

A ACEÇÃO DA VULNERABILIDADE NO PROCESSO CIVIL

TÂNIA CRISTINA TAVARES RAMOS

Resumo: o que se propõe ao leitor é uma problematização sobre o facto de, no processo civil, se encontrar ou não estabelecido, ou seja, se tratar ou não de cuidar do «vulnerável processual», se existe tipificação legal expressa para o efeito num único diploma ou em vários, de que vulnerável estamos a tratar, de que ordem: económica, técnica, em razão de idade, ou que outras. Posto isto, cuidar-se-á de conjecturar esta temática em face dos novos desafios do processo civil, dialogando com outros ordenamentos jurídicos para se aferir qual a forma de tratamento adotada, as soluções pugnadas, em concreto de que forma a ordem jurídico-processual portuguesa trata esta temática, e, em particular como a deveremos problematizar, propondo ao leitor uma de duas soluções: se casuisticamente ou, ao invés, pela inclusão de uma cláusula geral de vulnerabilidade.

Palavras-chave: vulnerabilidade processual; riscos; desafios; processo civil “social”; sociedade hipercomplexa; globalização.

NOTA INTRODUTÓRIA AO TEMA

Na crescente senda de transformação que se vive no direito processual civil um pouco por todo mundo, inclusive em Portugal, novos problemas, de contornos ainda pouco definidos, pouco enraizados diríamos, exigem uma quebra de pensamentos e de culturas já adquiridas, atenta, sobretudo e concretizando, a conceção, a «ideia» de processo civil adquirida, que, naturalmente, se petrifica quer na doutrina quer na jurisprudência em determinado hiato temporal, por referência a determinada cultura jurídica.

Ora, o avançar dos séculos, a evolução da sociedade, das suas linhas orientadoras, identificadoras são transportados para o Direito, que terá de se adaptar e de multievidenciar, atendendo, na medida do possível e do atendível, a estas constantes mutações, complexidades, evoluções e retrocessos. Pois, o Direito em si mesmo não pode ser imutável ao tempo, às sociedades, tem de ser maleável, “elástico” ao ponto de absorver, descortinar e dar a prudente resposta às exigências que as novas realidades da vida, e portanto, realidades eminentemente sociais impõem.

Pelo que, torna-se inequívoco que o Direito, em especial o direito processual civil, que nos ocupa, está a viver tempos de mudança, de quebra de pensamentos, dogmas, uma era «revolucionária», com novos paradigmas,

novos desafios que depois de largos períodos de estagnação cumpre dissecar, refletir, questionar, tomar posição, ou apenas tão só mostrar os caminhos possíveis de reflexão.

Pois bem, um dos desafios que nos coloca a sociedade hipercomplexa, globalizada é precisamente que o Direito abarque, satisfaça as pretensões, obviamente as que merecem tutela, de forma prudente, cuidada, e assim, como realça ANTHONY GIDDENS¹, “*a globalização também afeta a vida corrente da mesma forma que determina eventos que se passam à escala mundial*”, ou seja, a aldeia global em que vivemos afeta a nossa realidade, o nosso dia a dia, colocando novas questões, novos problemas, a que o Direito terá de ser sensível e acautelar na medida do possível e do necessário. Daí, e em especial focando-nos em particular no direito processo civil, e a propósito relembramos as palavras de GIUSEPPE TARZIA² — “[I]l exige l'unicité d'une unification , ou tout au moins d'un rapprochement des règles du procès civil (ou d'une partie de celles-ci), paraît s'imposer comme évidence dans la Communauté internationale — et plus encore dans les Communautés régionales, telles que, par exemple, L'Union européenne ou le Mercosud — comme l'un des éléments essentiels pour le bon fonctionnement du marché, dans une époque qui a été dénommée à juste titre “l'époque de la globalisation” (...) “Il est facile de se persuader qu'une certaine unification ou harmonisation du droit est nécessaire pour le droit procédural non moins que pour le droit privé.” —, que resume precisamente esta necessidade de o Direito em geral, e, no particular que nos ocupa, o direito processual civil acompanhar essas exigências, essas mutações, sendo desejável a médio/longo prazo uma unificação, uma harmonização do referido direito processual, pois, cada vez mais os acontecimentos são vividos, vivenciados num determinado ponto do globo, mas as suas repercussões são sentidas à escala planetária e vividas nessa mesma escala.

Assim, cada vez mais, a globalização surge com os necessários benefícios e malefícios comumente conhecidos e descortinados em diversas óticas e áreas de saber, mas o facto é que, como enfatiza NAOMI KLEIN³, nos ajuda “*a encontrar a comunidade, apesar da fragmentação da vida pós-moderna*”.

De modo que o que nos propomos a problematizar é precisamente a ideia de «vulnerável processual», ou seja, o vulnerável no processo, como é identificado, interpretado este vulnerável, por contraponto ao vulnerável em termos substantivos, como o nosso ordenamento jurídico trata esta questão, se a trata, se a soluciona, como a soluciona, se haverá remédios tipificados ou a tipificar. Existindo algum remédio, atentará contra princípios ditos basi-

¹ *O Mundo na era da Globalização*, tradução de Saul Barata, Editorial Presença, Lisboa, 2000, p. 17.

² «Harmonisation ou unification transnazionale de la procedura civile», in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Ano XXXVII, n.º 4, Edizione Cedam, Padova, 2001, pp. 869 e ss.

³ *Tudo pode mudar — Capitalismo vs. Clima*, Editorial Presença, Lisboa, 2016, p. 558.

lares, como o princípio da «igualdade de armas», o princípio da imparcialidade do juiz?

Precisamente embedidos neste clima, nesta era revolucionária que atinge o direito processual civil e no palco de uma sociedade global, hipercomplexa, ou, nas clarividentes palavras de ZIGMUNT BAUMAN⁴, “na sociedade líquida”, numa “modernidade líquida” ou seja, a incapacidade de manter a forma, tal como os líquidos, esta «sociedade» conduz e leva o Direito a quebrar a ideia de ser imutável, rígido, fechado ao tempo, mas, em nossas palavras, deverá ser o Direito no tempo e também do seu tempo.

Nesta linha, e tendo como assente as premissas já anunciadas — a globalização, a ideia de comunidade, de sociedade, de um Direito preocupado com os fins sociais⁵ —, trataremos deste tema do «vulnerável processual» dedicando-nos, numa primeira etapa, a definir este conceito, por contraponto com outros conceitos de vulnerável, *maxime* vulnerável substantivo, numa aceção geral/genérica.

De seguida, cuidaremos de analisar o conceito à luz e por referência ao sistema jurídico português, no sentido de se aferir eventuais referências tipificadas na lei quanto ao conceito que nos propomos a dissecar: o «vulnerável processual». Seguidamente, e tendo já assente o conceito de que partimos, pretendemos categorizar algumas “espécies de vulneráveis” em especial e, concretizando a motivação de ser catalogado em determinada situação, momento como «vulnerável», ou seja, em razão de que fator(es).

Feito este trajeto, cuidaremos depois de problematizar, numa segunda fase de análise, e atentos os considerandos e conclusões retiradas, fazer alusão ao instituto da tutela diferenciada por referência ao vulnerável, ou seja,

⁴ *Modernidade Líquida*, tradução Plínio Dentzein, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, pp. 7 e ss.

⁵ Intimamente ligado à conceção “social” do processo (*soziale prozebauffassung*), que, por questões de sistematização lógica do presente estudo, iremos ao longo do texto referenciando sempre que se considere oportuno, pertinente e relevante para a completa absorção pelo leitor da temática em causa. Ou seja, o tema que nos ocupa, “o vulnerável processual”, é precisamente fruto dos riscos e desafios do processo civil do século XXI, ou seja, de um processo civil “social”, que nos faz recuar necessariamente em termos históricos a ANTON MENGER, e ao seu aluno FRANZ KLEIN, em concreto ao Império Austro-Húngaro, de 1895, a famosa ÖZPO de Franz Klein, dado que Anton Menger foi considerado um dos principais expoentes do discurso “socializador” de processo, salientando que o socialismo jurídico critica a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e económicas e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de inúmeros institutos jurídico-processuais. E, nas clarividentes palavras de KLEIN, que relembramos: “[o] processo só será *racional* e estará de acordo com a conceção moderna do Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredito, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim, como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social” (KLEIN, apud NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, pp.83 e ss.). Na mesma esteira, temos MAURO CAPPELLETTI que acrescenta a propósito que “a grande inovação proporcionada pelo código austriaco foi a acentuação da função ativa do juiz, uma função entendida seja para assegurar a ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da igualdade efetiva das partes no processo” (ob. cit. p.83 e ss.).

se entenderemos este instituto como estando e servindo o vulnerável. Atingeremos à sua concreta análise, caminhando e referenciando o sistema jurídico brasileiro, pioneiro, pelo menos, na introdução na seara jurídica brasileira da ideia e noção de “vulnerabilidade”, através da obra da professora FERNANDA TARTUCE⁶. De modo que, estaremos perante uma discriminação positiva, isto é, estará o instituto da tutela diferenciada ao serviço do vulnerável?

Numa terceira e última parte, trataremos de problematizar, a final, se o princípio da imparcialidade do juiz será colocado em causa por esta ideia de «vulnerável processual» e pelo facto, em concreto, de, no processo, o juiz identificar que determinada parte se encontra em posição de vulnerabilidade e decidir tentar reequilibrar a igualdade entre as partes. Ou seja, em primeiro lugar, de que intervenção falamos? Depois, estará o juiz a repor a igualdade entre as partes, ou estará a desigualar as partes e, por consequência imediata, a tornar-se «parcial»?

Afinal, como devemos conotar no nosso ordenamento jurídico esta «vulnerabilidade processual»? Deverá o sistema jurídico processual português seguir o caminho esgrimido pelo sistema brasileiro, avançado e definido pela professora FERNANDA TARTUCE, ou seja, ser “inserido” v.g. numa “justa causa”, será o nosso Código de Processo Civil harmônico ou avesso à “solução” propugnada?

Nessa senda, deveremos pugnar por uma cláusula geral de “vulnerabilidade”, à luz do que acontece no direito civil, ou, contrariamente, deveremos tipificar as situações na lei (códigos e legislação avulsa), devendo assim a vulnerabilidade ser, caso a caso, objeto de escrutínio próprio e específico?

E, ao “cair do pano”, avançaremos com notas conclusivas do caminho que formos percorrendo e que se supra sintetizou, não com o propósito de avançar com soluções e remédios num espectro de mais um “Santo Graal” do (novo) Processo Civil, mas apenas no intuito e na humilde pretensão académica e científica de ser um contributo, um «*plus*», e fazendo uso das palavras de MIGUEL MESQUITA⁷, “[o]s primeiros passos foram dados, mas um longo e interminável caminho está por fazer, competindo a cada geração avançar sempre mais e mais.”

I. CONCEITO DE VULNERÁVEL

1.1. «Vulnerável Processual»

Ao iniciarmos o presente estudo e delineadas as nossas orientações na nota introdutória, por questões de estrutura lógica e sistemática, cumpre

⁶ *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, Editora Forense, 2012, pp. 161 e ss.

⁷ *Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3995, p. 105.

avançar com uma definição de «vulnerável processual» para definirmos o nosso ponto de partida e da premissa de que iremos sempre partir e dar como adquirida na problematização das ulteriores questões, tendo sempre por referência esta definição/conceito de «vulnerável processual».

Em sentido lato, «vulnerabilidade» assume-se como uma fragilidade, uma dependência, tendencialmente associada a um risco, assumindo-se, assim, como uma condição que se verifica num ser humano, numa pessoa individualmente considerada ou num grupo social, ou, ainda, *grosso modo*, como um parâmetro de análise em face de determinado acontecimento por comparação a outras zonas envolventes. Referimo-nos, em concreto, às denominadas «vulnerabilidades ambientais».

De modo que, e indo à raiz epistemológica da palavra «vulnerabilidade», temos que a sua origem é latina e remete para *vulnus* e *habilitas*, especificamente, numa tradução literal, *ferida* e *habilidade*. A vulnerabilidade evoca o *vulnus*, a ferida, mas a ferida, pelo menos de modo mais simbólico, evoca, por sua vez, a abertura sangrenta, dolorosa e sofrida. Já o conceito de habilidade provém do termo latino *habilitas* e refere-se à capacidade e à disposição para (fazer) algo. A habilidade é aquilo que uma pessoa executa com talento e destreza e o enredo disposto com engenho, artimanha e perícia. Desta forma, por outras palavras, a vulnerabilidade, num conceito puramente literal, é a *capacidade de ser ferido*, é a *qualidade de vulnerável* (que é suscetível de ser exposto a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade).⁸

Por ter um sentido amplo e lato, como *supra* se disse, sendo aplicável a diversos ramos da ciência, a «vulnerabilidade» aponta assim situações de risco inerentes a situações específicas, possuindo no campo jurídico conceitos e conotações relacionados, por exemplo, com a sociologia, o meio ambiente, o direito do consumo, a informática e as condições socioeconómicas.

Assim, MARTHA ALBERTSON FINEMAN⁹ propõe uma releitura do termo «vulnerabilidade» no sentido lato, geral, em especial: “*I want to claim the term “vulnerable” for its potential in describing a universal, inevitable, enduring aspect of the human condition that must be at the heart of our concept of social and state responsibility. Vulnerability thus freed from its limited and negative associations is a powerful conceptual tool with the potential to define an obligation for the state to ensure a richer and more robust guarantee of equality than is currently afforded under the equal protection model*”.

Desta forma, e tendo por contraponto ideia de vulnerabilidade em geral, atente-se agora no «vulnerável precessual». Como definiremos o vulnerável no processo? Haverá a conotação de «parte fraca»? A professora FERNANDA

⁸ Wikilaw — Glossário Jurídico. Disponível em “<https://wikilaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Vulnerabilidade>” (acesso em 28-01-2017).

⁹ *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 20: Iss. 1, Article 2. Disponível em “<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol20/iss1/2>” (acesso em 28-01-2017).

TARTUCE¹⁰ avança com uma definição: “suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de limitação pessoal involuntária, ensejada por fatores de saúde e ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”.

Em face do que antecede, vocacionando-nos no conceito de «vulnerável processual» e tendo como linha orientadora a definição avançada no sistema jurídico brasileiro, entendemos avançar a nossa definição: o *vulnerável processual* há de ser uma condição, uma causa, um condicionante, um fator impeditivo ou modificativo de cariz permanente ou provisório de litigar na sua plenitude, ou seja, de estar plenamente em juízo na lide.

Posto isto, e partindo sempre ao longo do presente estudo da enunciação de «vulnerável processual», isto é, o vulnerável no processo, analisaremos de seguida, no próximo tópico, que condições e que condicionantes impeditivas e modificativas são essas que nos permitem identificar um «vulnerável processual», categorizando em diferentes “espécies” de vulneráveis, ou, por outras palavras, em vulneráveis de diferentes ordens.

1.2. «Espécies de vulneráveis» com relevo no campo jurídico na ótica do presente estudo: condições de aferição do «vulnerável processual»

1.2.1. «Vulnerável» em razão de ordem económica

As disfunções económicas na sociedade atual que vivemos, e já caraterizada como hipercomplexa, globalizada, em constante mutação, parece-nos, salvo melhor opinião, acentuar mais a clivagem dos mais ricos para os mais pobres, sendo certo que há muito se esbateu a ideia, já rotulada de “dogma das classes sociais” em razão da ordem económica, comumente tripartida, sendo eliminada a classe média.

Nesta linha, e perante um litígio, equacionamos (de longe) o facto de uma parte que não dispõe dos mesmos recursos financeiros e económicos para litigar em pleno na lide constituir um facto notório.¹¹

Ademais MAURO CAPPELLETTI¹², que acompanhamos, refere “que tratar “como iguais” sujeitos que económica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”.

¹⁰ Ob. cit., p. 184.

¹¹ A este propósito, como veremos mais adiante no nosso estudo (problematização do conceito — último tópico), a professora FERNANDA TARTUCE sustenta que determinada situação de «vulnerabilidade processual» poderá ser conhecida oficiosamente pelo juiz, classificando essa vulnerabilidade como “justa causa”, na hipótese de constituir facto notório, dispensando assim a parte de na primeira oportunidade em juízo alegar essa situação.

¹² *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Editora Jurídicas Europa-América, 1974, p. 67.

1.2.2. «Vulnerável» em razão de ordem técnica

Por outro lado, em determinado momento no processo, poderemos deparar-nos com o facto de uma parte ser vulnerável de ordem técnica, isto é, ter deficiências desta ordem que não lhe permitam assegurar os seus amplos direitos, como, v.g., estar em juízo sem representação de Advogado e a outra parte estar representada por Advogado, profissional com a tecnicidade necessária, o que não se aplica ao comum cidadão, pois um comum cidadão não deterá, por via de regra, os mesmos conhecimentos, a mesma destreza técnica para estar em pleno na lide.

Ou seja, há um desconhecimento do direito material, dos procedimentos a adotar, de como agir.

1.2.3. «Vulnerável» em razão de desconhecimento do Direito: direito do consumo

Entendemos individualizar este tópico do vulnerável de ordem técnica, pois, salvo melhor entendimento e opinião, face aos inúmeros litígios especificamente relacionados com o direito do consumo, é pacificamente aceite que o consumidor é a parte vulnerável, por desconhecimento do concreto direito aplicável, por desconhecimento dos procedimentos a tomar e em face da complexidade do direito do consumo e suas ramificações. A este concreto propósito, ensina MAURO CAPPELLETTI¹³ que “as dificuldades de informação constituem, em particular, obstáculo ao pleno acesso ao direito”.

1.2.4. «Vulnerável» em razão de ordem de saúde

Outra situação ou condição impeditiva, modificativa de litigar em plenitude a juízo prende-se com o facto de uma parte padecer de problemas de saúde, de ter uma saúde débil, o que limitará, decerto, a sua atuação em juízo, não estando, assim, em condições físicas, psicológicas, por vezes necessárias para uma prudente e cautelosa atuação na lide.

1.2.5. «Vulnerável» em razão da idade

A idade é outra condição, fator modificativo, impeditivo caracterizador de uma situação de vulnerabilidade da parte no processo, quer a idade mais tenra — crianças e adolescentes —, quer, noutro extremo, os idosos, que, em função da idade, veem afetada a sua normal capacidade de entender,

¹³ *Juízes Legisladores?*, Editora Sérgio Antonio Fabrin, 1999, p. 84.

não apreendendo, assim, o que se esperaria de um «comum» cidadão (critério do *bonus pater familias*) colocado naquelas precisas condições.

Nessa senda, tendo como assente a noção/conceito de vulnerável processual que avançamos e, no fundo, as “espécies” que referimos *supra*, no sentido de dissecar, concretizar a noção avançada com o intuito de clarificar quais as condições modificativas e impeditivas que permitem no fundo e em concreto identificar no processo, em primeiro lugar, uma situação de vulnerabilidade da parte e, em segundo lugar, de que ordem ou fator específico advém essa vulnerabilidade, cumpre, agora, percorrer a Lei Portuguesa, no sentido de averiguar se o legislador cuidou de tratar tal temática e, na positiva, de que ordem, de que espécie(s) de vulnerabilidade cuidou, atendeu (vulnerabilidade técnica? vulnerabilidade económica?).

1.3. Reminiscências do «vulnerável processual» na Lei Portuguesa

Feitas estas considerações, cumpre, em face do Direito codificado português, códigos e legislação extravagante e sempre que possível descendo à realidade prática dos Tribunais, com análise de casos, jurisprudência, analisar se, de facto, o legislador atendeu a este «vulnerável processual», se estabeleceu previsões normativas atendíveis e a chamar à colação em casos de vulnerabilidade.

1.3.1. Artigo 38.º n.º 2 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho

A referida Lei, que institui os Julgados de Paz, dispõe no seu artigo 38.º, n.º 2, que “[a] assistência é obrigatória quando a parte seja analfabeta, desconhecedora da língua portuguesa ou, por qualquer outro motivo, se encontrar numa posição de **manifesta inferioridade**, devendo neste caso o juiz de paz apreciar a necessidade de assistência segundo o seu prudente arbítrio”.¹⁴

Pois bem, realcemos a alusão à posição de manifesta inferioridade, que, com outra terminologia, cremos estar perante uma norma protetora e que previu uma situação de vulnerabilidade, em razão de ordem sobretudo técnica, mas que poderá também entender-se como vulnerável em razão de ordem económica, atendendo à menção de “por qualquer outro motivo”, conjugado com a menção de “necessidade de assistência”. Assim, entendemos que, de facto, estamos perante um norma rica em termos de previsão, passível de abranger o vulnerável em razão de ordem técnica, em razão de ordem económica, devidamente prevista e cuidada pelo legislador.

Em termos de jurisprudência, para que conjecturemos a aplicabilidade das normas à realidade da vida recortada e carreada para a lide, chamamos à

¹⁴ O *bold* é nosso.

colação, v.g., a Sentença de Julgado de Paz de Vila Nova de Gaia de 20.03.2016, processo 723/2005-JP, em que o que estava em causa e, no fundo, o objeto do litígio se prendia com uma ação em que A. pedia a condenação de B. a pagar-lhe uma indemnização de €750,00 pela ofensa à sua honra e bom nome, acrescida de juros legais desde a citação até efetivo e integral pagamento. Ora, sucede que, regularmente citado, e após o ato da citação, o pai da demandada juntou aos autos um atestado médico onde atestava que aquela se tratava de uma pessoa com limitações psíquicas, tendo a Juíza de Paz, conforme dispõe a sentença, decidido o seguinte: “[a]ssim, atenta a manifesta inferioridade da Demandada, foi esta notificada, nos termos no n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, para no prazo de 10 dias constituir Advogado”.

Portanto, eis um exemplo de aplicação da norma e identificação, segundo o prudente juízo e em face dos elementos disponíveis dos autos, de uma situação de «vulnerabilidade processual», no caso, vulnerabilidade em razão de saúde. Ou seja, verificamos a previsão normativa da «vulnerabilidade processual», que poderá ser analisada, descortinada, em razão de várias ordens (técnica, económica, de saúde, v.g.), e a consagração de um «remédio» para sanar, atenuar a referida vulnerabilidade: notificação para no prazo de dez dias constituir Advogado e ficar plenamente assistida e representada em juízo.

1.3.2. Artigos 506.º e 520.º do Código de Processo Civil Português

Dispõe o artigo 506.º do Código de Processo Civil Português (doravante, CPC) que “[q]uando se mostre que a testemunha está impossibilitada de comparecer no Tribunal por motivo de doença, observa-se o disposto no artigo 457.º e o juiz faz o interrogatório, bem como as instâncias.”¹⁵ Por sua vez, dispõe o artigo 520.º, n.º 1, do mesmo código que “quando ocorra impossibilidade ou grave dificuldade¹⁶ de atempada comparência de quem deva depor na audiência, pode o juiz determinar, com o acordo das partes, que sejam prestados, através da utilização de telefone ou outro meio de comunicação direta do Tribunal com o depoente, quaisquer esclarecimentos indispensáveis à boa decisão da causa, desde que a natureza dos factos a averiguar ou esclarecer se mostre compatível com a diligência”.¹⁷

¹⁵ Cf. supra, nota n.º 14.

¹⁶ Retenha-se que, entre nós, existe, portanto, tipificada uma proteção da vulnerabilidade em razão de ordem da saúde. Em especial, a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação da pessoa com deficiência, apresenta, no seu artigo 2.º, uma noção de pessoa com deficiência como “aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”.

¹⁷ Cf. supra, nota n.º 14.

Pois bem, aqui somos do entendimento de que devemos destacar estes dois normativos e referir que o legislador foi mais longe e não só previu, pelo menos, algumas situações de «vulnerabilidade processual» na lei, conforme se retratou por referência aos Julgados de Paz, como também reservou para os intervenientes processuais tal previsão e cuidado, pois as testemunhas não são partes, não são sujeitos processuais, mas intervenientes processuais.

1.3.3. Artigo 139.º, n.º 8, do Código de Processo Civil Português

O artigo 139.º, n.º 8, do CPC dispõe que “[o] juiz pode excepcionalmente determinar a redução ou dispensa da multa nos casos de **manifesta carência económica**¹⁸ ou, quando o respetivo montante se revele manifestamente desproporcionado, designadamente nas ações que não importem a constituição de mandatário e o ato tenha sido praticado diretamente pela parte”.¹⁹

O referido normativo enuncia uma clara situação de «vulnerabilidade processual», em nosso entendimento em razão de ordem económica, prevendo, portanto, a situação de vulnerabilidade e indicando também a forma de a sanar — redução ou dispensa de multa.

A este propósito relembre-se LOPES DO REGO²⁰, que afirma que o referido normativo “constitui afloramento dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de armas, visando facultar ao juiz, em situações excepcionais, a concreta adequação da sanção processual cominada nos n.ºs 5 e 6 deste preceito, quer à gravidade da falta cometida e à sua repercussão no bom andamento da causa, quer à situação económica do responsável”. Na mesma linha de pensamento, LEBRE DE FREITAS²¹ ensina que “o juiz pode oficiosamente reduzir ou dispensar a multa quando as alegadas circunstâncias resultem do processo”.

Isto é, quais as circunstâncias em que, nos casos de vulnerabilidade em razão de ordem económica, poderá o juiz lançar mão deste procedimento, na égide de corrigir a desproporção²² de um obstáculo às condições do acesso

¹⁸ No **sistema jurídico brasileiro**, em especial na doutrina, encontramos, muitas vezes, referência ao conceito de vulnerabilidade e **hipossuficiência**, ora como conceitos distintos, ora como sinônimos, no sentido de um completar o outro. Mas cumpre fazer uma breve referência para esclarecer o seguinte: hipossuficiente significa pessoa não autossuficiente economicamente, enquanto que vulnerabilidade não tem um campo de aplicação tão específico, tão restrito, é uma suscetibilidade em sentido amplo. Daí acompanhamos a professora FERNANDA TARTUCE quando diz que “vulnerabilidade indica, assim, suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies — vulnerabilidade econômica”. Ob. cit., p. 183.

¹⁹ Cf. *supra*, nota n.º 14.

²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 124.

²¹ «Código de Processo Civil Anotado — Volume 1.º — Artigos 1.º a 361.º», Coimbra Editora, 2014, pp. 50 e ss.

²² Para o efeito, e como já vamos deixando problematizado, estas previsões legais poderão fazer questionar se o **princípio da imparcialidade do juiz não é afetado** quando este lança

à justiça que tem a sua causa imediata no incumprimento do prazo processual imputável à parte?

Para o efeito, e introduzindo uma nova ideia, o benefício de apoio judiciário visa garantir o princípio de igualdade no acesso ao direito, no sentido de não poder ser denegada justiça devido a insuficiência de meios económicos, dispensando os economicamente débeis do pagamento de taxas de justiça e de custas (artigos 1.º e 16.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação da Lei n.º 47/2007 de 28 de agosto), no entanto, as multas referenciadas no artigo 139.º, n.º 8, do CPC não são abrangidas por esse benefício.

De igual talha se diga que mais uma previsão do legislador para sanar situações de vulnerabilidade em razão de ordem económica se prende-se com o benefício do apoio judiciário, que pretende e tem a seguinte finalidade, conforme dispõe o artigo 1.º, n.º 1, da referida Lei n.º 34/2004, de 29 de julho: “[o] sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos.”²³

1.3.4. Artigo 282.º n.º 1 do Código Civil Português

Na lei civilística, encontramos o artigo 282.º, n.º 1, do Código Civil (doravante, CC) que apresenta a seguinte redação: “[é] anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”. Mais uma previsão normativa em que se denota a previsão e proteção de uma situação de vulnerabilidade em razão de ordem técnica, e/ou em razão de saúde, com o «remédio» também consagrado a fim de sanar tal situação, no caso, anulabilidade do negócio.

mão de um mecanismo de tipificação legal para tutelar um vulnerável processual. O presente tópico, numa análise de maior profundidade, levar-nos-ia para o campo do direito constitucional, no sentido de saber se o princípio da igualdade que é o visado pela tutela diferenciada, acrescida do vulnerável processual, contende ou não com outro princípio estruturante: o da imparcialidade. Como deixámos dito, levar-nos-ia a outros campos de análise, como o direito constitucional e os direitos fundamentais, para uma profíca e completa reflexão, o que, por razões de sistematização e metodologia, não se compadece com a organização do presente estudo, extravasando os seus limites. Deixamos, apenas, a reflexão de que deveremos atender, por termo de comparação, por exemplo, à situação em que o juiz averigua e determina prova oficiosamente, na qual não sabe o resultado dela, não sabe quem “vai beneficiar”; da mesma forma, quando o juiz aciona um mecanismo de tutela acrescida, diferenciada, ele não está a beneficiar nenhuma parte; não é pelo facto por exemplo de ser notificado para constituir Advogado (vulnerabilidade económica), que essa precisa parte irá ganhar a lide; o juiz está sim, em nosso entendimento, na procura da *justa composição do litígio, com preocupações e reflexos dessa sua atuação intra e supra processo*.

²³ Cf. *supra*, nota n.º 14.

Nesta linha, PEDRO EIRÓ²⁴, concretizando: “[a] usura, como princípio geral invalidante do negócio jurídico, não é concebível sem o lesado se encontrar numas posição que justifique a sua proteção pelo ordenamento jurídico. Essa posição pode genericamente ser designada por situação de inferioridade”.

Ou seja, há um aproveitamento de uma parte, que explora, sabedora da situação de vulnerabilidade da outra parte, ou melhor, nas palavras de KARL LARENZ²⁵ “exploração é o aproveitamento consciente de dada situação”.

1.3.5. Código de Processo Penal Português: Vítima Especialmente vulnerável

A Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade, ou seja, (mais) uma reminiscência da desejada e pretendida unificação e harmonização do Direito, e, em especial, pelas diretrizes europeias.

Assim, dispõe o artigo 67.º-A do Código de Processo Penal Português:

“Considera-se:

b) ‘Vítima especialmente vulnerável’, a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade²⁶, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”.²⁷

Aqui, assistimos à consagração expressa da palavra vulnerável e das também expressas razões de ordem da sua vulnerabilidade: idade e saúde.²⁸

²⁴ Do Negócio Usurário, Almedina, 1990, p. 24.

²⁵ Derecho Civil — Parte General, trad. espanhola, 1978, p. 621.

²⁶ Entre nós, ainda não encontramos consagração normativa, mas, o sistema jurídico brasileiro tem já regulamentado o **Estatuto do Idoso** (Lei n.º 10741/2003). Este, segundo MEZZOMO, preconiza quatro mecanismos processuais: a ação de aplicação de medida de proteção; o procedimento judicial de apuração de irregularidades, a ação ordinária e a ação civil pública. V. Apontamentos iniciais sobre o Estatuto do Idoso, in Jus Navegandi, Teresina, Ano 9, n.º 572, 2005. Acessível em “<http://jus2.uol.com.br>” (acesso em 28.01.2017). Na mesma índole destacamos, ainda, no sistema jurídico moçambicano, a Lei n.º 3/2014, de 5 de fevereiro, implementada precisamente para “reforçar os mecanismos de defesa e proteção da pessoa idosa”, de acordo com o seu preâmbulo. Já em Angola, verificamos a existência do Decreto Presidencial n.º 179/12, destinado à proteção dos idosos, mas que, frequentemente, não é cumprido. Do outro lado da moeda, temos, também, por exemplo, no Brasil, o **Estatuto na Criança e do Adolescente** (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990), de forma a tutelar os direitos das crianças e dos adolescentes com maior proficuidade.

²⁷ Cf. supra, nota n.º 14.

²⁸ De igual talha, assistimos, no sistema jurídico brasileiro, a um contexto de uma nova tutela penal da dignidade sexual — a Lei 12.015/2009 que modificou a tutela da dignidade sexual

1.3.6. Lei da Defesa do Consumidor: Lei 24/96, de 31 de julho

Atente-se no artigo 9.º, n.º 2, da Lei da Defesa do Consumidor, que refere que “[c]om vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À redação clara e precisa, em carateres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.”²⁹

Parece-nos evidente a previsão da vulnerabilidade em razão, sobretudo, de ordem técnica, o que nos leva a admitir que é pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, e nítido que uma das preocupações do legislador é a defesa do consumidor, atentos os inúmeros litígios existentes.³⁰

1.3.7. Interditos e inabilitados

Refira-se que outra previsão que acautela uma situação de vulnerabilidade respeita aos interditos e inabilitados, pois o Direito terá de ter em conta outras pessoas, além do sujeito capaz: este sujeito está em contacto com essas outras pessoas. A tutela geral da personalidade também abrange aqueles que se não enquadrem na “construção do sujeito capaz” (cf. artigo 70.º, n.º 1, do CC). Assim, está devidamente previsto e consagrado que quer os interditos quer os inabilitados³¹ estarão representados em juízo por curador e/ou tutor e, na sua ausência, pelo Ministério Público.

dos «vulneráveis», pessoas menores de dezoito anos ou, que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento (cf. O artigo 217.º-A) para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Para TAIPA DE CARVALHO, “[a] Lei nova comporta-se, face à Lei anterior, como uma lex generalis: menor compreensão (menor vigência normativa) e maior extensão (maior o círculo de factos puníveis abrangidos-subsumíveis à Lei nova do que o círculo de factos abrangidos-subsumíveis à Lei anterior”, *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 217. Por outro lado, também em Itália vemos reconhecido o estatuto da vítima do crime como «vulnerável», em especial pelo DL de 15/12/2015, publicado na *Gazzetta Ufficiale* 3, de 05.01.2016.

²⁹ O *bold* é nosso.

³⁰ Em especial, um dos muitos a respeito desta temática, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.06.1995 (Coletânea de Jurisprudência do STJ, ano 1995, Tomo III, página 136), onde se poder ler: “[p]erante uma industrialização crescente ocorre a massificação das relações industriais e negociais, daí surgirem os contratos de adesão. Mas com a natural superioridade económica dos produtos em relação aos consumidores finais (**débeis e atomizados**), aqueles procuram limitar ou excluir a sua responsabilidade civil por possíveis danos causados com a utilização pelo público dos seus produtos, muitas vezes novos e mal testados. Daí surgirem nesses contratos de adesão, cláusulas gerais a limitar ou excluir tal responsabilidade”.

³¹ Podem ser **inabilitadas**: as pessoas maiores de idade cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira permanentes não seja grave a ponto de justificar a sua interdição; as pessoas maiores de idade que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património.

1.3.8. Artigo 672.º, n.º 1, alínea b), do CPC

O artigo 672.º, n.º 1, alínea *b*), do CPC dispõe que “*excepcionalmente, cabe recurso de revista do acórdão da Relação referido no n.º 3 do artigo*

Quando a inabilitação tiver por causa a prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, o seu levantamento não pode ser deferido antes que decorram 5 anos sobre o trânsito em julgado da sentença que a decretou ou da decisão que haja indeferido um pedido anterior. Os inabilitados são assistidos por um **curador**, ao qual pode ser entregue judicialmente a administração, total ou parcial, do respetivo património. Os atos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em razão do circunstancialismo de cada caso, forem especificados em decisão judicial estão sujeitos à autorização do curador. Podem ser **interditas** do exercício dos seus direitos: as pessoas maiores de idade que sofram de anomalia psíquica e consequentemente se mostrem incapazes de se reger a si próprias e aos seus bens; as pessoas maiores de idade surdas mudas que se mostrem incapazes de se reger a si próprias e aos seus bens; as pessoas maiores de idade cegas que se mostrem incapazes de se reger a si próprias e aos seus bens. O interdito é equiparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir as responsabilidades parentais. Por quem pode ser requerida a interdição: pelo cônjuge; pelo tutor ou curador; por parente sucessível; pelo **Ministério Público**. A **tutela** incumbe: ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for legalmente incapaz por outra causa; à pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer as responsabilidades parentais, em testamento ou documento auténtico ou autenticado; a qualquer dos progenitores do interdito que de acordo com o interesse deste, o tribunal designar; aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo. Cessando a causa que determinou a interdição, pode esta ser levantada a requerimento: do próprio; do seu cônjuge; do tutor ou curador; de parente sucessível; do Ministério Público. A **incapacidade dos menores** é, nos termos da lei, suprida pelas responsabilidades parentais e, subsidiariamente, pela tutela. A tutela é, assim, o instituto legal pelo qual se assegura a regência e a representação dos menores quando tal não seja possível pelos pais. Menores sujeitos a tutela: se os pais tiverem falecido; se estiverem inibidos do exercício das responsabilidades parentais quanto à regência da pessoa do filho; se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer as responsabilidades parentais; se forem incógnitos. A inibição do exercício das responsabilidades parentais ocorre nos seguintes casos: pais condenados pela prática de um crime a que a lei atribua esse efeito; pais interditos e inabilitados por anomalia psíquica; pais ausentes, desde a nomeação de curador provisório. A inibição do exercício das responsabilidades parentais pode ainda ocorrer quando: qualquer dos pais infrinja os deveres parentais, com grave prejuízo dos filhos; qualquer dos pais, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir os deveres parentais. A inibição pode ser total ou limitar-se à representação ou administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os pais ou apenas um deles; pode referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns deles. Há apenas lugar à inibição de representação do filho e de administração dos seus bens, nos seguintes casos: pais menores não emancipados; pais interditos por outra razão que não anomalia psíquica; pais inabilitados por outra razão que não anomalia psíquica. A inibição pode ser requerida: pelo Ministério Público; por qualquer parente do menor; por qualquer pessoa a cuja guarda o menor esteja confiado, de facto ou de direito. Cessação da inibição: a inibição cessa, consoante os casos, pela maioridade ou emancipação, pelo levantamento da interdição ou da inabilitação e pelo termo da curadoria. A quem incumbe a tutela: pessoa designada pelos pais ou pessoa designada/nomeada pelo tribunal de menores, ouvido o conselho de família, de entre os parentes ou afins do menor, de entre as pessoas que tenham ou estejam a cuidar do menor, ou de entre as pessoas que por ele tenham demonstrado afeição. É instituído o regime de administração de bens do menor, nos seguintes casos: quando os pais tenham apenas sido excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos os bens do filho ou de alguns deles, se por outro título se não encontrar designado o administrador; quando a entidade

anterior quando: (...) b) estejam em causa interesses de particular relevância social".³² Em particular, consideramos que é uma norma deveras interessante e rica e realça-se a expressão «particular relevância social», ou seja, a utilização de um conceito indeterminado, que necessita de ser densificado pela doutrina e pela jurisprudência. Ademais, cremos que, na prática, é um nomenativo com difícil aplicação, precisamente porque a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça tem sido exigente para dar como verificados interesses de «particular relevância social».

Assim, destacamos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.09.2016³³, em que, precisamente, foi lançado mão do expediente previsto no artigo 672.º, n.º 1, alínea *b*), do CPC, tendo entendido aquele tribunal que “[t]emos entendido que o n.º 1 , alínea *a*), do dito artigo 672.º fica preenchido relativamente a questões que sejam objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência em ordem a que o **cidadão comum** que lide ou precise de lidar com estas matérias se sinta **inseguro** sobre qual vai ser a orientação com que pode contar por parte dos tribunais, ou, ainda, quando tal insegurança resulte de as questões se inserirem em institutos jurídicos **eivados de novidade, não tratados ou pouco tratados jurisprudencialmente**. O que se pretende significar com o *ineditismo* a que aludimos supra é que, o **evoluir dos tempos trouxe à liça institutos desconhecidos há relativamente pouco tempo**, que estão em fase de maturidade jurídica e jurisprudencial, levando a que o **cidadão comum** sinta relevante *insegurança na interpretação das leis a eles atinentes, nomeadamente em confronto com outras figuras jurídicas já bem sedimentadas*”.³⁴

Em face do que antecede, e por questões de sistematização e corência científica, cumpre-nos, ainda, neste ponto dissecar um pouco os «interesses com particular relevância social», pois é uma menção expressa, clara ao «novo» caráter, à «nova visão» do processo civil. Ora, problematizando em face precisamente de que o evoluir dos tempos trouxe à liça institutos desconhecidos há relativamente pouco tempo, estaremos diante de um processo civil publicista, liberal ou cooperativo?

Poderá parecer uma problematização desprovida de sentido, quando analisarmos o ordenamento jurídico português, pois parece-nos que o processo civil possui um caráter de índole eminentemente *publicista*³⁵. No entanto,

competente para designar o tutor confie a outrem, no todo ou em parte, a administração dos bens do menor. Portal da Comunidades Portuguesas, Ministério dos Negócios Estrangeiros, acessível em “<https://www.portaldascomunidades.mne.pt>” (acesso em 28-01-2017).

³² Cf. *supra*, nota n.º 14.

³³ Disponível em “<http://www.dgsi.pt>” (acesso em 28-01-2017). No caso vertido no acórdão, foi negado provimento ao recurso de revista e parece-nos que bem andou o Tribunal, uma vez que o que estaria em causa não era o expediente que foi utilizado para o efeito, mas uma errada aceção e interpretação da parte do direito aplicável *in casu*.

³⁴ O *bold* é nosso.

³⁵ Note-se que não se fará uma esmiúça histórica da evolução do processo civil e da sua política processual ao longo dos tempos até hoje, o que, por razões de sistematização, nos fica

parece-nos inegável que a introdução e a crescente importância do *princípio da cooperação* e o seu relevo nos institutos e na política processual levam à introdução de um novo modelo de processo civil: o processo civil cooperativo, com propulsores e defensores como DANIEL MITIDIERO³⁶, que referencia: “[a] colaboração é um modelo de processo civil e é um princípio. A colaboração é um modelo de processo civil que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras, visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes”.

Na mesma linha de pensamento, destacamos, ainda, o pensamento de FREDIE DIDIER JR.,³⁷ que dispõe: “[a] condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos”. Outrossim, convém, ainda, chamar à colação MARIANA FRANÇA GOUVEIA,³⁸ que propõe uma nova contrução de juiz: o juiz «colaborante».³⁹

vedado, sendo que teríamos de recuar até MENGER e F. KLEIN, que atribui ao juiz a direção do processo, rompendo com o dogma de que aquela pertencia às partes. Vide, por exemplo, a propósito, MONTERO AROCA, *Los principios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant to Blanch, 2001, p. 51 e ss. Quanto ao ordenamento jurídico processual português, sobre a visão *publicista* do processo civil, destacamos, entre outros, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 20 e ss., PESSOA VAZ, *Direito Processual Civil — Do Antigo ao Novo Código (Novas tecnologias ao serviço da justiça)*, 2.ª Edição, Almedina, 2002, p. 322, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 225 e ss., ALBERTO DOS REIS, *O Novo Código de Processo Civil Português* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 341, MESQUITA, Miguel, *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil* in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143.º, n.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, p. 150. Em Itália, vide, por exemplo, entre outros, CARNELUTTI, Francesco, «Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione» (Postilla), in Rivista di Diritto Processuale Civile, Vol. XI, Parte I, 1934 p. 289 e ss; CALAMANDREI, Piero, «Processo e giustizia» in Rivista di Diritto Processuale, Vol. V, Parte I, 1950, Padova, p. 278 e ss, PISANI, Andrea Proto, «Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice», in Rivista di Diritto Processuale, Vol. XXVII (II Serie), 1972, Padova, p. 37 e ss., DENTI, Vittorio, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio* in Rivista di Diritto Processuale, Vol. XXIII (II Serie), 1968, Padova, p. 222.

³⁶ Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck, in Revista de Processo, Ano 36, Vol. 194, abril de 2011, p. 57.

³⁷ Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 45 e ss.

³⁸ GOUVEIA, Mariana França, Os poderes do juiz cível na ação declarativa (Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão), in Julgar, n.º 1, 2007, p. 50 e ss.

³⁹ Desde já se deixa a nota crítica à posição pugnada pela Autora, uma vez que o juiz, segundo esta, deverá estar em posição de igualdade com as partes, mas preocupado com o litígio privado. Ora, o juiz, em nossa opinião, nunca poderá estar em posição de igualdade com as partes, pois, tal como MANDRIOLI nos lembra, ele tem o “dever de decidir”, que emerge precisamente do dever de prestar a tutela jurisdicional. E, ainda, na esteira de CORREIA DE MENDONÇA, que acompanhamos, no sentido em que tal posição poderá pôr em risco as garantias de imparcialidade e de *terzietà* do juiz. Vide *Vírus autoritário e processo civil*, in Julgar, Lisboa, n.º 1, Janeiro-Abril 2007, p. 95. Isto é, o juiz deve manter-se equidistante e

Em face do exposto, parece-nos ganhar mais sentido a questão inicialmente colocada, quanto a sabermos qual o modelo de processo civil atual, qual a política e qual o caráter do processo civil, pois o evoluir dos tempos introduziu e continuará a introduzir novos elementos, novas formas de pensar e conjecturar o Direito, em particular, no que nos ocupa, o direito processual civil. Os novos problemas da sociedade e da comunidade trouxeram à liça esta ideia de que o processo deveria ser uma “comunidade trabalho”, uma ideia de estrita colaboração entre as partes e o juiz, de forma à profícua obtenção da justa composição do litígio, que, nas palavras de MIGUEL MESQUITA, “exige não só um juiz atento à tramitação, mas também ao coração do processo, ou seja, aos factos, ao pedido e às provas”.⁴⁰

De modo que a grande preocupação da denominada conceção “social” do processo reside na ideia de que o processo já não é “das partes”, sendo enfatizados os fins sociais que o processo visa atingir, a justa composição do litígio com influência e efeitos *inter* e *supra* partes, no sentido de se alcançar e visar a pacificação social. Para TEIXEIRA DE SOUSA⁴¹ é o “coadunar a estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimização externa às decisões do Tribunal”.

Nestes termos, e com as ideias e posições lançadas, cremos que não se poderá afirmar a existência de um modelo de processo civil puro, mas sempre *mitigado*, ou seja, com reminiscências nos vários institutos do processo civil dos diversos modelos apresentados e definidos na medida do que nos é possível, atento o tema que nos ocupa — a «vulnerabilidade processual» — que é precisamente um tema que o avançar dos tempos veio trazer à liça com maior ênfase e que urge ser tratado, debatido, pensado, articulado com o sistema, tendo em linha de consideração precisamente esta conceção de processo civil “social”, obviamente mitigada com as reminiscências nos institutos e nas *démarches* processuais dos outros modelos, de que, certamente, perante uma análise cuidada das normas do CPC, encontraremos notas, reminiscências dos diversos modelos.

Pelo que reiteramos a utopia de pretender-se um modelo puro, pois, por exemplo, basta um simples exercício para provar o que deixamos dito: basta conjecturar ler o CPC à luz de um modelo estritamente puro, sem reminiscências de qualquer outro modelo. Nesse caso, que princípios e que normas teríamos? (possibilidade de um *vazio inquietante*).

Assim, iremos encontrar, sempre, na nossa visão, reminiscências⁴² em diferentes institutos das diferentes conceções do processo civil, se quisermos

exerce de igual forma a sua autoridade quanto às partes. Por tudo, *vide*, ainda, CAPELO, Maria José, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 143.º, n.º 3985, Março-Abril de 2014, p. 297.

⁴⁰ Ob. cit., p. 106.

⁴¹ Estudos Sobre o Novo Processo Civil, 2.ª edição, Lisboa, Lex, 1997, p. 62.

⁴² Isto é, assistiremos a avanços e recuos, se quisermos colocar a questão nestes termos, quanto a uma maior influência de um ou outro modelo, v.g., quanto aos defensores da

admitir a visão tripartida: Modelo Liberal⁴³; Modelo Publicista; e Modelo “Cooperativo”. Nessa senda, embebidos neste enredo em que o nosso tema «vulnerabilidade processual» é esgrimido, ganha cor e vida, por força da noção de «vulnerável processual» já adiantada, com o ênfase transposto pela ideia de processo civil cooperativo, um Direito preocupado com os *fins sociais*, com a sua repercussão na sociedade e com a pacificação social ou, ainda, nas palavras de GRASSO, “*comunione di lavoro*”.⁴⁴

II. O INSTITUTO DA «TUTELA DIFERENCIADA»

Aqui chegados, cumpre olhar para o ordenamento jurídico e retirar, expurgar os instrumentos que este contempla, concretamente para fazer *jus* a uma tutela diferenciada em razão dos interesses (bens jurídicos e sujeitos) juridicamente tuteláveis e sindicáveis, sempre tendo em mente o tema que nos ocupa — «vulnerável processual» — e os seus reflexos. Assim, no panorama jurídico português podemos referenciar, destacar alguns mecanismos de «tutela diferenciada» em função dos litigantes, dos direitos e dos interesses juridicamente tuteláveis e protegidos.

conceção liberal. Esta conceção, pese embora todas as *nuances* a apontar, é ultrapassada e não se adequa às exigências dos nossos tempos atuais e da evolução da sociedade, não podendo mais conjecturar-se o juiz como “um convidado de pedra”, que se fecha em si mesmo e que não dialoga com as partes. Ou, nas clarividentes palavras de MIGUEL MESQUITA, “[n]o nosso tempo, com grande evidência, dois caminhos se abrem diante de nós: o que nos conduz a um juiz paralisado (o juiz “estátua” ou “convidado de pedra”) no domínio do pedido”, cf. *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil*, in RLJ, Ano 143.º, n.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, p. 150. Todavia, os seus defensores propugnam agora a mesma conceção, mas sob uma nova nomenclatura — “garantismo processual” — de modo que continua a ser difícil a conceção de um processo embebido por e para (também) interesses públicos. Já em Itália, temos assistido à tendência para a privatização de alguns aspectos do processo civil, na linha de FRANCO CIPRIANI, em especial, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3º comma, c.p.c.)* in RDP, Vol. XLIX (II Serie), 1994, Padova, p. 24. Em Espanha, temos, pela mão de MONTERO AROCA, uma transformação do espírito processual na nova LEC, que se transitou de um (considerado) processo civil «autoritário» para «uma solução de compromisso», negando-se poderes ao órgão judicial para a investigação da veracidade dos factos alegados pelas partes. Vide *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 28 e ss., NAVARRETE, Antonio María Lorca, *Es constitucional el juicio verbal? Es realmente la sumariedad un modelo de garantismo procesal? Son posible los juicios sumarios civiles?*, Instituto Vasco de Derecho Processual, San Sebastián, 2011, p. 21 e ss.

⁴³ A conceção liberal do processo conjectura o processo como uma espécie de competição na qual as partes recorrem a várias táticas. O juiz, para manter a sua imparcialidade, não pode revelar nem permitir a correção de certos erros cometidos pelas partes. Para ulteriores desenvolvimentos sobre a visão liberal, vide, entre outros, GRASSO, Eduardo, *La Collaborazione nel Processo Civile*, in RDP, Vol. XXI (II Serie), 1966, Padova, p. 593 e ss.

⁴⁴ Ob. cit., p. 582.

Nesta ótica, verificamos a existência dos denominados “processos especiais”⁴⁵ e os “processos de jurisdição voluntária”^{46/47}. Desta forma, questionamos o que encontramos em comum nesses processos especiais e nos processos de jurisdição voluntária. Porque existe uma regulamentação própria, procedimentos próprios que tutelam os interesses⁴⁸ juridicamente protegidos de forma diferenciada do procedimento ordinário comum? Cremos que a regulamentação de procedimentos especiais deriva do facto de o legislador ter sentido uma maior necessidade de tutelar, em maior (ou menor) grau de intensidade, determinadas situações jurídicas de direito material que dependem de proteção especial pela norma processual civil.

Ou seja, o legislador pretende conferir uma *proteção especial, acrescida* a determinadas relações jurídicas de direito material, que não conseguem ser correta e perfeitamente tuteladas pelos demais procedimentos previstos no

⁴⁵ a) Tutela da Personalidade — artigos 878.º e seguintes do CPC; b) Justificação da Ausência — artigos 881.º e seguintes do CPC; c) Interdições e Inabilitações — artigos 891.º e seguintes do CPC; d) Prestação de Caução — artigos 906.º e seguintes do CPC; e) Consignação em Depósito — artigos 916.º e seguintes do CPC; f) Divisão de Coisa Comum — artigos 925.º e seguintes do CPC; g) Divórcio e separação sem consentimento do outro cônjuge — artigos 931.º e seguintes do CPC; h) Execução por alimentos — artigos 933.º e seguintes do CPC; i) Liquidação da Herança vaga em Benefício do Estado — artigo 938.º do CPC; f) Prestação de Contas — artigos 941.º do CPC e seguintes, entre outros devidamente acautelados no CPC.

⁴⁶ Refira-se que, nos processos de jurisdição voluntária, o juiz deverá decidir com base em **critérios de conveniência e oportunidade**, afastando o princípio da legalidade estrita. Vide, entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.05.2010, proferido no processo n.º 503-D/1996.G1.S1 (Relator: Lopes Rego), onde se pode ler: “[...]tratando-se de processo de jurisdição voluntária, goza o tribunal de ampla margem de discricionariedade na realização das diligências instrutórias, só sendo admitidas aquelas que o juiz considere necessárias, face às circunstâncias concretas do caso (arts. 1409.º, n.º 2 , do CPC e 181.º, n.º 4, «in fine» da OTM. Tal implica que a definição das diligências probatórias tidas por necessárias e úteis para a solução do litígio assenta — não em critérios normativos, de legalidade estrita — mas antes em «critérios de conveniência e oportunidade», o que naturalmente inviabiliza o acesso ao Supremo para controvertêr tal matéria, por força do estatuído no art. 1411º, n.º 2, do CPC”. O bold é nosso. Ora, em nosso entendimento, o facto de nos processos de jurisdição voluntária estarmos diante de critérios de conveniência e oportunidade e o facto de o Tribunal gozar de uma ampla margem de discricionariedade reforçam mais a ideia de falarmos de uma tutela diferenciada, uma tutela devidamente pensada e cuidada para adequar o procedimento à pretensão, a forma à pretensão. Neste epíteto, com as necessárias cautelas e adaptações, recordemos, v.g., CAPPELLETTI, que é favorável à atribuição de um papel probatório (iniciativa probatória) ao órgão decisório, aqui extravasando os processos especiais e os processos de jurisdição voluntária e com um campo de aplicação mais geral, isto é, também ao procedimento comum. V. CAPPELLETTI, Mauro, *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo*, in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 417. Contrariamente a esta posição, temos, por exemplo, MONTESANO, que defende: “o campo do juiz e dos defensores deve ser claramente separado, porque existe uma verdadeira incompatibilidade psicológica entre o papel de julgar e o papel de procurar os elementos de defesa das partes”. V. MONTESANO, Luigi, *Le prove*, in RDP, Volume XXXIII (II Serie), 1978, Padova, p. 476.

⁴⁷ V. Título XV do Livro V do CPC, que tutela procedimentos relativos a filhos e cônjuges, como prestação de alimentos, separação ou divórcio por mútuo consentimento (artigos 986.º e seguintes do CPC), encontrando, ainda, particulares processos e procedimentos quanto ao exercício de direitos sociais (artigos 1048.º e seguintes do CPC).

⁴⁸ Na aceção de pessoa, grupos ou bens jurídicos.

CPC, sejam eles técnicas de conhecimento, execução ou cautelares. No fundo, podemos afirmar que os processos especiais são trâmites, procedimentos específicos, que se revelam total ou parcialmente distintos do procedimento comum, ou seja, perante a insuficiência do procedimento comum, há que individualizar e tutelar de forma diferenciada, em concreto, em processos especiais, de maneira a que se protegam na plenitude os interesses juridicamente em causa, para que se verifique uma adequação da forma à substância, bem como se verifique uma harmonização entre os trâmites do processo e as peculiaridades do direito material em causa.

A este respeito relembre-se MARCATO⁴⁹: “[o] conflito de interesses a ser dirimido apresenta particularidades que escapam ao alcance de um tratamento processual comum, daí porque os procedimentos especiais se ajustam às peculiaridades das exigências das relações jurídicas neles deduzidas, tornando mais aparente e efetiva a relação existente entre direito e processo”.

Cumpre, ainda, referenciar que, no ordenamento jurídico português, o caso verificado no *direito do trabalho*, em que o legislador também cuidou de prever e regulamentar um procedimento e processo próprios com uma tutela e regulamentação diferenciadas, bem como, e pela vivência atual junto dos Tribunais, o *processo especial de insolvência* e o *processo especial de revitalização*, com procedimentos próprios, ritos diferentes, precisamente porque, conforme já acima pugnámos, estão em causa e são merecedores de tutela direitos e *interesses*⁵⁰ com uma amplitude e intensidade diferentes, que o procedimento comum não consegue abranger.

De modo que PROTO PISANI⁵¹, em face da multiplicidade de procedimentos e mecanismos de tutela tendencialmente adequados à diversidade das situações de direito material que o processo civil tem desenhado, os denominou genericamente de «*tutelas jurisdicionais diferenciadas*», que podem ser procedimentos de cognição adaptados às peculiaridades da relação jurídica de direito material controvertida ou procedimentos de cognição sumária⁵², que acentuam a *celeridade e a efetividade*⁵³ da tutela jurisdicional de determinadas situações jurídicas.

⁴⁹ MARCATO, Antônio Carlos, *Procedimentos Especiais*. 8.^a edição, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 37

⁵⁰ Cf. *supra*, nota 48.

⁵¹ PISANI, Andrea Proto, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di Diritto Processuale*, ed. CEDAM, Padova, 1979.

⁵² A propósito e com as necessárias adaptações, para uma concreta apreensão da evolução da tutela sumária no direito brasileiro, v., entre outros, MARIONI, Luiz Guilherme, “Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIX, Tomo I, pp. 425-453; JÚNIOR, Humberto Theodoro, “Processo Cautelar”, São Paulo, Leud, 1976, p. 108 e ss.

⁵³ V., entre outros, sobre o princípio da efetividade e a tutela de urgência, tutela cautelar, tutela antecipatória no sistema para ulteriores desenvolvimentos, MARIONI, Luiz Guilherme, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1994, p. 37 e ss.

2.1. Os Juizados Especiais como Instrumento de Tutela Diferenciada: o caso Brasileiro.

Para, de forma concisa, transformos o estudo deste instituto da «tutela diferenciada», cremos que será útil atendermos ao caso dos Juizados Especiais do Brasil, para podermos, de forma assertiva, retirar conclusões e «pontos de toque» quanto à nossa preocupação e ao nosso tema (maior) — «o vulnerável processual». Em que termos poderão os Juizados Especiais atender à sindicabilidade e à proteção do «vulnerável processual» e, na positiva, de que ordem de vulnerabilidade estaremos a falar? Vulnerabilidade em razão de ordem económica? Em razão de ordem técnica?

Os Juizados Especiais foram criados no Brasil pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e tiveram como principal propósito o de facilitar o acesso à justiça das causas de menor complexidade, que, normalmente, ficavam “excluídas” *ab initio* de tutela, uma vez que se tinham de sujeitar ao procedimento comum, quer, por um lado, em razão do seu custo, atendendo ao binómio custo/benefício, quer, por outro, atenta a sua morosidade. Um outro objetivo que esteve na origem da criação dos Juizados Especiais foi o de aliviar os tribunais tribunais superiores da apreciação dessas causas. Nas palavras de DINAMARCO, ressalta que o objetivo dos juizados foi oferecer uma justiça mais informal, eminentemente participativa, mais célere e *amplamente acessível*.⁵⁴

Nestes termos, entendemos que os Juizados Especiais, conforme considerações *supra*, pretendem oferecer uma justiça mais informal, mais participativa, mais célere e acessível.

De todo modo, várias têm sido as críticas esgrimidas. Em especial, e na esteira de LEONARDO GRECO, destacaríamos: a) o *déficit garantístico* dos Juizados, ou seja, inobserva-se o respeito pelas garantias mínimas do processo, destacando-se, por exemplo a não referência à “coisa julgada”; b) a questão da competência, pois outras causas de reduzida complexidade estão sob a alcada dos juizados, sem qualquer motivo razoável, numa discriminação sem justificação; c) as exclusões do artigo 8.º da Lei n.º 9.099/95, *relativas ao incapaz, ao preso, às pessoas jurídicas de direito público e, como autoras, às pessoas jurídicas*, salvo microempresas e empresas de pequeno porte, violam o princípio da isonomia, da igualdade (discriminações positivas); esta será uma *asseverada crítica*, que também lançamos, pois o procedimento obriga ao comparecimento pessoal do autor à audiência, o que discrimina as pessoas com deficiências físicas, com dificuldades de locomoção, assim como os presos.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p. 802.

A este respeito, argui GRECO⁵⁵, que acompanhamos: “*a discriminação do incapaz e do preso, pois estes, justamente pela condição de inferioridade no exercício dos seus direitos em que se encontram, devem ter compensada essa posição de desvantagem com providências que possibilitem superá-la e não serem tratados de modo discriminatório com a proibição de postulação junto aos juizados, cujo objetivo social primordial é justamente o de facilitar o exercício do direito de acesso à Justiça daqueles que, sem eles, estavam impossibilitados de alcançá-lo*”. Concluindo que “*a impossibilidade de o autor se fazer representar por preposto (artigo 51.º, I, da Lei 9.099/95) constitui uma violação da garantia do acesso à Justiça, não só para pessoas enfermas, idosas, deficientes ou com dificuldades especiais, mas para qualquer pessoa que seja, como normalmente é o autor, um litigante eventual, que tem de abandonar os seus afazeres para comparecer em Juízo*”.⁵⁶

Por outro lado, temos ainda, como principais críticas apontadas: a extinção do processo, pois perdem-se todos os atos processuais e extinguem-se todos os efeitos da citação, o que implica, na prática, para o autor o dano de voltar, muitas vezes após longos meses de espera, à mesma situação em que se encontrava antes de iniciar a ação; a redução da oralidade, uma vez que as audiências de conciliação e de instrução são dirigidas por conciliador ou juiz leigo, cabendo a este proferir a decisão, que fica sujeita apenas à homologação do juiz; a autorização a julgamentos de equidade, afastando-se, assim, os critérios de legalidade estrita, aumentando-se os de oportunidade e conveniência, lembrando-nos a *justiça coexistencial* (CAPPELLETTI) e a «*justice de proximité*».

Ou seja, e concretizando, a par de GRECO⁵⁷, não pode a lei processual sujeitar qualquer litigante em qualquer causa, sem a sua voluntária adesão, a julgamentos por equidade, que significam a autorização ao julgador para adotar a solução que lhe pareça mais justa, ainda que tenha de desprezar a lei e os direitos subjetivos por ela protegidos. Outros considerandos críticos poderiam ser lançados, como o patrocínio facultativo por advogado, entre outros, o que, em nosso entendimento, constitui uma séria limitação na ampla e coesa defesa em juízo dos direitos dos cidadãos.

Sem embargo, para o efeito pretendido, julgamos ser suficiente o esgrimedido *supra*, para, aqui chegados, questionarmos, em nota problemático-conclusivam, se, em face das vantagens e desvantagens apontadas aos Juizados Especiais, estes serão um instrumento de tutela diferenciada. Poderão, mesmo assim, ser um instrumento de tutela diferenciada? Acautelarão o «vulnerável processual»? Na positiva, de que ordem de razão — económica, técnica ou saúde?

⁵⁵ GRECO, Leonardo, *Os Juizados Especiais como Tutela Diferenciada*, in, Revista Eletrônica de Direito Processual — REDP, volume III, p. 34.

⁵⁶ O **bold** é nosso.

⁵⁷ Ob. cit., p. 36.

Pois bem, cremos que, por um lado, é *louvável a criação dos Juizados Especiais*, pois, como a maioria da doutrina brasileira afirma, permitiram o acesso à justiça, à tutela de causas, que, de outra forma, muito dificilmente seriam sindicadas. Por outro lado, pese embora o objetivo tenha sido dar essa possibilidade de as causas menos complexas chegarem a juízo, através de uma justiça mais infomar, mais participativa, mais acessível economicamente, louvamos o facto de ser *reforçado o acesso à justiça* de todas as causas, independentemente do seu grau de complexidade, e, sobretudo, de ter sido ultrapassado o obstáculo de os cidadãos se absterem de litigar por dificuldades económicas, sobretudo de patrocínio judiciário, levando precisamente a uma «*justice de proximité*», obviamente com os *deficits* sumariamente aludidos, nomeadamente garantísticos, mas com muitos louvores também, em nosso entendimento, sendo um mecanismo que, de facto, combate o «vulnerável processual» em razão da ordem económica ou, entre a doutrina brasileira, o “hipossuficiente”, a par de FERNANDA TARTUCE, na aceção de vulnerável económico, o que é de relevar, sobretudo, atentas as assimetrias económicas patentes e cada vez mais vincadas na sociedade brasileira.

De facto, e tal como acima já fizemos, entendemos, do outro lado da “moeda”, em termos de «vulnerabilidade», que o facto de ter de haver comparecimento pessoal sem possibilidade de representação é algo que, efetivamente, afetará e contenderá com as pessoas com deficiências de locomoção, os incapazes e os presos. No entanto, os resultados, mesmo assim, na seara jurídica brasileira dos Juizados Especiais acabam por ser positivos e aceites, sempre na perspectiva, pelo menos na que defendemos — e não estamos sós⁵⁸ — de que os *deficits* garantísticos⁵⁹ apontados acabam por ser aceitáveis

⁵⁸ Expõe GRECO: “[e]ntretanto, parece-me que boa parte dos déficits garantísticos dos juizados podem ser absorvidos sem comprometê-lo, se compreendermos esse procedimento como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Como vimos acima, uma das características da tutela jurisdicional diferenciada é a de prover especificamente ao acesso à justiça em determinados tipos de relação jurídica que, sem ela, ficariam alijados desse acesso. Para as causas de pequena complexidade, o custo, a morosidade e as exigências formais do procedimento ordinário são barreiras intransponíveis. Os números já demonstraram que, através dos juizados, o Poder Judiciário passou a atender a uma enorme gama de situações jurídicas e de pessoas que não tinham acesso à tutela de pequenos direitos”. V. ob. cit., p. 43.

⁵⁹ Isto é, importa perceber (o que seria objeto de outro estudo) até que ponto o novo “vulto da gestão processual”, a “simplificação processual” e adequação do rito ao procedimento não colocam indubitavelmente em causa as garantias de um processo justo e equitativo. Pensemos, por exemplo e por comparação, com o instituto acabado de estudar como uma forma de tutela diferenciada, que, em Itália, temos os “procedura simplificata”, ou seja, procedimentos esgrimidos em prol de uma justiça célere e simplificada, em que há, por parte do legislador, e, por consequência, do juiz, uma adequação da forma ao processo, uma simplificação, em busca do almejado princípio da efetividade pugnado pela conceção “social” do processo e da celeridade e proficiência na justa composição do litígio. A par do que deixámos dito para os Juizados Especiais, e sempre com as devidas cautelas e ponderações a tomar, terá sempre de ser ponderado, por referência às repercussões do instituto em causa no ordenamento jurídico vigente, se os malefícios serão ou não suplantados pelos benefícios, dos quais, inevitavelmente, no caso brasileiro, por comparação, se destaca o aumento do

se olharmos os *Juizados como uma forma de tutela diferenciada*, isto é, que o legislador criou para atender a particular *interesses*⁶⁰ que, de outra forma, não teriam cabimento no dito processo comum, falhando, assim, a sua proteção.

Pelo caminho que vamos trilhando, parece-nos que, em face da exigência que nos coloca a acelerada e hipercomplexa sociedade globalizada em que nos inserimos, e, sobretudo, chamando à colação o Direito e que este seja sensível e atenda aos novos problemas, como já fomos enfatizando, vivemos tempos de mudança em terreno do Direito Processual Civil, rompendo (na medida do possível) paradigmas, pensando e deparando-nos com novos desafios. Um deles é, precisamente, a *vulnerabilidade do sujeito na relação jurídica processual* e, tendo como adquirida a sua efetiva existência, o seu conceito e reflexos na teia jurídico-processual, que é, precisamente, a pedra de toque do presente estudo, é chegada a altura de questionarmos qual a função do processo perante a vulnerabilidade do sujeito. Como havemos de interpretar esta relação? É precisamente disto que nos ocuparemos no tópico imediatamente seguinte.

2.2. A «vulnerabilidade Processual»: instrumentalidade subjetiva do processo: a interpretação da Corte Interamericana quanto à Argentina

Acompanhamos MOSMANN⁶¹, no sentido de ser claro que “*estatutos especiales o normas sectoriales reconocen específicas regulaciones de derechos a determinados fragmentos de la población que se caracterizan por la debilidad de su posición ante determinada situación con efectos jurídicos*”. Posto isto, sendo certa a existência de regras que regulam a situação de um vulnerável substantivo ou, em outras palavras, nesta sede «extraprocessual», necessário se torna uma regulação da situação da vulnerabilidade intraprocesso (dentro do processo). Para este efeito, foi objeto de análise pela Corte Interamericana, quanto ao Estado Argentino.

Esta análise teve por base o caso “*Furlan y familiares vs. Argentina*”⁶², daí se extraindo que lado foi considerado: “*toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado son necesarios para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos*”.

princípio do livre e efetivo acesso à justiça, sendo eliminado, ou fortemente diminuído, o fator económico, de grande relevo naquele país. V., entre outros, AMENDOLAGAINE, Vito, *Processo civile: la semplificazione dei riti*, Wolters Kluwer Italia, 2011.

⁶⁰ Cf. *supra*, nota 48.

⁶¹ MOSMANN, María Victoria, *Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad: instrumentalidad subjetiva del proceso*, Civil Procedure Review, v.5, n.1, Jan- April, 2014, p. 60.

⁶² CIDH, “*Furlan y familiares vs. Argentina*”, 31 de agosto de 2012.

Ou seja, verifica-se um *reconhecimento da existéncia do «vulnerável processual»*, sendo este reconhecimento devido pela “moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efetivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”.⁶³

Por outro lado, verifica-se também que, em face do reconhecimento da vulnerabilidade da parte dentro do processo, se afirma a visão de que o processo, na esteira de DINAMARCO⁶⁴, passa a ter uma *função instrumental*^{65/66}, isto é, e concretizando, não está apenas ao serviço das partes, na justa composição do litígio intrapartes, não apenas preocupado e ao serviço do escopo jurídico do direito material para aquelas concretas partes da lide, mas também está preocupado (o processo) em servir de e como *instrumento de pacificação social e de instrumento de garantia de os indivíduos participarem nos destinos da sociedade*.

Em face do que se deixa exposto, chegada é altura de, tendo em consideração o percurso percorrido até aqui, «apontarmos armas» não no sentido de tomar o partido de uma posição ou avançar com uma nova solução, mas — sem se pretender, desde já, criticar o sistema jurídico-processual português,

⁶³ O *bold* é nosso.

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. 5.^a edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270.

⁶⁵ A teoria instrumental do processo não é pacificamente aceite na doutrina brasileira. Em especial em tom crítico, v., entre outros, PASSOS, José Joaquim Calmon, adiantando que na sua ótica “o modismo da ‘instrumentalidade do processo camufla equívoco a ser corrigido, pois antes de o direito condicionar o processo, é o processo que condiciona o direito’, in, *Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de Processo*. n.º 102, ano 26, abril/junho 2001, p. 57 e ss. Assim, como resposta à teoria da instrumentalidade do processo, foi esgrimida pela escola processual Gaúcha, na pessoa de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a “teoria do formalismo-valorativo”, que assenta em “analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aforitivo problema que assola o direito processual”, diferenciando-se do instrumentalismo, na medida em que, por um lado, coloca o processo (e não a jurisdição) no centro da Teoria, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores, e, por outro lado, pretende ser *valorativo*, quando assume que a atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual, se destina à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, mediante a consideração de elementos axiológicos e, por isso mesmo, identifica o processo como direito fundamental do cidadão. V., para ulteriores desenvolvimentos da temática, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, in, *Cadernos de Direito Processual — PPGDIR-UFES*, V. 2. p. 13.

⁶⁶ E, em face da “nova visão” avançada, quer pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quer pela Corte Suprema de Justiça da Nação: Instrumentalidade do processo, avança MOSMANN com uma subcategoria desta visão, acrescentando assim uma subcategoria desta instrumentalidade — a instrumentalidade subjetiva do processo — na medida em que é por factos de índole subjetiva (fins sociais) que é construída esta visão. V. ob. cit., p. 70.

nem outros sistemas, nem ter a pretensão, sem mais, de avançar com uma pioneira solução, lembrando-nos a parábola da “Terra Prometida” —, sensibilizar, numa ótica problematizante, para esta questão da «vulnerabilidade processual», em que se coloca um acento tónico, sobretudo pela conceção de processo civil “social”, preocupado com os fins sociais, com a pacificação social, tendo assim efeitos *intra* e *supra partes*.

Nesta linha de raciocínio, um dos problemas que notamos na análise de estudos e artigos académicos científicos já elaborados e disponíveis para consulta — e com humildade científica o admitimos — será a pretensão de almejar, por um lado, fortes críticas ao sistema jurídico implantado e, por outro lado, a procura desenfreada por uma nova solução. Em nosso entendimento, e não seguindo essa «corrente», defendemos que o nosso sistema jurídico-processual (português) é um sistema «rico», com um alto grau de completude, diversos institutos cuidadosamente pensados, alguns deles perdurando há largas décadas. A nossa pretensão passa, apenas (e cremos que é bem mais difícil do que apontar um caminho, criticar os caminhos já apontados), por repensar o sistema jurídico-processual português, os seus institutos, desprendidos de (pré)-conceitos, de dogmas, à luz dos riscos e desafios que o século XXI nos coloca e de novas correntes. Por exemplo, repensar a vulnerabilidade conjecturando um modelo de processo civil liberal puro seria possível? E na veste publicista? Qual a releitura que os desafios que a sociedade hipercomplexa, acelerada, globalizada impõem que em geral o Direito, em particular, o direito processual civil absorvam e interiorizem?

Assim, um dos desafios dessa releitura é precisamente a «vulnerabilidade processual». Como harmonizar este desafio à luz da ordem jurídico-processual? Existirá algum instituto passível de abarcar este conceito? Existindo, como já vimos acima, reminiscências ao longo não só do CPC, mas também noutros diplomas, deveremos equacionar uma «cláusula geral de vulnerabilidade»? Ou, ao invés, devemos, pontualmente, aferir da «vulnerabilidade processual» caso a caso? Deverá a solução avançada pela professora FERNANDA TARTUCE (vulnerabilidade como justa causa, justo impedimento) ser transposta para Portugal? Iremos problematizar tais considerandos na terceira e última parte da nossa análise.

III. PROBLEMATIZAÇÃO DO CONCEITO: QUAIS O(S) CAMINHO(S) A SEGUIR?

Na verdade, cremos que ao longo do presente estudo fomos sempre colocando o acento tónico em problematizar os considerandos em debate, colocar em termo de comparação soluções propugnadas noutros sistemas jurídicos, sendo certo que é um tema pouco estudado, em especial em Portugal. Chegada é a altura de, depois de várias «viagens», várias reflexões, vários pontos de contacto com institutos, normas, posições, correntes com implicações para o nosso tema de «vulnerabilidade» no processo civil, com

todas as cautelas e prudências, trilhar conclusões quanto ao caminho a seguir, pelo menos em sede de ordem jurídico-processual portuguesa.

Pois bem, a professora FERNANDA TARTUCE avança, com audácia, em propugnar que a vulnerabilidade poderá ser considerada justa causa⁶⁷, uma vez que a vulnerabilidade emerge como critério de promoção da igualdade. Mais, acentua o facto de o juiz poder oficiosamente conhecer da vulnerabilidade da parte, estando assim a mesma dispensada de alegar na primeira oportunidade que tenha em juízo, uma vez e sempre que a situação de vulnerabilidade constitua um facto notório.^{68 69}

Ora, conjecturando o propugnado pela professora TARTUCE para a nossa ordem jurídica processual, teríamos de chamar à colação o justo impedimento previsto no artigo 140.º do CPC, que dispõe: “1 — Considera-se «justo impedimento» o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários que obste à prática atempada do ato. 2 — A parte que alegar justo impedimento oferece logo a respetiva prova; o juiz ouvida a parte contrária, admite o requerente a praticar o ato fora de prazo se julgar verificado o impedimento e reconhecer que a parte se apresentou a requerer logo que ele cessou. 3 — É do conhecimento oficioso a verificação do impedimento quando o evento a que se refere o n.º 1 constitua facto notório, nos termos do n.º 1 do artigo 412.º e seja previsível a impossibilidade da prática do ato dentro do prazo.”

No entanto, no uso deste normativo e na densificação feita pela jurisprudência e pela doutrina em geral, denotamos uma forte exigência na verificação do justo impedimento⁷⁰, não se conjecturando, assim, que, uma vez verificada a «vulnerabilidade processual», possa a mesma ser alicerçada como um justo impedimento e, em verdade, se diga que, a verificar-se a mesma, o facto de esta ser conhecida oficiosamente pelo juiz, considerando o evento da vulnerabilidade, será um facto notório nos termos e para os efeitos do artigo

⁶⁷ Cf. artigo 183.º do CPC brasileiro.

⁶⁸ Cf. ob. cit., p. 343 e ss.

⁶⁹ Sobre a problemática dos factos notórios e sobre a sua densidade e relevância processual, v., por exemplo, CAPELO, Maria José, ob. cit., pp. 297 e ss.

⁷⁰ Cf. entre outros, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.03.2015, proferido no processo n.º 1804/12.7TBTNV-B.EI.C1., onde podemos ler: “[n]ão é desculpável o comportamento da parte que entrega o formulário do apoio judiciário, na Segurança Social, com dúvidas sobre o seu teor, enganando-se na quadrícula que respeitava à sua intenção, pois tinha ao seu alcance a eliminação de tais dúvidas”. E, em termos doutrinários, destacamos, por exemplo, LEBRE DE FREITAS, “[p]assa assim o núcleo do conceito de justo impedimento da normal imprevisibilidade do acontecimento para a sua não imputabilidade à parte ou ao mandatário (ou a um auxiliar deste:cfr.art.808-1CC). Um evento previsível pode agora excluir a imputabilidade do atraso ou da omissão. Mas, tal como na responsabilidade contratual, a culpa não tem que ser provada, cabendo à parte que não praticou o ato alegar e provar a sua falta de culpa, isto é, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior impeditivo (art.799-1CC):embora não esteja em causa o cumprimento de deveres, mas a a observância de ónus processuais, a distribuição do ónus a prova põe-se nos mesmos termos.” V. FREITAS, José Lebre de, e outros, Código de Processo Civil Anotado, 2.ª edição, Coimbra, p. 273.

412.º do CPC, pois, desde já se diga, tal hipótese entra em completa desarmonia com a *ratio legis* insita do facto notório, uma vez que os factos notórios, de acordo com o referido normativo, não carecem de alegação, são factos do “conhecimento geral”. Ora, a «vulnerabilidade processual», por exemplo, em razão de ordem técnica, salvo melhor opinião, não é um “facto de conhecimento geral”, logo, muito difficilmente se conjectura que possa ser atendida como justo impedimento, nem ser conhecida oficiosamente, tendo sempre de, a verificar-se, ser alegada em juízo pela parte, na primeira oportunidade.

Posto isto, e afastada que se encontra a solução avançada pela professora TARTUCE, que, de facto, é demasiado audaz para o nosso ordenamento jurídico e desarmónica com os institutos vigentes, também no Brasil a solução propugnada não será isenta de hesitações, críticas e eventual inaplicabilidade, conforme se considerou, v. g., no acórdão do TRT, 3.ª Região, o qual refere que “[h]á um limite para a aplicabilidade da teoria do fato notório. Em todos os casos em que o notório se **consustancia no fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo**, que depende de alegação da parte, não pode o Juiz conhecê-lo de ofício — ainda mais quando ele não se encontra devidamente identificado — em razão da regra inscrita no art. 128 do CPC”.^{71/72}

Ora, recordando a noção de «vulnerável processual», esta consubstancia um fator impeditivo ou modificativo de cariz permanente ou provisório de litigar na sua plenitude, logo, estaria *prima facie* afastada a teoria do facto notório e, em consequência, de conhecimento oficioso pelo juiz da vulnerabilidade, contrariamente ao defendido pela professora TARTUCE.

Destarte, outro ponto interessante é o seguinte: pelo caminho percorrido verificámos que, pese embora não se encontre consagração expressa da menção e do conceito «vulnerável processual», encontramos, quer no CPC, quer em legislação avulsa, normas que acautelam particulares situações de vulnerabilidade. Porém, com algum receio de empregar a expressão, são usadas outras, como «**manifesta inferioridade**», «**impossibilidade ou grave dificuldade**», «**manifesta carência económica**», «**explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência**», o que nos conduz à seguinte problematização: quererá o legislador com estas menções dispersas em vários diplomas tipificar os casos em que existe uma situação de especial vulnerabilidade e, portanto, merecedora de especial tutela ou, ao invés, atentas as diversas menções em vários diplomas, pretenderá *a posteriori* a construção de uma «cláusula geral de vulnerabilidade», à semelhança do que verificamos na lei civilista e no CC, cujos institutos preconizados sob essa égide perduram há décadas?

Em bom rigor se diga que, salvo melhor entendimento, pelo menos por ora, culturalmente é imprudente e com pouca maturidade e densidade jurídica defendermos esta ideia da construção ou de atendibilidade de uma «cláusula

⁷¹ Disponível em “<https://www.legjur.com>” (acedido em 28-01-2017).

⁷² O *bold* é nosso.

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

Entendemos, sim, que deveremos analisar caso a caso, tendo em conta as suas considerações específicas, atender e verificar se estamos perante um caso de «vulnerabilidade processual», de que razão de ordem se verifica essa vulnerabilidade e verificar sempre se se encontra tipificada essa situação, parecendo-nos que a resposta será positiva, pois não vemos apontamentos na doutrina e jurisprudência em sentido diverso.

Por fim, defendemos também que de entre as situações de «vulnerabilidade processual» que elencámos e que se encontram tipificadas, não tenha o legislador receio de usar de forma clara e expressa: «vulnerabilidade», e não outras expressões, por vezes mais carregadas em termos de densidade e que podem suscitar outras interpretações, assim, por exemplo, «*manifesta carência económica*», **deveria ler-se «manifesta vulnerabilidade económica».**

NOTA CONCLUSIVA

Em jeito conclusivo, primeiramente se diga que o presente estudo não o concluímos, apenas, com a humildade científica que nos cabe. «Abandona-se», pois um estudo científico, em nossa opinião, nunca se acaba, apenas se abandona.

O tema que nos ocupou, «vulnerabilidade processual», assume-se como desafiante, inquietante, que nos provoca o despoletar da busca jurídica, do problematizar, do reler o CPC, de nos colocarmos em solo estrangeiro, outro país, e ali problematizamos o tema, para que, embebidos de diversas reflexões, encontremos o «nossa caminho», a nossa pretensão.

Neste sentido, e tendo a plena consciência de que, pelo menos na nossa ordem jurídica processual, o presente tema enferma de alguma originalidade, relembre-se que o termo vulnerabilidade tem diversos sentidos, aceções, é utilizado em vários ramos de saber e em várias ciências, sendo prudente e cauteloso que para a definição de «vulnerável processual» se faça a distinção de outros vulneráveis, concluindo que para efeitos processuais, vulnerável é uma *condição, uma causa, um condicionante, um fator impeditivo ou modificativo de caráter permanente ou provisório de litigar na sua plenitude, ou seja, de estar plenamente em juízo na lide.*

Desta forma, poderemos ter fatores de diversa ordem, que nos permitam concretizar em determinada situação específica e concreta que espécie de

«vulnerável processual» temos, isto é, vulnerável em razão económica, em razão técnica, em razão de idade, em razão de desconhecimento do direito material aplicável, em razão de saúde.

Neste ensejo, verificámos ainda qual o tratamento que o ordenamento jurídico português dá a essa «vulnerabilidade processual», ou seja, tipifica essas situações de vulnerabilidade, em que termos, em que diplomas, tendo-se apurado que tipifica na lei processual e fora dela diversas situações de «vulnerabilidade processual», com o «remédio», com a indicação de como sanar a tal vulnerabilidade, e assim restabelecer a igualdade na lide, a justa composição do litígio, com preocupações intra e supra partes.

Conforme apurámos, ainda, em face da atual cultura jurídica processual portuguesa, não nos parece prudente e juridicamente uma boa opção que o legislador avance, por um lado, pela solução propugnada no Brasil pela professora TARTUCE, no sentido de catalogar a «vulnerabilidade processual» como uma justa causa (artigo 183.º do CPC brasileiro) e mais defendendo que, caso a vulnerabilidade em causa constitua facto notório, o juiz pode conhecer dela oficiosamente, dispensando assim a parte de a arguir a juízo na primeira oportunidade para o efeito. Pois, conforme devidamente explicitado, tal assertão na ordem jurídica processual portuguesa seria desarmónica com (e no) sistema em causa e vigente.

Neste epíteto, considerámos ainda que, por ora, seria também demasiado audaz e precipitado o legislador propugnar uma «cláusula geral de vulnerabilidade», pois, atenta a amplitude que teria de ter a sua letra, certamente causaria situações de uso anormal do instituto, levando à insegurança jurídica e à perturbação da paz social, não se cumprindo, assim, o postulado do processo civil na aceção “social”, na preocupação com os fins sociais e com o estabelecimento do bem, da ordem pública e da paz social.

Em contraste, sustentamos que as situações de «vulnerabilidade processual» sejam verificadas caso a caso, consonte as suas concretas especificações, mais defendendo que, em face da tipificação casuística dessas concretas situações de vulnerabilidade atendidas pelo legislador, haja a expressa utilização da expressão «vulnerabilidade processual», e das suas “espécies”, ou razões de ordem, conforme a concreta situação, pois cremos que será um claro e concreto passo para colocar o acento tónico nos novos desafios que o processo civil de cariz e aceção “social” embebido na sociedade multicultural, hipercomplexa, globalizada, acelerada e contemporânea nos coloca.

Em suma, entendemos ainda e também que tais opções, a serem esgrimidas pelo legislador, provocarão uma maior sensibilidade e necessidade de releitura dos institutos jurídicos, enraizando assim uma maior consciencialização dos riscos e dos desafios do processo civil do século XXI nos coloca.