

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTº 326º, Nº 3 DO NOVO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL DE MACAU ¹

Ho Wai Neng

*Assistente a Tempo Parcial da Faculdade de Direito
da Universidade de Macau*

I. OBJECTO DO ESTUDO

Não obstante o novo Código Processo Civil de Macau ter acentuado a ideia de inquisitorialidade, continua a dominar fundamentalmente o princípio do dispositivo no nosso processo civil.

No entanto, em matéria de providências cautelares, o legislador veio dar um passo grande, consagrando, no artº 326º, nº 3 que “*O tribunal pode decretar providência diversa da concretamente requerida*”:

O presente trabalho visa analisar qual o alcance desta norma, a sua articulação com o disposto no artº 564º, nº1, nos termos do qual o juiz não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir, e com o eventual indeferimento liminar previsto no artº 394º, nº 1, al. a), conjugado com o artº 139º, nº 1, al. a), todos do mesmo Código de Processo Civil, para

¹ Relatório apresentado no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, em Língua Portuguesa, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, na Disciplina de Direito e Processo Civil, no ano lectivo de 1996/1997.

tentar descobrir se se confere realmente ao juiz toda a liberdade para decretar uma providência, diferente do pedido, que melhor satisfaça os interesses do requerente.

A falta de elementos preparatórios publicados, nomeadamente actas das reuniões da comissão encarregada da elaboração do projecto do novo CPC dificulta o nosso estudo.

Contudo, partimos com a análise da evolução histórica dos princípios dispositivo e inquisitório, e tentamos chegar a uma conclusão.

II. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO

O princípio dispositivo tem as suas raízes no antigo Direito Romano, “*ius utendi, fruendi et abutenti*” (direito de usar, fruir e de abusar)².

Segundo José João Baptista, “*corresponde este princípio a uma concepção privatística do processo, em que o pleito depende fundamentalmente da vontade das partes, sendo o juiz um simples árbitro passivo, controlando a observância das normas e proclamando o resultado final; ao juiz não é consentido indagar de modo autónomo a verdade, pelo que o processo se restringe aos factos alegados pelas partes*”³.

São consequências deste princípio:

- o processo só se inicia mediante impulso da parte que apresenta a petição inicial (“*nemo iudex sine actore*”);
- as partes é que decidem do objecto do processo, ou seja, da matéria a decidir pelo tribunal;
- o desenvolvimento do processo tem de ser continuamente estimulado pelas partes; e
- as partes podem pôr termo ao processo (desistência do pedido ou da instância) e determinar até o conteúdo da sentença de mérito (confissão, transacção e desistência do pedido).

Como fundamentos deste princípio:

² Cfr. Dos Princípios Básicos em Processo Civil, Helder Martins Leitão e Manuela Neto, Editora Elcla, 1994, pág. 25.

³ Cfr. José João Baptista, Processo Civil I, Universidade Lusíada, 1993, pág. 37.

- Se a relação jurídica material é disponível parece certo que nada obstará à disponibilidade da própria relação processual;
- Sendo as partes as pessoas mais directamente interessadas na resolução do litígio, parece que a dinâmica que elas podem dar ao processo redundará na sua brevidade; e
- Considerar o processo como assunto das partes, em que não há interesses públicos a tutelar (concepção privatística do processo), pelo que as partes dispõem dele livremente.

O princípio dispositivo vigorava em absoluto no Código de Processo Civil de 1876.

Com a Reforma de 1926 – 1932, a figura de *árbitro passivo neutro* do juiz foi alterada, concedendo-lhe novos poderes, nomeadamente:

- o de indeferir liminarmente a petição inicial;
- o de proferir o despacho regulador onde conhecesse das nulidades, ilegitimidade e quaisquer questões que pudessem obstar à apreciação do mérito da causa; e
- o de inquirir ele próprio as testemunhas, até então ouvidas pelos advogados.

Pretendia-se com este alargamento do poder do juiz:

- a) assegurar um contacto directo e constante entre o juiz e as partes, peritos e testemunhas;
- b) desembaraçar o processo, o mais cedo possível, de tudo quanto possa impedir a apreciação do mérito da causa; e
- c) permitir ao juiz cortar toda a chicana e encaminhar rapidamente o litígio para uma solução conscienciosa⁴.

O princípio dispositivo tem o seu contrapolo no princípio inquisitório, que foi acolhido desde o Código de Processo Civil de 1939⁵.

Segundo este princípio, o processo não está apenas na disposição da vontade das partes, mas também da vontade do juiz.

Assim, na sua raiz pura e absoluta, o juiz tem toda a liberdade de fazer diligências necessárias para a descoberta da verdade, bem como condenar em mais do que foi pedido ou em objecto diverso. A sua

⁴ Vd. Cfr. Processo Civil de declaração, Fernando Luso Soares, Almedina, Coimbra, 1985.

⁵ Cfr. José João Baptista, ob. cit. pág. 38.

razão de ser é justamente considerar o processo como uma forma de realização da boa administração da justiça e da paz social.

O novo Código de Processo Civil de 1939 assentou em um sistema de colaboração entre as partes e o tribunal, tendo este lugar predominante, já que é órgão da justiça – e as partes, gozando é certo da iniciativa processual, apenas cooperam na preparação dos elementos úteis à decisão⁶.

Conferiu assim ao juiz os poderes de:

- a) remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatório, quer ordenando o que, sem prejuízo da iniciativa e do impulso processual das partes, se mostre necessário para o seguimento do processo;
- b) realizar ou ordenar officiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer;

Além disso, estabelece-se que o juiz não está sujeito à vontade das partes quanto às soluções de direito e às questões de índole processual.

Neste campo, o juiz só é limitado pela lei, não pela vontade das partes. As partes não podem, nem de comum acordo, alterar o esquema ou a marcha normal do processo.

Por outro lado, quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa que produzam a convicção segura de que as partes se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, o juiz deve decidir no sentido de obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes.

Este é o sistema geral de princípios que se seguiu no Código de Processo Civil de 1961, até à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de Macau de 1999.

III. BREVE ANÁLISE DO NOVO CPC DE MACAU

Hoje, tem-se posto de lado cada vez mais o princípio dispositivo, já que, apesar de o objecto do processo civil continuar a ser um litígio de interesses privados, a sua finalidade mediata é uma realização da justiça. Tende, assim, a

⁶ Fernando Luso Soares, ob. cit.

tornar-se predominante na doutrina e na legislação uma concepção publicística, e não privatística, do processo⁷.

Razão pela qual o novo Código de Processo Civil de Macau vem acentuar a ideia de inquisitorialidade, conferindo mais poderes ao juiz para tornar pronta a justiça.

Assim, no campo da atendibilidade dos factos, o juiz pode fundar a decisão não apenas nos factos alegados pelas partes, mas também nos factos instrumentais que, mesmo por indagação oficiosa, lhes sirvam de base, bem como “*os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes tenham oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que seja dada à parte interessada a possibilidade de sobre eles se pronunciar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório*” (artº 5º, nas 2 e 3 do CPCM).

No âmbito da direcção e condução do processo, incumbe ao juiz (artº 6º do CPCM):

- a) Sem prejuízo do ónus da iniciativa das partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, ordenando as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório;
- b) Providenciar oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais, sempre que essa falta seja susceptível de suprimento, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, se estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los; e
- c) Realizar ou ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.
- d) Providenciar pela remoção do obstáculo das partes na obtenção de documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual (artº 8º, nº 4 do CPCM).
- e) *Determinar oficiosamente, ouvidas as partes, a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo quando a tramitação processual prevista na lei não se adegue às especificidades da causa – o chamado princípio de adequação formal (artº 7º do CPCM).*

7 João de Castro Mendes, Direito Processual Civil, Vol. I, AAFDL, pág. 183 e 193.

Não obstante o novo Código de Processo Civil de Macau ter acentuado a ideia de inquisitorialidade, continua a dominar fundamentalmente o princípio do dispositivo no nosso processo civil, já que o impulso processual continua a pertencer às partes (artº 3º, nº1) e o juiz continua a vincular-se ao pedido das partes e aos factos alegados (artº 564º, nº 1), salvo os factos instrumentais e os essenciais resultantes da instrução do processo (artº 5º).

IV. ANÁLISE DO ARTº 326º, Nº 3 DO CPC DE MACAU

Dispõe o artº 326º, nº 3 do CPCM que “*O tribunal pode decretar providência diversa da concretamente requerida*”⁸

Qual será o alcance desta norma?

Creemos que são as seguintes questões que há que discutir:

- a) Representará esta norma uma quebra total do princípio dispositivo, não estando vinculado o juiz à providência cautelar concretamente requerida pelo requerente, tendo liberdade para integrar na decisão a medida que entender mais adequada a tutelar a situação e determinar aquilo que melhor favoreça a conservação do direito do requerente ou a antecipação dos efeitos que através da acção principal se procuram atingir, mesmo em quantidade superior do que se pediu? ou
- b) Apenas conferir ao juiz poderes para corrigir o erro na qualificação da providência, bem como o respectivo procedimento?
- c) Tem aplicação somente nas providências comuns? ou
- d) Também se aplica a providências especificadas?
- e) Será admissível um pedido vago, limitando-se, por exemplo, a requerer ao tribunal que seja decretada uma providência adequada ou as medidas necessárias para melhor assegurar a efectividade do seu direito, sem as concretizar e o tribunal determinará aquelas que, em seu critério, entender adequadas?
- f) Haverá ainda a hipótese de o juiz indeferir liminarmente o pedido por ineptidão do requerimento inicial?

⁸ Diferente do direito italiano, nos termos do qual o juiz não pode conceder uma medida cautelar diversa da requerida. Vd. Sobre esta matéria, Providencias Cautelares Atípicas, Giuseppe Tarzia, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, 1999, pág. 255.

Para responder as questões levantadas, achamos ter interesse analisar o nº 3 do artº 392º do CPC de Portugal vigente, bem como as suas redacções anteriores consagradas nos anteprojectos e projectos, já que, salvo erro, o nº 3 do artº 392º do CPC de Portugal, é a fonte inspiradora da nossa norma.

O nº 3 do artº 392º do CPC de Portugal vigente tem a redacção de que “*o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida ...*”, o que divergia das redacções anteriores propostas nos anteprojectos e projectos.

Pois, o Anteprojecto de 1988, estabelecia, no seu artº 307º, nº 3, que “*na determinação da providência adequada não está o tribunal adstrito à indicação feita pelo requerente*”.

Por sua vez, o Anteprojecto de 1993 propunha no seu artº 318º que “*o tribunal não está adstrito à qualificação da providência feita pelo requerente*”.

E o Projecto de Revisão de 1995, a partir do qual foi aprovada a reforma, sugeriu, no artº 381º, nº 4, que “*o tribunal não está adstrito ao tipo de providência concretamente requerido*”.

Da análise das diversas redacções, resulta desde logo a ideia de que a de Macau confere ao juiz, de uma forma mais directa, poderes mais amplos na matéria de providência cautelar.

Por outro lado, cremos também ter interesse estabelecer alguma delimitação entre os conceitos de “procedimento cautelar” e de “providência cautelar”.

O CPCM refere-se tanto a “procedimentos cautelares” como a “providências cautelares”.

Na actividade forense, bem como na praxe judiciária, há quem utilize uma ou outra como se fossem sinónimas ou permutáveis.

Contudo, são duas realidades diferentes.

Entende-se por “procedimentos cautelares” um conjunto de mecanismos processuais destinados a obter uma “providência cautelar”, ou seja, uma medida que acautela a eficácia das decisões judiciais.

Como se deve notar que a expressão “procedimento cautelar” tem uma vertente adjectiva ou processual ao passo que a “providência cautelar” tem uma vertente substantiva, correspondente à pretensão material requerida.

Com esta distinção, afigura-se que o nº 3 do artº 326º do CPCM não se limita a conferir ao juiz poderes para corrigir o erro na qualificação da providência, bem como o respectivo procedimento; caso contrário, teria o legislador utilizado a terminologia de “procedimento” em vez de “providência”, tal como acontece no artº 334º, nos termos do qual o procedimento cautelar se extingue, ao passo que a providência caduca, fazendo nítida distinção entre as duas realidades.

Nestes termos, se conclui que é legalmente admissível a convolação, além da alteração da forma de processo, da medida concretamente requerida para a que se considere mais eficaz e adequada à tutela do direito invocado e à

prevenção do *periculum in mora* concretamente verificado⁹.

Assim sendo, terá realmente o juiz toda a liberdade para decretar uma medida que entende mais adequada, sem qualquer margem de limite, mesmo em quantidade superior ao que se requereu?

Suponhamos que alguém vem pedir ao tribunal que seja decretada uma providência cautelar comum no sentido de ordenar ao requerido abster-se de praticar actos de oneração de um certo imóvel, que é o único bem do património do requerido, alegando que é credor do mesmo e a oneração do referido imóvel causa lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, nomeadamente a perda da garantia patrimonial do seu crédito. Pedindo ainda que a providência comum seja decretada sem audiência prévia do requerido, por considerar que a realização da mesma põe em risco sério o fim e a eficácia da medida.

Provados os factos alegados, poderá o juiz decretar o arresto em vez da medida requerida, por considerar que o arresto melhor tutela os interesses do requerente, já que proibida a oneração, o requerido ainda pode alienar o imóvel?

Abílio Neto anotou o n.º 3 do art.º 392.º do CPC de Portugal no sentido de que “*Nos procedimentos cautelares, o tribunal goza de amplos poderes para decretar a(s) providência(s) que tiver por adequada(s), não estando adstrito ao princípio do pedido, ou seja, à concessão ou denegação apenas da providência concretamente requerida*”¹⁰.

Apontou ainda que a regra fixada no n.º1 do art.º 661.º do CPC de Portugal (art.º 564.º, n.º 1 do CPCM) não é aplicável nos procedimentos cautelares¹¹.

Para António Santos Abrantes Geraldês¹², o poder decisório do juiz nessa matéria não é absolutamente livre, pois tem o limite previsto no art.º 664.º do CPC de Portugal (correspondente ao art.º 567.º do CPC de Macau), segundo o qual o tribunal deve adequar a decisão à matéria de facto que, pelos diversos meios legalmente admissíveis, seja transportada para o processo.

Assim, para ele, “*a liberdade de adequação da providência cautelar está limitada à relação jurídica invocada e representada pelo conjunto dos factos alegados pelas partes nos articulados, pelos factos essenciais que resultem da instrução e discussão e cujo aproveitamento seja requerido, por serem complementares ou concretizadores de outros alegados, e ainda pelos factos instrumentais também resultantes da instrução e discussão da causa e oficiosamente recolhidos pelo juiz para fundar a sua decisão*”¹³.

⁹ No mesmo sentido, vd. Lopes do Rego, in Comentário ao Código de Processo Civil, pág. 288.

¹⁰ Cfr. Abílio Neto, ao Código de Processo Civil Anotado, 17.ª edição, Ediform, pág. 551.

¹¹ Abílio Neto, ob. cit. (anotação do art.º 661.º).

¹² Mm.º Juiz Desembargador da Relação de Coimbra.

¹³ In Temas da Reforma do Processo Civil, V. III, Almedina, pág. 311.

Concordamos com a posição de António Santos Abrantes Geraldês, já que o juiz não pode, em nome de melhor tutela do direito ameaçado, servir outros factos de que não lhe é lícito conhecer para decretar uma providência diversa, sob pena de violar o princípio dispositivo.

No entanto, entendemos, além do limite qualitativo referido, dever acrescentar mais um limite quantitativo ao poder do juiz no decretamento da providência cautelar, que é justamente a regra consagrada no n.º 1 do art.º 564.º do CPCM, no sentido de o juiz, embora possa decretar uma providência diversa da que foi pedida, não pode conceder uma medida em quantidade superior.

É facto que o princípio dispositivo é cada vez mais posto em causa, cedendo o seu lugar à inquisitorialidade, por razões já expostas.

Contudo, como já referimos anteriormente, não obstante o aumento do peso da oficialidade no CPCM, continua a predominar o princípio dispositivo.

Aplicar uma norma significa aplicar todo o sistema, daí que a aplicação do n.º 3 do art.º 326.º do CPCM tem de se articular com outros preceitos do mesmo Código, nomeadamente o art.º 564.º, n.º 1.

O n.º 1 do art.º 564.º estabelece dois limites: um qualitativo, o juiz não pode condenar em quantidade superior; e outro quantitativo, em objecto diverso do que se pediu.

O n.º 3 do art.º 326.º apenas confere ao juiz o poder de ultrapassar o limite qualitativo (decretar uma providência diversa da concretamente requerida, desde que haja factos para o efeito), mas nunca referiu que o juiz podia decretar uma medida em quantidade superior do que se tinha pedido, isto é, ultrapassar o limite quantitativo.

Achamos perigoso se admitirmos tal poder ao juiz, especialmente nos casos em que a medida foi decretada sem prévia audição do requerido.

Se o juiz decretar uma medida diversa em quantidade superior do que se pediu e posteriormente vier verificar que a medida decretada é excessiva, ou seja, o prejuízo resultante da medida é superior ao dano que se pretende evitar, quem é responsável pelos prejuízos do requerido?

No nosso exemplo, se o requerido vier deduzir oposição, alegando e provando que existe um acordo com o requerente, nos termos do qual se ele, o requerido, não conseguir vender o imóvel no prazo de 3 meses e liquidar a dívida com o preço da venda, entrega gratuitamente o imóvel ao requerente, exonerando-se assim da sua obrigação.

Com o decretamento do arresto, o potencial comprador perdeu o interesse de o adquirir e com o decurso do tempo, houve um grande decréscimo no mercado do imobiliário.

Deverá o requerente responsabilizar-se pelos prejuízos do requerido?

A resposta parece ser negativa, porque ele, não obstante ter escondido a

existência do acordo, não requereu aquela medida (arresto), pois limitou-se a pedir a proibição da oneração.

Deverá o juiz ser responsabilizado, uma vez que foi ele que tomou a iniciativa de decretar o arresto?

Como sabemos, os magistrados judiciais são irresponsáveis pelas suas decisões por força legal, salvo se tiverem agido com dolo ou negligência grave.

Se nem na tutela definitiva do direito (acção principal declarativa ou executiva) se permite ao juiz condenar ou executar em quantidade superior do pedido, muito menos na matéria de providência cautelar, tendo em conta a sua função instrumental em relação à acção principal: remover o *periculum in mora* e assegurar a efectividade do direito ameaçado.

Pelo exposto, defendemos que, embora o juiz possa decretar uma medida diversa da concretamente requerida, a nova medida a decretar tem de estar dentro do limite quantitativo da pretensão do requerente, nunca pode ultrapassar essa pretensão.

Assim sendo, parece-nos se melhor harmonizar todo o sistema processual civil, equilibrando e assegurando, por um lado, os interesses da inquisitorialidade, e por outro, os do princípio dispositivo.

Em relação à questão de saber se é possível formular um pedido vago, limitando-se, por exemplo, a requerer ao tribunal que seja decretada uma providência adequada ou as medidas necessárias para melhor assegurar a efectividade do seu direito, sem as concretizar, o Tribunal da Relação de Lisboa, por Ac. de 01/04/1970, decidiu no sentido afirmativo.

Salvo o devido respeito, discordamos desta posição por nos parecer ser desrespeitadora dos princípios fundamentais do nosso direito processual civil, nos termos dos quais o requerente tem o ónus de concretizar a sua pretensão material, sob pena de se considerar a petição inepta e conseqüentemente ser indeferida liminarmente.

Mesmo nos procedimentos cautelares instaurados no decurso da acção, momento em que o juiz já dispõe de mais elementos sobre a pretensão do requerente, continuamos a defender a necessidade de o requerente concretizar a sua pretensão material, já que, como sabemos, em regra, não são admissíveis pedidos genéricos, a não ser nos casos excepcionalmente previstos no artº 392º, a saber: **a)** quando o objecto mediato da acção seja uma universalidade; **b)** quando não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do facto ilícito, ou o lesado pretenda usar da faculdade que lhe confere o artº 563º do C. Civil; e **c)** quando a fixação do quantitativo esteja

dependente de prestação de contas ou de outro acto que deva ser praticado pelo réu.

Após uma análise cuidadosa dos preceitos do procedimento cautelar, não se afigura que o legislador pretenda com o n.º 3 do art.º 326.º admitir formulação de pedidos genéricos, e muito menos pedidos vagos, em sede de procedimento cautelares.

Uma vez que o juiz não está adstrito à providência requerida, haverá ainda lugar o indeferimento liminar por ineptidão da petição inicial?

No sentido negativo, a Relação de Coimbra decidiu por acórdão de 05/07/2000, segundo o qual *“o juiz não pode nem deve indeferir qualquer procedimento que lhe venha proposto, seja como seja especificado, com fundamento em que ele não é, em concreto, o adequado à providência solicitada”* por entender que *“em matéria de procedimento cautelar, onde o que importa é acautelar, o modo por que se acautela é, de alguma forma, irrelevante”*.

Assim, *“perante alguém que vem ao tribunal requerer o acautelamento de um direito seu, o juiz seguirá o seu caminho, no processo proposto, ou noutro que desde logo decida adequar, até à decisão, a decisão acautelatória (...)”*.

Salvo o devido respeito, não nos parece que a resposta possa ser tão linear.

Por exemplo, se o requerente se limitar a um pedido vago no sentido de pedir ao tribunal que decrete uma medida adequada para acautelar o direito, nada impede o juiz, após o convite para concretizar a sua pretensão e se o mesmo não o fizer, indeferir liminarmente, por ineptidão da petição inicial, traduzida na ininteligibilidade do pedido.

Outro exemplo, se alguém vier pedir o arbitramento de reparação provisória, mas os factos por si alegados indiciam a fixação de alimentos provisórios, uma vez excluída a hipótese do erro na qualificação da providência, também deve indeferir liminarmente por incompatibilidade do pedido com a causa de pedir.

Com isto, pretendemos chegar à conclusão de que o n.º 3 do art.º 326.º do CPCM não exclui a hipótese de indeferimento liminar por ineptidão da petição inicial.

Quanto à questão de saber se o n.º 3 do art.º 326.º do CPCM se aplica apenas a providências comuns ou também se aplica a especificadas, temos de distinguir as seguintes situações:

- a) convolação dum providência cautelar especificada em comum;
- b) convolação dum especificada numa outra especificada; e
- c) convolação da comum em especificada.

Para as situações referidas nas alíneas a), não temos grandes dúvidas em responder afirmativamente, face à disposição legal, desde que reunam os requisitos para o efeito, a saber: i) a probabilidade séria da existência do direito, traduzida na acção proposta ou a propor, que tenha por fundamento o direito a tutelar; ii) o justo e fundado receio de que outrem cause lesão grave e de difícil reparação a esse direito; iii) a não existência de providência especificada adequada a acautelar o mesmo direito tal como é descrito pelo requerente; e iv) o dano que com a providência se quer evitar não exceder o prejuízo resultante da decretação da mesma (artº 326º do CPCM).

Em relação à situação da convolação da providência cautelar comum em especificada, temos ainda de distinguir as seguintes situações:

- 1) mero erro na qualificação da providência, isto é, o requerente, tendo em conta os factos por si alegados e a sua pretensão material, pediu adequadamente a medida, só que a qualificou erradamente como comum, não estando portanto em causa a falta de algum requisito da providência especificada;
- 2) a pretensão material requerida consubstancia uma providência cautelar especificada, só que o requerente, por faltar algum requisito legal para o efeito, a requereu como comum.

Para o primeiro caso, não se vê qualquer obstáculo a que o juiz corrija o erro da qualificação da providência do requerente, o que já não acontece tão obviamente no segundo caso, tendo em conta a função subsidiária de providências cautelares comuns, prevista no artº 326, nº 1, já que as mesmas só têm cabimento quando para acautelar o direito falta uma providência específica.

Por exemplo, não pode decretar uma providência cautelar comum contra o adquirente dos bens do devedor que consubstancia em arresto (abstenção de alienar e de onerar certos imóveis) sem que o requerente alegue e prove ter feito previamente a impugnação judicial da transmissão ¹⁴.

14 O artº 615º, nº 2 do CCM prevê a possibilidade de o credor requerer o arresto contra o adquirente dos bens do devedor, mas para tal exige que tenha de ser feita previamente a impugnação judicial da transmissão.

No entanto, o artº 352º, nº 2 do novo CPC admite o arresto contra o adquirente de bens do devedor, exigindo apenas que sejam deduzidos factos que tornem provável a procedência da

BIBLIOGRAFIA

1. PROCESSO CIVIL DE DECLARAÇÃO, Fernando Luso Soares
2. PROCESSO CIVIL I, José João Baptista
3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1º VOL., João de Castro Mendes
4. DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS EM PROCESSO CIVIL, Helder Martins Leitão e Manuela Neto
5. TEMAS DA REFORMA DO PROCESSO CIVIL, III VOL., António Santos Abrantes Geraldes

impugnação, caso o requerente não mostrar ter impugnado judicialmente a aquisição.

Este preceito legal é contraditório com o do CCM (artº 615º, nº 2), visto que este só admite o arresto contra o adquirente de bens do devedor se tiver sido impugnada judicialmente a aquisição.

Quid iuris?

Tendo em conta a natureza do direito processual, que visa estabelecer procedimentos processuais a fim concretizar o direito substantivo, entendemos que se deve dar preferência à norma do direito substantivo, ou seja, ao preceito do CCM.



