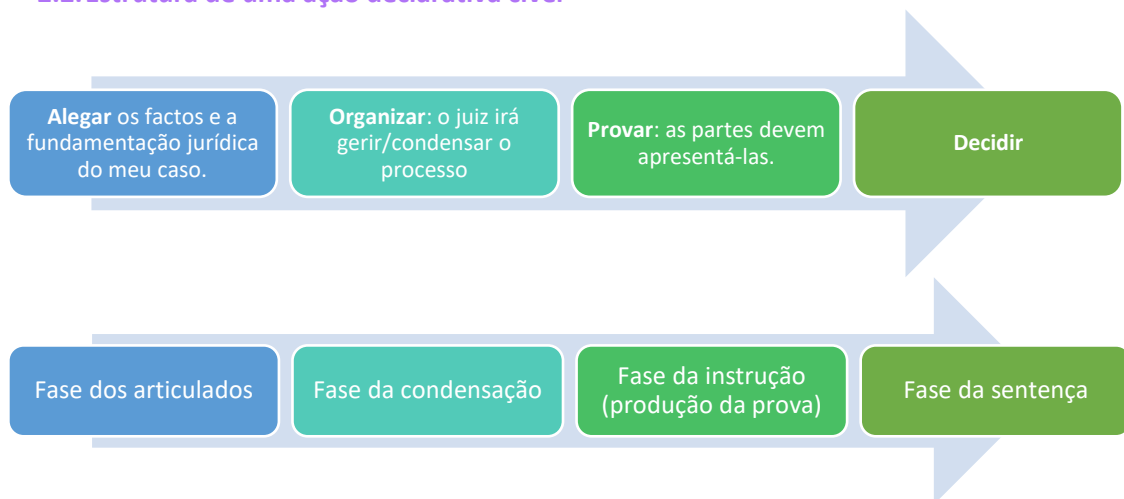
Mais além, o princípio da gestão processual concretiza-se na atribuição de poderes de direção do processo ao juiz. No domínio específico da adequação formal, esses poderes destinam-se a permitir que o juiz atue ao nível da tramitação e da forma e conteúdo dos atos processuais com o intuito de os ajudar às especificidades da causa e ao fim que visam atingir e, deste modo salvaguardar os direitos processuais fundamentais. Assim, é possível concluir que **os poderes de adequação do processos não têm como principal escopo a celeridade processual.**

No entanto, é certo que, em muitos casos, a adequação formal contribui para acelerar o processo dado que permite dispensar atos ou formalidades previstas na lei (quando tenham utilidade reduzida ou a respetiva finalidade possa ser alcançada por outro meio), substituir esses atos e formalidades por outros mais eficientes em função das circunstâncias do caso ou ainda alterar o seu conteúdo.

Pelo contrário, a adequação do processo pode conduzir também, por exemplo, a uma desaceleração da marcha processual.

Por fim, a articulação entre o direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável e os restantes direitos processuais fundamentais é, pois, uma constante também no domínio da adequação formal.

2.2. Estrutura de uma ação declarativa cível



Alegar: fase dos articulados
(arts. 552º a 589º CPC)

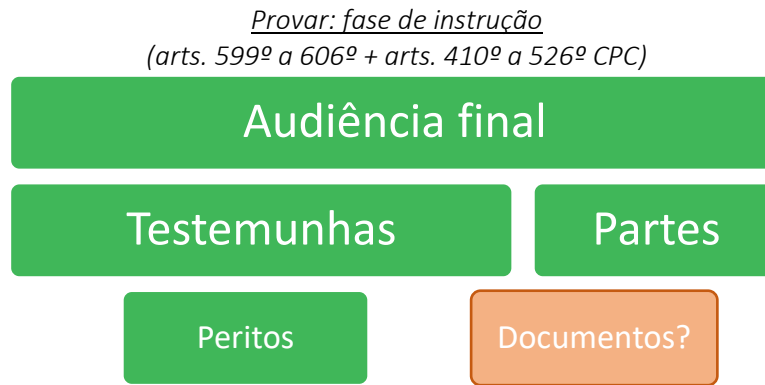


- > O réu tem um prazo geral de 30 dias para contestar;

Gerir: fase da condensação
(arts. 590º a 598º CPC)



- > O despacho pré-saneador convoca para a audiência prévia e irá dizer quais os temas que iram estar presentes, dando origem ao despacho saneador. Muitas vezes demonstra as questões que ele pretende discutir e, ainda, se existe algo em falta.
- > A audiência prévia é o momento chave desta fase. Esta serve para organizar o processo. O juiz irá analisar se o caso tem fundamento para prosseguir. No caso de não ter fundamento o processo acaba com o saneador sentença.
- > Se não for o caso, ou seja, se não houver motivo para o processo terminar o tribunal vai neste momento dizer “há um litígio, há factos que as partes concordam pelo que, não é preciso mais prova”.



- > Aqui iram ser demonstradas as provas que iram ser produzidas oralmente em tribunal.
- > Os documentos já estão no processo desde o momento inicial. Só poderão ser apresentados aqui documentos se forem supervenientes ou seja, que surjam neste momento.

Decidir: fase da sentença
(arts. 607º a 626º CPC)



Notas:

- ✓ Os tribunais todos os anos param uma semana na páscoa, no natal e no verão. Está previsto na lei as chamadas férias judiciais.

3. Licitude da Prova

3.1. Normas relevantes

3.1.1. Art. 32º-8 CRP (garantias de processo criminal²⁰)

São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

- **Ratio:** os interesses do processo criminal não se sobrepõem à dignidade humano (art. 1º CRP) e aos princípios fundamentais de um Estado de direito Democrático (art. 2º) → daí ser nulidade e não uma mera irregularidade.
- **A interdição pode ser:**
 - i. Absoluta – casos de direito à dignidade pessoal.
 - ii. Relativa – nos restantes casos.
 - iii. Abusiva
 - a) quando efetuada em casos não legalmente previstos e sem intervenção judicial (art. 34º-2 e 4);
 - b) quando desnecessária ou desproporcionada;
 - c) quando aniquiladora dos próprios direitos (art. 18º-2 e 3).

²⁰ vai se aplicar analogicamente esta norma ao processo civil.

- Exs: polígrafo, utilização de fichas clínicas, gravação de conversações privilegiadas, provas obtidas mediante ameaças de medidas legalmente inadmissíveis – *provas ilícitas* (em processo civil).
- Artigo densificado no 126.º CPP.

3.1.2. Art. 147º CPC (definição de articulados)

1 - Os articulados são as peças em que as partes expõem os fundamentos da ação e da defesa e formulam os pedidos correspondentes.

2 - Nas ações, nos seus incidentes e nos procedimentos cautelares, havendo mandatário constituído, é obrigatória a dedução por artigos dos factos que interessem à fundamentação do pedido ou da defesa, sem prejuízo dos casos em que a lei dispensa a narração de forma articulada.

3.2. A prova ilícita em processo civil: em busca de linhas orientadoras - Miguel Teixeira de Sousa

- Assunto: provas que são ilícitas simplesmente por causa da forma (ilícita) como são obtidas. De uma forma ampla, podemos. MTS denomina-as de prova proibida.
- *Prova inadmissível ≠ Prova proibida.*

Inadmissibilidade decorre de um **vício processual** (ex: 496º CPC, 497º-2 CPC, 511º CPC). Proibida quando é ilegal em si mesma, há uma ilicitude material – seja porque é obtida por um método proibido (art. 32º-8 CRP, 417º-3-a) e b); 490º-1 CPC); seja porque incide sobre um tema proibido (417º-3-c), e 4 CPC).

- Problemática da aplicação analógica do 32º-8 ao processo Civil. Esta é uma norma materialmente excecional, e por isso, de acordo com o art. 11º CC, insuscetível de aplicação analógica. No entanto, ao aplicar esta regra a este art. 32º há dois problemas:

- 1) Perigoso do ponto de vista prático – se não se pode aplicar analogicamente, por ser excecional, isto significaria à contrario sensu que estes casos previstos no nº 8 só são ilícitos no direito penal, o que não faz sentido. Poder-se-ia responder que a ilicitude dessas práticas não fica desprotegida por que se encontram consagradas noutros lugares da lei (ex: 1º, 25º, 26º, 34º CRP), no entanto isso significa que então este n.º8 nada tem de materialmente excecional. Esta norma deveria ser considerada apenas especial (dado ter um campo de aplicação específico – proteger a privacidade) no âmbito do processo penal. Ora, ser especial não impede a analogia.

Para além do mais, num quadro constitucional como o nosso, que se prima pela proteção dos direitos fundamentais será que faz sentido que uma norma que protege estes mesmos direitos seja excecional?

- 2) Inconsequente na perspetiva da construção doutrinária – há um paralelismo textual com o art. 417º-3-a) e b) CPC, seria muito estranho dizer-se que o previsto nesta prova nada tem a ver com esta temática da prova ilícita – a ilicitude da prova justifica, segundo o disposto neste artigo, a legitimidade da recusa da colaboração.

4. Gestão Processual e adequação formal

4.1. Dever de gestão processual – art. 6º CPC

Um dos aspetos que tem marcado a evolução do processo civil português nos últimos 2 séculos consiste no reforço dos poderes de direção do processo pelo juiz. Os poderes de direção do processo, na sua dimensão formal²¹ ou material²², têm como objetivo a justa composição do litígio em prazo razoável.

P. da gestão processual (art. 6º CPC): reúne uma parte substancial dos poderes de direção formal do processo pelo juiz. Compreende o poder de recusar atos e diligências impertinentes ou dilatórias, o poder de adotar mecanismos de simplificação e agilização processuais e o poder de suprimimento da falta de pressupostos processuais sanáveis.

O exercício da gestão processual corresponde a um dever do juiz, pois esta é um poder funcional. Este poder é atribuído ao juiz com a finalidade de tutelar os interesses das partes e o interesse público na boa administração da Justiça, pelo que o juiz tem um dever de o exercer sempre que se verifique o condicionalismo previsto na lei.

RATIO: justa composição do litígio em prazo razoável.

O p. da gestão processual veio ocupar o “*poder de direção do processo*” (art. 265º-1/2 do CPC). Esta opção não visa a redução dos poderes de direção do processo do juiz, mas sim salientar a necessidade de esses poderes serem exercidos numa lógica de proximidade e de cooperação com as partes.

4.2. Adequação Formal – art. 547º CPC

A adequação formal traduz-se em poderes atribuídos ao juiz para adequar a forma processual ao caso concreto.

Atualmente, a forma legal aplicável a qualquer ação declarativa a que não corresponda um processo especial é a mesma, independentemente do valor, da complexidade ou do pedido (art. 548º). Esta opção aponta para a atribuição ao juiz de poderes acrescidos de adequação do processo, que lhe permitam ajustar a tramitação processual às particularidades da causa e a forma e conteúdo dos atos processuais à sua finalidade.

Porquê? Porque a existência de uma forma processual única potencia o risco de desadequação das regras processuais ao caso concreto, pelo que importava reforçar os poderes de flexibilização judicial das formas processuais.

Relativamente ao CPC, a adequação passou a incluir, de forma expressa, a forma e o conteúdo dos atos processuais e deixou de depender da desadequação da forma legal às particularidades do caso (547º). A ênfase passou a estar na adoção da forma processual que se revele mais adequada e eficiente face às especificidades do caso concreto.

A lei aponta para a iniciativa exclusiva do juiz nesta matéria devido à lógica da adequação formal, ou seja, devido a esta ser uma das dimensões do princípio da gestão processual (na sua vertente de simplificação e agilização). Por outras palavras, o poder de adequação formal é um instrumento de que o juiz se serve na direção ativa do processo, pelo que o art. 547º se foca neste aspeto. Mas a adequação formal também pode partir da iniciativa das partes, pois estas devem também concorrer para a justa composição do litígio em prazo razoável (p. cooperação art. 7º, nº1).

²¹ intervenção ao nível de aspetos como o impulso subsequente do processo, as formas processuais ou o suprimimento da falta de pressupostos processuais, o que pode ter efeitos indiretos no mérito da causa

²² pressupõe uma atuação diretamente voltada para o mérito da causa.

No entanto, as partes não podem, na generalidade dos casos, por sua livre iniciativa, alterar o formalismo processual: o facto de este também visar tutelar interesses públicos leva a que a última palavra seja do juiz.

A adequação do processo compreende:

- > a simplificação da forma legal – quando envolve a dispensa de atos processuais ou de formalidades enunciadas na lei
- > a densificação da forma legal – quando se traduz no aditamento de atos ao guião do processo ou na prática de atos com um conteúdo adicional em relação ao previsto na lei
- > a alteração do momento em que o ato deve ser praticado – no caso da tramitação processual.

O CPC tem regras que preveem a adequação do processo em domínios específicos, concretizando a cláusula geral do 547º (ex.: 511º-4, 593º-1, 597º)²³.

4.2.1. Fundamento e limites da adequação formal

Adequação formal é um instrumento para evitar que a aplicação de regras processuais desajustadas ao caso concreto possa pôr em causa os direitos processuais fundamentais.

Esses direitos balizam a atuação do juiz neste âmbito, na medida em que *delimitam o perímetro dentro do qual a adequação é admissível*. Ou seja, a variação da forma legal, ainda que justificada pela proteção de determinado direito processual fundamental, tem de respeitar os demais direitos com tutela constitucional.

Assim, quando a adequação formal envolver a eliminação de atos previstos na lei (como a audiência prévia ou as alegações finais), importa assegurar que a preocupação com a duração do processo não é sobrevalorizada face a outros direitos processuais fundamentais, como o princípio do contraditório.

4.2.2. Adequação formal do processo declarativo em 1ª instância

Existem 2 modelos de regulamentação das formas processuais

1. **Modelo da legalidade das formas processuais** (assente numa forma legal que não pode ser alterada em função do caso concreto)
 - Entre a aprovação do CPC de 1876 e a reforma de 95/96, a tramitação do processo encontrava-se prevista na lei e era caracterizada pela rigidez;
 - **Vantagens:** previsibilidade dos trâmites processuais e redução do risco de arbítrio judicial (segurança jurídica);
 - **Desvantagem:** não assegurar a adequação das regras processuais ao caso concreto, o que podia levar que as regras processuais não fossem adequadas à causa. A legalidade das formas pode levar a uma sobrevalorização do papel das regras processuais quando estas devem apenas ser um instrumento para a salvaguarda dos direitos substantivos e interesses legalmente protegidos das partes.
2. **Modelo da liberdade das formas processuais** (abdica da previsão, em abstrato, de uma forma processual, optando pela definição casuística das regras aplicáveis)
 - Cabe ao juiz determinar, em cada caso, quais serão as regras processuais aplicáveis;

²³ Discussão doutrina: esses preceitos são exemplificativos ou limitam a adequação que seria admissível ao abrigo do 547º?

- Apesar de as reformas processuais a partir de 95/96 terem caminhado no sentido da progressiva flexibilização das formas de processo, a lei prevê a forma processual que será aplicável por regra, i.e., sempre que as particularidades do caso não determinem o seu afastamento. Assim, o processo civil pt sempre se afastou de um modelo assente na liberdade das formas.
- **Vantagem:** adaptabilidade das regras processuais às particularidades do caso concreto;
- **Desvantagens:** problemas de segurança jurídica, devido à imprevisibilidade, de igualdade (aplicação de regras diferentes a casos semelhantes) e de imparcialidade do juiz.

Assim, têm surgido mecanismos de flexibilização das formas processuais que procuram conjugar alguns dos aspetos essenciais destes modelos: por um lado, assentam na existência de uma forma legal, prevista em abstrato; por outro lado, admitem a sua flexibilização em função do caso concreto, por acordo das partes ou decisão judicial. No fundo, a forma legal visa assegurar um certo grau de previsibilidade do processo mesmo antes da propositura da ação (dado que a regra consiste na aplicação das regras processuais que a compõem); mas essa forma pode ser alterada sempre que tal se revele necessário, o que permite temperar a rigidez do sistema.

4.2.3. Mecanismos de flexibilização voluntária e judicial das formas de processo

4.2.3.1. Flexibilização voluntária

- Permite-se a determinação das regras processuais em concreto, com base num acordo entre as partes, aproveitando-se o maior conhecimento que estas têm quanto às particularidades do litígio
- Preocupações: é necessário assegurar que as regras processuais acordadas pelas partes não colocam em causa interesses de que estas não possam dispor; o consenso na definição das regras processuais aplicáveis pode ser difícil de alcançar após o surgimento do litígio, pois as partes tendem a assumir posições incompatíveis e a comunicação é limitada
- A nossa lei processual atribui uma relevância reduzida aos mecanismos de flexibilização voluntária, devido à ideia de que a maioria das regras processuais são imperativas, pois visam salvaguardar interesses públicos subjacentes ao exercício da função jurisdicional.

4.2.3.2. Flexibilização judicial

- Na adequação judicial do processo a última palavra cabe ao juiz, sem necessidade de acordo das partes. No entanto, o p. do contraditório determina a audição previa das partes quanto à adequação formal projetada e, assim, garante a sua participação na decisão.
- Vantagem: a adequação da forma processual ao caso concreto não ficar na exclusiva dependência de acordo das partes.

Se as partes não chegarem a acordo e o juiz não puder adaptar as regras processuais ao caso concreto, pode dar-se a aplicação de uma forma processual desadequada ao caso ou menos eficiente, o que pode pôr em causa as garantias processuais e a justa composição do litígio.

4.2.3.3. Papel do juiz no processo civil

Quanto ao papel do juiz no processo civil, a existência de uma cláusula geral que permita ao juiz afastar a forma prevista na lei quando esta seja desajustada ao caso ou exista uma forma alternativa mais eficiente implica que lhe sejam atribuídos importantes poderes de direção formal do processo. Do ponto de vista das garantias das partes no processo, importa não esquecer que a forma legal visa assegurar a previsibilidade do processo.

Esta modalidade de flexibilização implica então a atribuição de poderes de direção formal do processo ao juiz → objeções da doutrina:

- autoritarismo refletiu-se no processo civil, no surgimento de modelos processuais assentes na prevalência do interesse público
- essa instrumentalização do processo conduziu a uma deslocação do centro gravitacional das partes para o juiz, concretizada por meio de poderes de direção formal e material do processo.

O autor não concorda com a ideia de que um modelo processual que atribua poderes de direção ao juiz apresente uma componente autoritária. Para ele, o que importa e a forma como são exercidos os poderes de direção e a sua finalidade: surge então, neste contexto, e como uma 3ª via, o **modelo cooperativo**.

4.3. Recorribilidade dos despachos de adequação formal

4.3.1. Decisões que admitem recurso

art. 627º-1: regra = recorribilidade das decisões judiciais

- > 629º: limita as decisões recorríveis em função de critérios quantitativos;
- > 630º: afasta a recorribilidade de alguns tipos de despachos;
- > regras dispersas no CPC que, em concreto, determinam a irrecorribilidade de certas decisões.

- ✓ Serão recorríveis todas as decisões que não sejam abrangidas por uma regra que afaste o recurso em razão do valor, da natureza da decisão ou do respetivo objeto.

4.3.2. Decisões que não admitem recurso²⁴

art. 629º, nº1 – critério quantitativo, a decisão apenas admite recurso...

- > ...para o TRelaboração quando a ação tenha um valor superior a 5000€ + a sucumbência²⁵ exceda 2500€ (art. 44º, nº1 LOSJ + art. 629º, nº1 CPC)
- > ...para o STJ: quando a ação tenha um valor superior a 30 000€ + a sucumbência exceda 15 000€ (art. 44º, nº1 LOSJ + art. 629º, nº1 CPC)

Exceções: 629º, nº2, al. a) (exemplo)

4.3.2.1. Despachos de mero expediente

art. 152º, nº4: a sua única finalidade é impulsionar o processo, não interferem nas situações jurídicas processuais das partes. Assim, não admitem recurso (630º-1).

Nota: o despacho que introduza uma variação na forma legal não pode ser qualificado como de mero expediente, pois extravasa o “andamento regular do processo”. Desta forma, despachos

²⁴ (Como a adequação formal se concretiza através de despachos e não de sentenças, só se analisará a recorribilidade dos despachos).

²⁵ valor da sucumbência = medida em que a decisão é desfavorável à parte.

de mero expediente são aqueles que se limitam a impulsionar o processo de forma inteiramente coincidente com o previsto na lei e, portanto, sem afetar as situações jurídicas das partes no processo.

4.3.2.2. Despachos proferidos no uso legal de um poder discricionário

art. 152º-4: são aqueles que “decidam matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador”
→ esta definição compreende todas as situações que a lei apele a valorações subjetivas por parte do juiz

Para delimitar este conceito, a doutrina adota uma abordagem casuística.

- > el. literal: verbo “poder” → doutrina qualifica como discricionário os poderes do art. 569º-5, do 594º-1...; verbo “incumbir” → poder vinculado é o caso do art. 590º-4
- > Há casos em que o el. literal deve ceder perante outros dados interpretativos, como, por ex., quando o poder surgir como uma concretização de uma cláusula geral (como é o caso dos poderes instrutórios), deve dar-se relevância à teleologia da cláusula.

Regime: os despachos proferidos no uso de um poder discricionário:

- não produzem caso julgado formal, pelo que o juiz pode alterá-los ou revogá-los em momento posterior (art. 620º, nº2)
- não admitem recurso (art. 630º, nº1). Mas esta regra só tem em vista os despachos interlocutórios de natureza processual (os que não envolvam apreciação do mérito da causa). Mesmo nesses casos, os despachos admitem recurso em 2 situações:
 - quando o poder não tenha sido exercido nos moldes e com a finalidade prevista na norma habilitante – art. 152º, nº4
 - quando esteja em causa o bloco da legalidade, que é composto pelos direitos processuais fundamentais e restantes princípios estruturantes do processo

Antes do CPC 2013, a ausência de uma regra especial quanto à recorribilidade dos despachos de adequação formal e de gestão processual gerava uma incerteza considerável quanto ao regime a aplicar. Atualmente, temos o:

Art. 630º, nº2: estabelece a irrecorribilidade genérica dos despachos de adequação formal assentes na cláusula geral do art. 547º. Estes despachos só admitem recurso quando estejam em causa certos princípios.

- el. literal: “não admitem recurso”
- el. sistemático: o regime especial aplicável aos despachos de adequação está previsto na mesma regra que determina a irrecorribilidade dos despachos de mero expediente e dos despachos proferidos no uso legal de um poder discricionário (art. 630º-1). Estes despachos não admitem recurso, logo, não há razão para uma conclusão ≠ relativa à adequação formal.
- Além disso, art. 644º, nº 1 e 2

Ratio da irrecorribilidade genérica dos despachos de adequação formal assentes na cláusula geral do art. 547º:

- Estes despachos comportam 2 momentos importantes de discricionariedade:

- por um lado, o condicionalismo de que depende o poder de adequação envolve um juízo de prognose quanto à futura evolução do processo
- por outro lado, quando esse condicionalismo se verifique, a concreta medida de adequação a adotar pressupõe um juízo subjetivo do julgador²⁶
- Tanto o condicionalismo legal de que depende o poder de adequação como o próprio conteúdo do despacho de adequação não são, por regra, suscetíveis de controlo pelo tribunal de recurso.

Estes despachos comportam pelo menos 1 momento vinculado (quando a forma legal seja desadequada ao caso ou exista outra forma mais eficiente, o juiz tem o dever de exercer o poder de adequação), mas esta vinculação surge, por regra, como uma decorrência necessária do juízo de prognose formulado pelo juiz.

É possível concluir pela predominância de momentos discricionários e, portanto, pela irrecorribilidade destes despachos nessa estrita medida.

- O objetivo de potenciar a utilização efetiva dos poderes de adequação conduz a uma limitação adicional do controlo de legalidade destes despachos por comparação com outros despachos que também incluem segmentos discricionários (630º-2).

De acordo com o autor, o regime de irrecorribilidade previsto no art. 630º-2 é extensível aos despachos de adequação tipificada nos seus momentos de discricionariedade de apreciação e/ou de decisão. No entanto, este art. não abrange os despachos de adequação tipificada nos seus momentos vinculados.

Quando o despacho não se enquadrar no âmbito da adequação tipificada, mas ainda assim ser admissível ao abrigo do art. 547º, estaremos perante um despacho de adequação proferido ao abrigo da cláusula geral, pelo que o recurso só será admissível nos termos previstos no art. 630º-2.

Quando os despachos de adequação formal admitem recurso quando coloquem em causa:

- i. p. da *igualdade* (art. 4º) ou
- ii. p. do *contraditório* (art. 3º) ou
- iii. *aquisição processual de factos*, que está relacionada com a responsabilidade pela introdução de factos no processo. O que se pretende é impedir que o juiz considere na decisão factos que não tenham sido alegados pelas partes e dos quais não possa conhecer (art. 5º) ou
- iv. *admissibilidade dos meios de prova*

²⁶ juiz acompanha todo o processo do ponto de vista da adequação, logo, tem conhecimentos específicos e abrangentes que outro juiz (se se admitisse recurso) não iria ter

5. Inquisitório e dispositivo

5.1. Princípio do dispositivo

Este define-se como o âmbito sobre as quais as partes têm poder de conformação sobre o processo. Por isso, é aquela área de processo, i.e. dos vários elementos do processo, que depende da atividade das partes. Só elas é q podem atuar para que algo aconteça.

A nível de direito civil o OJ tuga tem varias dimensões no que toca às componentes do p. do dispositivo:

- i. *Impulso processual inicial* – instauração do processo - art 3º CPC – só as partes é que podem iniciar o processo.
- ii. *Objeto do processo* – conformação do objeto. Ou seja não só iniciar a ação mas sim o que vão efetivamente discutir. Uma parte é definida pelas partes e outra pelo juiz. Contudo, é necessário dividir em dois planos:
 - a. **plano dos factos** - art 5º-1 CPC - consagração do princípio do dispositivo relativamente à alegação dos factos principais – realizado pelas partes; art. 5º-2 – factos instrumentais o juiz pode trazê-los para o processos quando tem acesso a eles.
 - b. **plano do direito** – fundamentos do direito – art. 5º-3 CPC – neste plano vincula o princípio *iura novit curia*.

5.1.1. Disponibilidade da Tutela Jurisdicional e Responsabilidade pela Matéria de Facto

O processo civil tem na sua base um conflito de interesses privados:

- i. *Por objeto*: pretensões formuladas com fundamento no direito privado.
- ii. *Por função*: a composição daquele conflito mediante a garantia dos direitos e interesses tutelados por normas de direito privado.

Ora, o princípio do dispositivo é um dos princípios basilares do direito processual civil, tendo como meios preferenciais para alcançar a verdade e realizar o direito os seguintes:

- atribuição de mais poderes ao julgador;
- exigência da cooperação entre o tribunal e as partes.

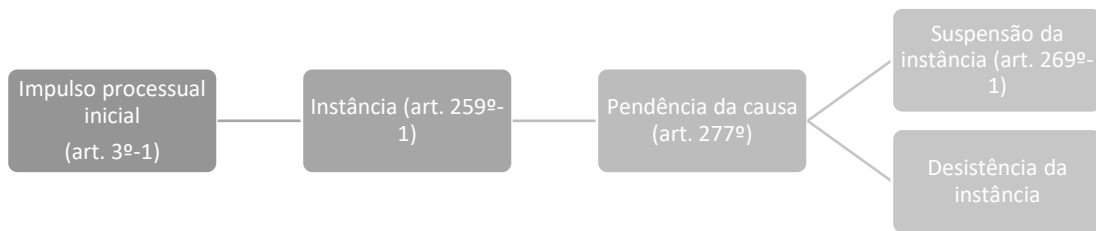
Este distingue-se, rigorosamente, em **dois princípios processuais**:

- I. *princípio do dispositivo* (propriamente dito) – este traduz-se na liberdade de decisão sobre:
 - i. a instauração do processo;
 - ii. a conformação do seu objeto;
 - iii. as partes na causa;
 - iv. termo do processo;
 - v. Suspensão do processo.

É redutível a ideia de *disponibilidade da tutela jurisdicional*, por sua vez distinguível em disponibilidade da instância em si mesma.

- II. *princípio da controvérsia* – traduz-se na liberdade de alegar os factos destinados a constituir fundamento da decisão, na de acordar em dá-los por assentes e, em certa medida, na iniciativa da prova dos que forem controvertidos. É redutível à ideia de *responsabilidade pelo material fáctico da causa*.

5.1.2. A disponibilidade da instância



Ao autor cabe solicitar a tutela jurisdicional, sem que o tribunal se lhe possa substituir neste *impulso processual inicial* (art. 3º-1 CPC).

A partir da proposição/propositura da ação, cabe ao juiz providenciar pelo andamento do processo, mas podem preceitos especiais impor às partes o ônus de impulso subsequente, mediante a prática de determinados atos cuja omissão impeça o prosseguimento da causa (art. 6º-1 CPC).

Com a proposição da ação constitui-se a *instância* (art. 259º-1), como relação jurídica entre o autor²⁷ e o tribunal²⁸. O ato de proposição produz efeitos em face do réu com a citação (art. 259º2), ato mediante o qual a relação jurídica processual se converte de bilateral em triangular e se torna em princípio estável (art. 260º). O termo *instância* traduz, a partir daqui, a ideia da relação, por natureza dinâmica, existente entre cada uma das partes e o tribunal, bem como entre as próprias partes, na *pendência da causa*. Isto é, até que ocorra alguma das causas de extinção previstas no art. 277º.

Ora, na pendência da causa, podem as partes acordar na *suspensão da instância* por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses (art. 277º) Mas este modo de disposição da tutela jurisdicional, além de conhecer esta limitação temporal, não é exclusivo das partes: *a suspensão da instância tem lugar nos vários casos enunciados no art. 269º-1*.

Pode ainda o autor desistir na instância. A *desistência da instância* consiste na declaração expressa da parte de querer renunciar à ação proposta, sem simultaneamente renunciar ao direito que através dela pretendeu fazer valer; faz, por isso, cessar o processo instaurado, sem extinguir o direito do desistente (art. 285º-2). É um ato unilateral, mas legalmente condicionado à aceitação do réu (ou do autor reconvinco) quando tem lugar depois da contestação (art. 286º-1), por consideração do seu interessente em conseguir no processo pendente uma decisão de mérito favorável.

O *termo do processo* (extinção da instância) pode também ser alcançado na sequência de um negócio de autocomposição do litígio, que correntemente é tido como manifestação da disponibilidade do termo do processo pelas partes. Assim, a lei admite que as partes, unilateralmente ou bilateralmente, disponham das situações jurídicas que são objeto da pretensão, por termo no processo ou, fora dele, por documento autêntico ou particular.

5.1.3. A conformação da instância

Ao propor a ação, o autor formula o *pedido*, determinado formalmente pela providência requerida materialmente pela afirmação de uma situação ou facto jurídico. Ora, o objeto inicial do processo pode ser ampliado pela dedução de pedido do réu contra o autor e alterado ou ampliado, por acordo das partes, em qualquer momento do processo, em 1ª ou em 2ª instância (art. 264º). Pode ainda *qualquer das partes* reduzir o seu pedido em qualquer altura (desistência parcial: art. 283º-1), ou amplia-lo até ao encerramento da discussão em 1ª instância quando a ampliação for desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo (art. 256º-2).

²⁷ Solicitante da providência jurisdicional.

²⁸ A quem a solicitação é dirigida.

De acordo com o art. 265º-5 pode também o autor, até ao encerramento da discussão em 1ª instância, pedir a condenação do réu a pagar-lhe uma renda vitalícia ou temporária, em alteração do pedido inicial de condenação em quantia certa.

O juiz tem de se ater, na decisão, ao objeto do processo assim definido pelas partes, não podendo “condenar superior ou em objeto diverso do que se pediu” (art. 609º-1), sob pena de nulidade da sentença (art. 615-1-e).

Na petição inicial, o autor identifica também o réu (art. 552-1-a). Podendo qualquer uma das partes vir, na pendência da causa, a ser substituída em consequência de sucessão mortis causa ou de transmissão *inter vivos* do direito litigioso (art. 262º-a), só às partes ou ao sucessor ou adquirente cabe requerer a habilitação deste (arts. 351º-1 e 356º-2).

Acerca da conformação da instância pode ainda ocorrer a *intervenção superveniente*, espontânea ou provocada por alguma das partes, de terceiro que passa a ocupar, ao lado do autor ou do réu primitivo ou em posição autónoma perante ambos, a posição de parte, principal ou acessória, na causa.

É portanto, monopólio das partes a conformação da instância, nos seus elementos objetivos e subjetivos.

5.1.4. A formação da matéria de facto

5.1.4.1. Factos principais

Às partes cabe alegar os factos principais da causa, i.e., os que integram a *causa de pedir* e os que fundam as exceções (art. 5º-1). A alegação de uns e outros é feita nos articulados (art. 141º-1), incluindo não só os articulados normais do processo²⁹, i.e. necessários e eventuais, mas também o articulado superveniente (art. 588º-1).

No que toca ao aperfeiçoamento dos articulados, designadamente quando contenham insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria do facto, o juiz pode convidar as partes a fazê-lo. Assim, as partes podem apresentar um novo articulado em que complete ou corrija o inicialmente produzido, produzindo assim nova alegação de factos (art. 590º, nº 2-b e 3; art. 591-1-c).

Ora, o monopólio das partes na alegação dos factos principais da causa não encerra a ideia de *disposição*³⁰. As partes não têm, em processo civil, o direito de mentir, tanto assim que estão sujeitas a condenação de multa e indemnização, como litigantes de má fé, quando aleguem factos falsos, omitam factos relevantes para a decisão em causa ou impeçam a descoberta da verdade (art. 542º-2, als. b e d). A atribuição às partes do monopólio da alegação dos factos principais da causa corresponde antes à ideia de que, melhor do que ninguém, elas podem trazer ao conhecimento do tribunal, em contraditório, os factos relevantes no âmbito das relações jurídicas que lhes respeitam. A opção legislativa expressa no art. 5º-2 mais não exprime do que preferência por um meio técnico, entre outros possíveis, para alcançar a verdade, sem paralelismo com a autonomia privada e tendo na sua base a ideia de responsabilidade das partes pela criação do material fáctico da causa.

À ideia de responsabilidade liga-se a do ónus. Sem prejuízo de os factos da causa poderem ser alegados por qualquer das partes, a falta de alegação dos factos constitutivos do direito do

²⁹ Petição, contestação, réplica

³⁰ Esta ideia é defendida por uma importante corrente doutrinária alemã. Baseada na constatação de que o acordo das partes sobre a realidade dos factos da causa ou a admissão, por uma delas, dos factos alegados pela parte contrária pode ter, por via da produção dos efeitos do facto assim provado, um efeito indireto semelhante ao da disposição do direito a que os factos se referem, faz equivaler o princípio da controvérsia ao princípio do dispositivo para o efeito de entender ambos como paralelos ao princípio da autonomia privada, todos radicando na sua liberdade geral de exercício e disposição dos direitos privados.

autor, gerando a falta ou a deficiência da causa de pedir, dá lugar à absolvição do réu. Cada uma das partes tem assim o ónus da alegação dos factos cujo efeito lhe é favorável.

5.1.4.2. Factos de conhecimento oficioso

- A. O monopólio da alegação dos factos principais da causa tem, de acordo com o art. 5º-2-c, as exceções constantes dos arts. 412º (facto notório e facto de que o tribunal conhece no exercício das suas funções) e 612º (simulação do litígio).
- B. Por facto notório entende-se um facto cognoscível pela generalidade das pessoas de determinada esfera social³¹, de tal modo que não haja razão para duvidar da sua ocorrência.

Ora, a concretização do conceito de facto notório varia assim consoante a localização do litígio, considerados os sujeitos do processo pelo que, um facto notório em Bragança não o é necessariamente em Portugal inteiro.

São factos notórios os historicamente estabelecidos, embora hoje o âmbito da notoriedade apareça hoje consideravelmente alargado mercê dos meios modernos de comunicação das massas.

A notoriedade do facto pressupõe que seja indiscutível ter-se verificado, de tal modo que se torna uma característica do próprio facto. Daí deriva que, uma vez estabelecida a notoriedade, o facto em si não carece de prova e é insuscetível de prova contrária. Mais, o facto notório não se confunde com as máximas de experiência, sendo um facto concreto de conhecimento geral.

- C. Não é pacífico o entendimento de que seja o facto de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Ora, na melhor interpretação, o art. 412º-2 constitui a manifestação do p. geral da eficácia do caso julgado (art. 619º-1) ou do valor *extra-processual* das provas (art. 421º).

Constitui facto de conhecimento oficioso o da pendência de outro processo no mesmo tribunal, que poderá fundar a verificação da litispendência (arts. 577º-i, 579º e 580º-1) ou justificar a suspensão da causa por prejudicialidade (art. 272º-1).

Em todos os casos, deve o juiz juntar ao processo documento que comprove o facto funcionalmente conhecido (art. 412º-2).

- D. De acordo com o art. 612, deve o juiz anular o processo quando verifique que entre as partes foi simulado o litígio para fim de simulação ou fraude processual. Esta verificação importa o conhecimento oficioso dos factos constitutivos do desvio da função processual praticada.

5.1.4.3. Factos instrumentais

Estas regras são inaplicáveis aos factos instrumentais, que, por natureza, não carecem de alegação e por isso são oficiosamente considerados na decisão de facto (art. 5º-2-a). Ponto é que resultem da instrução da causa.

Diversamente dos factos principais, os instrumentais não constituem condicionantes diretas da decisão. A sua função é, antes, a de permitir atingir a prova dos factos principais.

A prova só é direta quando o julgador é diretamente confrontado com o facto principal a provar. Pode isso acontecer na prova por inspeção judicial, mas todos os outros meios de prova constituem prova indireta: através deles, chega-se à realidade do facto principal por dedução. Os factos que servem de base a essa dedução dizem-se factos probatórios. Já os acessórios são

³¹ Esfera social = abrange as partes e o juiz da causa

aqueles que, jurídica ou naturalmente, permitem ou vedam ao juiz tirar da realidade dos factos probatórios a conclusão acerca da realidade dos factos principais. Uns e outros constituem a categoria de factos instrumentais.

5.1.5. O acordo sobre os factos da causa

Como vimos, não pode, em rigor, dizer-se que as partes têm o poder de disposição dos factos que introduzem no processo, afirmação esta que implicaria o direito à mentira no processo civil, que as normas que sancionam a má fé processual demonstram não existir.

Nada impede a admissibilidade do acordo das partes sobre a realidade dos factos do processo até ao encerramento da discussão em 1ª instância.

6. O princípio do inquisitório

A prova dos factos da causa deixou de constituir monopólio das partes: de acordo com o art. 411º, o juiz tem o dever de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade. Trata-se do p. do inquisitório, que constitui o inverso do p. da controvérsia: ao juiz cabe, no campo da instrução do processos, a iniciativa e às partes incumbe o dever de colaborar na descoberta da verdade (art- 417º-1). O papel de juiz-árbitro encontra-se definitivamente ultrapassado.

Ora, o juiz pode:

- i. Determinar a junção de documentos ao processo, quer estejam em poder da parte contrária, de terceiro ou de organismo oficial (art. 436º);
- ii. Ordenar a realização de prova pericial (arts. 477º e 487º-2);
- iii. Decidir efetuar inspeção judicial (art. 490º-1);
- iv. Inquirir testemunhas no local da questão (art. 501º);
- v. Ouvir as pessoas que entenda, ou ordenar outras diligências probatórias ainda após as alegações sobre a matéria de causa (art. 697º-1);
- vi. Ter a iniciativa do depoimento de parte (art. 452º-1).

Note-se que, quase todas as provas são requeridas pelas partes, no momento processual em que tal lhes é facultado. Sendo seus os interesses em jogo, cada uma das partes tem o ónus da prova dos factos cujo efeito lhe é favorável.

Este ónus, paralelo ao da alegação, dele diverge por, no campo da prova, o tribunal ter poderes de iniciativa que lhe estão vedados no campo da alegação.