

QUEBRA DA INSTRUMENTALIDADE DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES*

Lo Man Si

Estudante de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo

O presente artigo¹ propõe-se a tecer breves comentários sobre os procedimentos cautelares, dando especial ênfase à análise da característica de instrumentalidade e, no momento posterior, procedendo com maior atenção nas possibilidades de se desviar da visão tradicional de que não há providência cautelar sem acção principal.

1. Introdução

1.1 Razão de ser

Como se sabe, o sistema judicial, condicionado pelo recurso massivo aos tribunais e por uma tramitação processual desajustada a essa procura, clama por soluções que promovam, de facto, o direito fundamental de acesso ao direito e a garantia de uma justiça em tempo razoável.

Com efeito, uma das vertentes do princípio do acesso à justiça é a efectividade da tutela jurisdicional dos direitos (*vide* nestes termos, o artigo 2.º do Código Processo Civil Português e o artigo 20.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa). Na verdade e em situações não raras, é através do decretamento de providências cautelares que se realiza o fim constitucional de tutela jurisdicional. Ou seja, para garantir o direito ao resultado útil da acção (principal), precisamos de,

* Trabalho apresentado no âmbito da Disciplina de Direito Processual Civil, do Curso de Mestrado em Direito, em Língua Portuguesa, no ano lectivo de 2012-2013.

1 O presente trabalho realiza-se no contexto do ordenamento jurídico português. Todas as referências legais sem indicação da sua origem entendem-se ser de Portugal.



antes ou depois de propor a acção, recorrer à figura de procedimentos cautelares. Estes, no dizer da Prof^a. CÂNDIDA PIRES, “justificam-se pela necessidade de não frustração da tutela jurisdicional dos direitos”.

Daí pode entender-se que “os procedimentos cautelares são um instrumento processual privilegiado para protecção eficaz de direitos subjectivos ou de outros interesses juridicamente relevantes”². Pois, é verdade que a regulação dos interesses conflituantes nem sempre se mostra possível aguardar o proferimento da decisão do tribunal que resolve, de modo definitivo, aquele conflito. Por vezes, torna-se necessário obter uma composição provisória da situação controvertida antes do proferimento da decisão definitiva.

Tal como acontece no exemplo paradigmático de arresto em que se visa garantir um (alegado) direito: o devedor está a dissipar o seu património, é indispensável impedir a continuação dessa conduta, porque, se assim não acontecer, o credor, mesmo que venha obter uma sentença condenatória, poderá perder entretanto a garantia patrimonial do seu crédito (cfr. artigo 619º do Código Civil). É nesta lógica em que consiste a razão de ser das providências cautelares, embora consoante os casos elas tenham natureza diversa – conservatória, antecipatória, ou mista.

Na doutrina portuguesa, a função cautelar de salvaguarda do efeito útil de acção foi afirmada pelo Prof. REMÉDIO MARQUES, ao falar numa função não autónoma de prevenção dos “perigos que, antes da propositura de uma acção ou durante o tempo em que esta se encontra pendente, possam comprometer os seus resultados”. O Prof. TEIXEIRA DE SOUSA, por sua vez, entende que se justifica a tutela cautelar “sempre que seja necessário assegurar a utilidade da decisão e a efectividade da tutela jurisdicional (artigo 2, nº 2 do Código Processo Civil)” e, por isso, “na medida em que contribui decisivamente para o êxito dessa tutela, encontra o seu fundamento constitucional na garantia do acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20º, nº 1, da Constituição)”.

Em sede de jurisprudência, a mesma ideia foi também realçada no acórdão da Relação de Évora de 16 de Janeiro de 2006, ao proclamar que os procedimentos cautelares visam uma composição provisória e instrumental que garanta a utilidade da tutela definitiva.

1.2. Características essenciais

São geralmente apontados quatro traços que caracterizam a figura jurídica em apreço, eles são: instrumentalidade, provisoredade, summariedade e celeridade.

Tendo em conta a questão que o nosso estudo irá tratar, julgamos bem e útil

2 In (GERALDES, 2004, p. 15). GERALDES, A. S. (2004). *Temas da Reforma de Processo Civil* (Vol. III). Almedina.



que a característica de instrumentalidade mereça um maior desenvolvimento com vista a melhor entender e articular com a problemática na qual nos concentramos. Sendo também verdade que a maioria da doutrina entende que a instrumentalidade é o principal traço característico da tutela cautelar. Por isso vamos-lhe dedicar maior atenção.

1.2.1. Instrumentalidade

As providências cautelares e a acção (quer declarativa quer executiva), apesar de serem realidades distintas pela divergência existente nas funções que elas desempenham ou nos objectivos que visam alcançar, têm entre elas uma relação indissociável. Em que é que consiste esta relação?

A instrumentalidade, que vem justificar precisamente a relação existente entre ambos institutos, traduz-se, como se demonstra com clareza no artigo 383º, nº1 do Código Processo Civil, tal como artigo 328º, nº1 do Código Processo Civil de Macau, na dependência do procedimento cautelar em relação à acção principal, isto é, na necessidade de ser instaurado ou de ter de vir a ser instaurado um processo principal, havendo por isso uma relação de instrumentalidade entre o procedimento cautelar e a acção principal, pois os efeitos de qualquer providência estão intimamente ligados ao resultado que for conseguido na acção principal, caducando se não for intentada a acção principal no prazo de 30 dias, se a acção principal for improcedente, e se o direito tutelado se extinguir, nos termos do artigo 389º do Código Processo Civil. Por outras palavras, as providências cautelares não têm autonomia; são meros preliminares ou incidentes de uma acção principal, conforme se se requerer antes da propositura da acção principal ou no decurso desta.

É de salientar que aqui é a sobrevivência da decisão cautelar, e não o seu nascimento, que está colocada na dependência da acção principal. Pois a providência cautelar pode ser perfeitamente requerida e decretada numa altura em que ainda não foi proposta a acção principal.

Com isto se entende que a providência é “emitida na pressuposição ou na previsão da hipótese de vir a ser favorável ao autor a decisão a proferir no processo principal”³.

Em síntese, pode ser assim resumido: o processo principal é instrumento para a tutela dos direitos materiais enquanto o procedimento cautelar, por sua vez, é instrumento do processo principal. É por essa razão que *Calamandrei* chama a providência cautelar de “*garantia das garantias*”. Essa instrumentalidade existe porque a medida cautelar é concedida com o fim de assegurar a efectividade da sentença no processo principal; e de certo modo, essa instrumentalidade é

3 Cfr. A decisão da Relação de Lisboa 15/1/1991

hipotética porque a medida cautelar se funda num juízo de probabilidade quanto à existência do direito que é protegido antecipadamente e que é o objecto do processo principal. Assim, temos o princípio da instrumentalidade das providências cautelares.

Certos autores, vieram defender que a instrumentalidade, em conjunto com a provisoriação (objecto do seguinte ponto), constituem limites internos ao exercício do poder cautelar do juiz e, nessa medida, impedem que se obtenha por via provisória mais do que aquilo que se obtenha por via definitiva. Sobre esse ponto de vista, parece-me que só posso concordar enquanto sem entrar nas avançadas soluções que emergem em torno do problema prático que nós pretendemos analisar. Pois seria duvidoso quando a acção principal apresenta uma ligação menos intensiva com a providência cautelar.

1.2.2. Provisoriação

A provisoriação existe porque não estamos perante a resolução definitiva do litígio. Daí que toda e qualquer providência é provisória e “(...) só dura enquanto não é proferida a decisão final” dizia Alberto dos Reis. E ela resulta, em primeira linha, do facto de as providências cautelares corresponderem a uma tutela que é qualitativamente distinta daquela que é obtida na acção principal de que são dependentes (cfr. artigo 383º, nº 1). Em segundo lugar, consiste na sua necessária substituição pela tutela que vier a ser definida na acção principal.

1.2.3. Sumariedade (*summaria cognitio*)

Esta característica diz respeito aos meios de prova, concretizando numa atenuação do grau de prova necessário para justificar a decretação de uma providência. Será assim suficiente a *summaria cognitio*, isto é, uma cognição sumária de facto e de direito própria de um processo urgente (Ver artigos 384º, nº3, 302º e 304).

1.2.4. Celeridade

Dado que se apresenta como uma situação de emergência a fim de evitar *Periculum in mora*, faz toda a lógica que os procedimentos cautelares possuam carácter de urgência, quer dizer que os prazos processuais não se suspendem nas férias judiciais, nos termos dos artigos 382.º e 143.º, n.º 2. do Código Processo Civil.

Da igual lógica que decorre, relativamente aos verdadeiros processos, os procedimentos cautelares têm uma estrutura mais simplificada. Isto é, fica reduzida a sequência de actos processuais. Em regra só há dois articulados, o requerimento e a oposição; não devendo ser admitidos, em princípio, incidentes de terceiros. Há ainda a possibilidade de ser dispensado o exercício do contraditório.



1.3. Pressupostos do decretamento da providência cautelar

A concessão de toda e qualquer providência cautelar, típica ou atípica, pressupõe a presença de dois requisitos fundamentais, o requisito de *periculum in mora* e o requisito de *fumus boni iuris*.

1.3.1. *Periculum in mora* (perigo da demora)

Tal como referimos *supra*, o procedimento cautelar tem o intuito de remover um perigo especial, perigo esse que deriva naturalmente da demora na ação principal, ou seja, o caminho, mais ou menos longo, que o processo principal tem de percorrer até à decisão definitiva, podendo tal demora acarretar danos graves e dificilmente reparáveis, quando não irreparáveis.

Assim, o requisito (*periculum in mora*), encontra-se preenchido sempre que exista fundado receio que, quando o processo principal chegue ao fim e sobre ele venha a ser proferida uma decisão, essa decisão já não venha a tempo de dar resposta adequada às situações jurídicas envolvidas em litígio, seja porque a evolução das circunstâncias durante a pendência do processo tornou a decisão totalmente inútil, seja porque, essa evolução conduziu à produção de danos dificilmente reparáveis.

1.3.2. *Fumus boni iuris* (aparência do bom direito)

A expressão latina *fumus boni iuris* significa a probabilidade da existência de um direito. Uma vez que a providência cautelar tem carácter urgente, ela é decretada desde que se verifique a probabilidade séria da existência de um direito.

Para decretar a providência cautelar, o tribunal, em vez de se certificar *com segurança*, da existência do direito invocado pelo requerente, procede à averiguação da *aparência* daquele direito – deverá haver por isso um juízo de *mera probabilidade* ou *verosimilhança*. Pois, não faria sentido que o juiz, para a certificação da existência do direito, tivesse de examinar de forma longa e completa a existência daquele direito como acontece na ação principal. “Basta que haja elementos para prever ou conjecturar que a decisão definitiva venha a ser favorável ao requerente”⁴.

2. Problemática

Como já referido, a instrumentalidade, ao lado da provisoriação, é característica essencial da tutela cautelar, que existe para “auxiliar” outro processo e deixa de existir quando este apresente solução definitiva para o conflito.

4 REIS, 1947, p. 51.



Entretanto, a prática processual vem demonstrado que em algumas circunstâncias a tutela provisória deixa de ser instrumental, isto é, deixa de ser necessário promover (ou prosseguir) um outro processo, uma vez que o resultado proferido pela tutela provisória lhe foi suficientemente satisfatório.

Com isto quer dizer que a tradicional configuração normativa, assente numa necessária e incontornável instrumentalidade do procedimento cautelar, conduz frequentemente a situações em que, na prática, se tenha de repetir inteiramente, no âmbito da acção principal, a mesma controvérsia que tinha acabado de ser apreciada e decidida com inteira ponderação e segurança no âmbito do procedimento cautelar – sendo duvidoso que, o mero argumento, extraído do facto de, na causa principal, o requerido gozar de garantias processuais formais superiores às que caracterizaram o procedimento cautelar, possa justificar cabalmente os custos e demoras decorrentes desta sistemática duplicação de procedimentos, ao menos nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar possa ter solucionado efectiva e razoavelmente o litígio que opunha as partes⁵.

Espero ter chamado a atenção para esta realidade forense tão actual e importante na nossa sociedade moderna e, em muitas vezes, complexa. Assim, tomamos como exemplos as situações apresentadas pelo Prof. Remédio Marques: “quando se pretender impedir a realização de uma assembleia-geral de uma sociedade, por motivo de ilegalidade na convocação”; ou quando se tratar de um “litígio onde o requerente tenha pedido que o senhorio fosse intimado para reparar e repor em funcionamento os elevadores do prédio ou para a realização de obras imediatas no prédio dado em arrendamento”.

Existe um ponto comum em todas as circunstâncias como estas – o direito ou a posição subjectiva do requerente satisfaz-se, plenamente e de uma vez por todas, com os efeitos antecipatórios do decretamento da providência. Nessa medida, pergunta-se para que se serve a propositura da acção principal, a não ser que seja intentada para o mero efeito de não caducidade da decisão cautelar? Será que a instrumentalidade tem de existir necessariamente em todas e quaisquer situações?

3. Soluções alternativas face à visão tradicional

Para alcançar tal desiderato, vamos proceder a uma análise detalhada sobre a viabilidade das seguintes possíveis soluções:

3.1. Simples eliminação da instrumentalidade

5 Cfr. a justificação de motivos relativa à proposta de revisão do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e, também, a opinião do Juiz Conselheiro Lopes do Rego.



A primeira solução consiste na simples eliminação do requisito da instrumentalidade do procedimento cautelar, assim, deixando subsistir apenas a característica da provisoriamente. Com isto significa que o tradicional ónus de proposição da causa principal por parte do requerente passaria a ser uma mera faculdade (já não haveria mais ónus de proposição da causa principal nem a cargo do requerente nem do requerido). Qualquer deles pode a todo o tempo intentar uma acção principal na qual se viesse a discutir o direito acautelado ou os efeitos antecipatórios da providência. Caso nenhum deles suscitasse na acção principal, a decisão cautelar subsistiria como provisória, sem formar caso julgado.

No meu entender, esta não se configura como uma solução louvável por ser incompatível com a segurança jurídica, já que a subsistência temporalmente indefinida de medidas meramente provisórias poderia causar uma grande incerteza para ambas partes do conflito de interesses. E pela ausência desta solução no contexto do ordenamento jurídico português, não iremos aprofundar sobre ela.

3.2. Convolação da tutela cautelar em tutela definitiva

A segunda solução prende-se com a convolação da tutela cautelar em tutela definitiva, ocorrendo a antecipação da decisão final do litígio na sede do próprio procedimento cautelar, de modo a resolver definitivamente o caso, sem que para o efeito deva ser instaurada (ou deva prosseguir) a acção principal. É de lembrar que, no ordenamento jurídico português, esse poder do juiz em antecipar o juízo sobre a causa principal foi introduzido tanto no âmbito contencioso administrativo como no âmbito do regime processual civil experimental (RPCE).

No primeiro caso, dispõe o artigo 121.º, n.º 1, Código do Procedimento Administrativo (de 2002): “*Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos, permita concluir que a situação não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal*”.

No segundo caso, o RPCE, consagrado no DL nº 108/2006, de 8 de Junho, aplicável às acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e às acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos, prescreve no seu artigo 16º: “*quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso e depois de ouvidas as partes, o tribunal pode antecipar o juízo sobre a causa principal*”. Isto é, a sentença desta providência passará a dirimir a título definitivo o conflito em causa.

Este último regime caracteriza-se essencialmente pelos seguintes aspectos:



Pressupõe que constem do procedimento cautelar todos os elementos necessários à tutela definitiva, ou seja, exige que todos os factos relevantes para essa tutela constem do procedimento e estejam provados;

Cabe ao tribunal a iniciativa de substituir a tutela cautelar pela tutela definitiva, devendo, no entanto, ouvir as partes antes de proferir qualquer decisão de tutela definitiva⁶.

Em face desse regime, consideramos que, tal como alguns autores (até os próprios magistrados), esta solução trouxe um avanço notável em resolver o problema de repetição da mesma questão na acção principal enquanto esta na prática não traz nenhuma utilidade, resolvendo deste modo, verdadeiramente, o problema de demora dos processos nos tribunais. A mesma consideração também foi expressamente confirmada no relatório de monitorização do RPCE.

No entanto, ao lado dos aplausos existentes, esta solução merece a invocação de muitos cuidados e cautelas em vários aspectos. Em primeiro lugar, ela é criticável ao colocar no juiz a iniciativa da substituição da tutela cautelar pela tutela definitiva, o que levanta problemas quanto à sua articulação com o princípio dispositivo. Pois é bastante duvidosa a questão do tribunal poder decidir num sentido que não foi pedido pelo requerente da providência. Parece-nos que o referido princípio só se pode respeitar no caso de o próprio requerente pedir no requerimento inicial a antecipação do juízo sobre a causa principal, analisando o juiz a viabilidade do mesmo, aquando da decisão final; ou quando o juiz, aproveitando a audição das partes, entenda estar em condições de antecipar aquele juízo, então convidará o autor a manifestar a sua intenção.

Em segundo lugar, entendemos que a mesma solução põe em causa o princípio da confiança processual, embora sendo consequência inevitável do desvio ao princípio dispositivo, na medida em que se desencadeava uma solução definitiva do litígio no termo de um procedimento em que as partes tinham alegado e produzido prova na justificada pressuposição de que apenas podia estar em causa o decretamento de uma medida cautelar.

Em terceiro lugar, ela é criticável pela omissão quanto às condições em que é admissível a convolação da tutela cautelar em tutela definitiva, dado que não se define nenhuma orientação quanto às providências em relação às quais se pode verificar a referida convolação.

Por último, poderá causar também o efeito perverso de complicar o procedimento cautelar, já que, sabendo a possibilidade de uma decisão definitiva, as partes não deixariam de, tendencialmente, trazer para ele toda a prova que normalmente produzem na acção principal, o que complicaria o procedimento cautelar. Estas são também a preocupações do Prof. LEBRE DE FREITAS.

6 cfr. RAMOS DE FARIA, *Regime Processual Civil Experimental Comentado* (Coimbra 2010).



3.3. Inversão do contencioso

3.3.1. Generalidade

Acontece que, no final do ano passado (2011), foi apresentado pela Comissão para a Reforma do Processo Civil um projecto de revisão, a propósito de trazer remédio para o problema em apreço, evitando assim as demoras emergentes da duplicação de procedimentos e consequentemente contribuindo para a efectividade e a celeridade processual.

Diferentemente do que sucede na RPCE, que adopta a técnica da convolação *ex officio* da tutela cautelar numa tutela definitiva, o referido projecto opta pela inversão do contencioso, consistente na dispensa, em certos casos e verificadas certas condições, do ónus de propositura da acção principal pelo requerente da providência e consequente atribuição desse ónus ao requerido que pretenda evitar a consolidação da providência decretada. Eis precisamente a terceira solução em relação à qual nós pretendemos analisar.

O ponto relevante desta nova técnica é: em vez de ser o requerente da providência cautelar a ter o ónus de propor uma acção principal destinada a confirmar ou a consolidar a tutela cautelar, cabe ao requerido instaurar uma acção de impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da tutela provisória. (cfr. artigos 387º-A e 387º-C do projecto).

Isto significa que, se houver inversão do contencioso, a consolidação da providência cautelar não fica dependente da propositura da acção principal pelo requerente dessa providência; mas sim decorre da inércia do próprio requerido - não instauração da acção de impugnação, rompida por isso a ligação necessária da tutela cautelar com a acção principal. É nessa exacta medida que se fala em quebra do princípio da estrita instrumentalidade do procedimento cautelar, embora o Senhor Juiz Conselheiro Doutor LOPES DO REGO fale em “instrumentalidade atenuada ou mitigada”.

De facto, trata-se de uma solução mais segura do que aquela que consta do artigo 669º-*octies*. Código Processo Civil, no qual se estabelece que as providências de carácter antecipatório e do embargo de obra nova não perdem eficácia se a acção principal não for proposta ou se extinguir, embora qualquer das partes (portanto, também a parte requerida) possa vir a instaurar essa acção.

3.3.2 Caracterização

O regime da inversão do contencioso consagra-se no artigo 387º-A, nº 1 do projecto: “mediante requerimento, o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for

adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

Daí resulta três pressupostos caracterizadores e necessários para que a inversão do contencioso possa ser decretada:

a) Requerimento da parte interessada

A inversão do contencioso depende sempre de requerimento do interessado, a formular até ao encerramento da audiência final, não sendo oficiosamente decretável pelo juiz: é o requerente que deve valorar o seu interesse e decidir se lhe interessa ou não a potencial definitividade e consolidação da decisão cautelar; pois, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 387º do Código Processo Civil, “*a dispensa [...] pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada*”, cabendo ao juiz decidir – no momento em que aprecie a oposição subsequente do requerido – acerca da manutenção ou revogação da inversão do contencioso inicialmente decretada, constituindo tal apreciação jurisdicional complemento e parte integrante da decisão inicialmente proferida.

b) Convicção segura do juiz sobre a existência do direito acautelado

A matéria adquirida no procedimento cautelar tem que permitir ao juiz formar convicção segura acerca existência do direito acautelado. Tal implica uma mudança no grau da prova que se exige: a prova sumária (ou seja, a prova que se basta com a probabilidade séria da existência do direito acautelado) que é suficiente para decretar a providência cautelar (cf. artigos 384.º, n.º 1, 403.º, n.º 2, 407.º, n.º 2, e 423.º, n.º 1 do Código Processo Civil) já não é insuficiente para decretar a inversão do contencioso; esta inversão pressupõe uma prova *stricto sensu* do direito acautelado; portanto, o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência;

c) Adequação da natureza da providência decretada

A providência decretada tem de ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio. Dito de outra maneira, ela carece de uma potencialidade de dirimir o litígio entre as partes. Sem ela, não é admissível a inversão. Na prática, esta exigência é devida e justificada pelo facto de, tendo sido decretada a inversão do contencioso e não tendo o requerido proposto a acção de impugnação, a tutela cautelar se convolar *ex lege* em tutela definitiva; logo, tem de se exigir que a providência decretada se possa substituir à tutela definitiva que o requerente da providência poderia solicitar na acção principal se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso.



Assim, podemos pensar, por exemplo, na providência cautelar de arresto: no respectivo procedimento, o requerente solicita a apreensão judicial de certos bens (artigo 406.º, n.º 2 do Código Processo Civil) com fundamento no receio de perda da garantia patrimonial (artigo 406.º, n.º 1 do Código Processo Civil; artigo 619.º, n.º 1, do Código Civil); na acção principal, esse mesmo requerente, agora autor, solicita o reconhecimento do seu direito de crédito. Pode assim concluir-se que, nos casos em que a tutela definitiva e a tutela cautelar cumprem uma função totalmente distinta e prosseguem objectivos completamente diferentes, nunca se pode verificar a inversão do contencioso; pois que a garantia da garantia patrimonial que o credor obtém através dessa providência não resolve o litígio entre ele e o seu devedor.

Situação diversa verifica-se no caso da providência da restituição provisória da posse; pois nesta hipótese, a tutela cautelar é capaz de substituir a tutela definitiva que, se não tivesse havido inversão do contencioso, o requerente teria o ónus de requerer na acção principal.

Ora, de acordo com o artigo 392º, nº 4 do Código Processo Civil, no âmbito das providências nominadas, o regime da inversão do contencioso é aplicável à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em lei avulsa que tenham carácter antecipatório dos efeitos da acção principal. Isto demonstra-nos que a inversão do contencioso só é admissível se a providência cautelar requerida – de carácter nominado ou inominado – tiver um sentido antecipatório. Assim, ficam logo excluído do âmbito deste instituto as providências de cariz manifestamente conservatório, como o arresto e o arrolamento.

3.3.3. Objecto de discussão

Depois de apresentar os traços fundamentais da inversão do contencioso, agora é o momento idóneo de conversar um pouco sobre aspectos que sejam susceptíveis de discussão, com vista a aperfeiçoar o mecanismo desta figura e procurar uma maior clareza deste regime.

Julgo que, tendo lido vários textos sobre esse tema, a discussão mais intensa que se coloca até este momento surge à volta do entendimento que se faça do disposto no artigo 343º, nº 1 do Código Civil quanto à distribuição do ónus da prova nas acções de simples apreciação negativa.

Na verdade, a expressão utilizada na justificação de motivos (Ponto A3.2) – “se o requerido não demonstrar” – é fonte de discussão, pois sugere que a inversão do contencioso tem repercussões de direito probatório material, operando uma inversão do ónus de prova.

Será que, em consequência da inversão do contencioso, haverá também a inversão do ónus da prova?



Para uma boa parte da doutrina, tal como o Prof. TEIXEIRA DE SOUSA, vem a dar uma resposta positiva, preconizando que o ónus da prova tem de pertencer ao autor da acção (o requerido da providência), porque entende que se, depois da inversão do contencioso, incumbisse ao requerente da providência provar, na subsequente acção de apreciação negativa instaurada pelo requerido, o direito acautelado, esse requerente (e agora réu) encontrar-se-ia na mesma posição se não tivesse havido inversão do contencioso e se fosse sobre ele que recaísse o ónus de instaurar a acção principal. Portanto, há que entender que incumbe ao autor da acção de impugnação (e requerido no procedimento cautelar) o ónus de provar factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito acautelado ou a inexistência dos factos constitutivos desse direito.

A mesma linha de pensamento é também seguida pelo Juiz LOPES DO REGO, justificando que “a circunstância de o requerente já *dispor a seu favor de uma sentença jurisdicional favorável*, obtida embora num procedimento desprovido das garantias formais do processo comum, justifica e legitima [...] a inversão das regras normais sobre a repartição do ónus probatório, cabendo ao [requerido], na *acção negatória* que deve impulsionar, demonstrar ou que não existe, em termos de certeza prática, o direito acautelado ou que, afinal, a providência decretada não é idónea para servir de base à definitiva composição do litígio”.

No meu entendimento, a primeira impressão que tive em relação a este problema, iria no seguimento da posição que opta pela inversão do ónus da prova, mas não tanto pelas razões já acima expostas. Convém ter, mais uma vez, a atenção no pressuposto da convicção segura do juiz acerca da existência do direito acautelado, creio que isto é ponto essencial, que implica, na minha palavra, a existência de “algo mais”, ou seja um “*plus*” ao fundo de *Fumus boni iuris*. Significa que, se o juiz vier a decretar a inversão do contencioso, é porque o requerente consegue trazer “algo mais”, elementos extras que sejam suficientes para o juiz formar convicção segura, para lhe convencer.

Deste modo, a certeza da existência do direito que o requerente pretende fazer valer já fica, de algum modo, consolidada pela prova que este trouxe para tribunal. Daí uma maior probabilidade, obtida igualmente por via jurisdicional, da razão da parte do requerente do que da outra parte do requerido, mas nada obsta que este no momento subsequente apresenta outra prova que seja capaz de abalar e debater a prova já produzida pelo requerente.

Por outro lado, no meu raciocínio inicial, esta posição pode também maximizar o efeito útil do sistema da inversão do contencioso, na medida em que se evita a propositura da acção da impugnação pelo requerido, não tendo na verdade nenhuma prova, mas apenas na mera tentação de ir combater com o requerente, de algum modo aquele estando a tentar sorte.



No entanto, confrontando com os seguintes argumentos, passei a considerar que tem mais razão a posição oposta – não se alteram as regras da distribuição do ónus da prova.

Primeiro, lendo o texto do projecto, parece que nada na letra da lei proposta permite concluir que estamos perante uma alteração das regras de direito probatório material (cfr. o artigo 383º, nº 4).

Importa realçar que estas regras são de direito substantivo, não estando dependentes da posição processual das partes no processo. Pelo que o requerente só tira proveito da inversão do contencioso se o requerido não intentar a acção principal, mantido nele o ónus da prova na acção de simples apreciação negativa.

Segundo, a solução oposta teria efeitos desastrosos sobre a instância cautelar. Nomeadamente, poderia causar uma grande tentação por parte do autor em recorrer a um procedimento cautelar, ainda que sem grande justificação para tal, usando-o como mero instrumento: por um lado, nesta instância, poderá conseguir fazer a prova do seu direito por um modo menos exigente (no lugar da certeza, o julgador bastar-se-á com a probabilidade séria da sua existência), pelo que tem a sua vida facilitada; por outro lado, consegue, assim, obter uma vantagem que não tem se recorrer imediatamente à instância plena (pois obtém a seu favor uma inversão do ónus da prova, suportando o requerido o ónus terrível da prova da inexistência do seu direito).

Terceiro, numa perspectiva do réu, perante o efeito extremamente gravoso que tem a procedência da providência, fará todo o esforço de trazer para o procedimento toda a defesa (alegações e meios de prova) que, de outro modo, apenas levaria para a acção, pois não vale a pena de correr o risco de, futuramente, ter de suportar o ónus da prova do facto negativo. Como se sabe, provar algo inexistente é uma tarefa bastante difícil. Aí, o procedimento seria transformado numa verdadeira acção⁷.

Quanto ao argumento que levantei, parece já não ser viável: ao exigir do requerente da providência “algo mais” – elementos bastantes para formar convicção segura do juiz, está ao mesmo tempo a acrescentar um ónus de intentar a acção principal sob pena de se ver consolidada a medida cautelar. Nessa medida, perderia o equilíbrio existente se invertesse o ónus da prova.

Feita assim uma ponderação dos argumentos no quadro acima delineado, vim a concluir que, na minha opinião, a inversão do contencioso não implica qualquer inversão das regras de distribuição do ónus da prova. Ou seja, a acção de impugnação da existência do direito acautelado (artigo 387-c-1 do Código

7 Os argumentos aqui apresentados encontram-se no parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses.



Processo Civil) é uma acção de apreciação negativa, aplicando-se o artigo 343-1 do Código Civil: ao réu, requerente da providência, cabe provar os factos constitutivos do seu direito, “sem que o julgamento da matéria de facto do procedimento constitua qualquer presunção invocável na acção principal (artigo 383-4 do Código Processo Civil) ”⁸, segundo a observação do Prof. LEBRES DE FREITA.

Em seguida, vamos abordar outra questão, igualmente discutível na doutrina.

No parecer da Ordem dos Advogados, vem sugerir o afastamento da inversão do contencioso nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido, sob pena de se violarem as regras de um processo justo e leal. Argumentando: “uma coisa é o requerente pode produzir provas sem qualquer contraditório da outra parte, e foi com base nessas provas sem contraditório do requerido que o juiz formou a tal convicção segura para decretar a inversão do contencioso, e outra bem diferente é, em momento posterior e continuando a não poder exercer o contraditório em relação às provas já produzidas, vir a provar factos que abalem ou infirmem a tal anterior convicção segura do juiz”.

Este argumento, vem precisamente chamar a nossa atenção para o princípio da igualdade de armas, fundado no princípio da igualdade e no processo equitativo, e que se relaciona estreitamente com outros direitos processuais fundamentais, *maxime* o contraditório, exige a igualdade de tratamento das partes, na distribuição de meios e deveres processuais.

Na hipótese das providências cautelares sem audiência prévia, o efeito imediato da tomada de uma decisão judicial sem audição do requerido apresenta-se, sem dúvida uma restrição intensa do princípio do contraditório, porque ao requerido não foi previamente concedido qualquer oportunidade para influir no desfecho do processo que conduz àquela decisão à qual deve obediência.

Só que, quanto a esse ponto, tanto a doutrina como a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, são mais ou menos unâimes em apontar a necessidade da restrição dos direitos do requerido resultante da sua não audição, em prol da eficácia dos procedimentos judiciais⁹.

Porém, há ainda um outro ponto que nós não podemos perder atenção, e que talvez nos leve a concordar com a posição da Ordem. Após o decretamento da providência e da inversão do contencioso, o requerente obtém do seu lado uma decisão judicial que lhe é favorável e, no que for permitido participar na fase subsequente, não deixará de procurar influenciar a manutenção dessa decisão; ao invés, o requerido, se pretender inverter a situação, terá não só de fazer frente ao que o requerente haja trazido ou possa ainda vir a trazer ao processo, mas

8 Cfr. José Lebre de Freitas, Apreciação do projecto de reforma do processo civil.

9 Acórdão do TC 598/99, DR. II Série, de 20.03.2000.



simultaneamente a uma decisão judicial e a uma certa e natural pré-compreensão que o juiz possa ter sobre o litígio. Na ocorrência deste quadro, podemos até dizer que o requerente e o requerido partem para a fase subsequente do procedimento cautelar em condições desiguais. Logo, configura-se duvidosa a violação dos princípios da igualdade de armas e do contraditório.

O último ponto que pretendemos trazer para esse fórum diz respeito ao momento do requerimento por parte interessada.

Já temos uma impressão de que o projecto da revisão permite que o requerimento da inversão do contencioso seja apresentado até ao encerramento da audiência final. Na verdade, se o requerente da providência pretende obter o benefício de inversão do contencioso, então deve declará-lo, logo que requer a providência cautelar, até porque, se pretende que a decisão a proferir venha a constituir a regulação definitiva do caso, há-de fornecer e alegar, logo de início, os elementos de facto bastantes para esse efeito, não sendo, portanto, justo e leal delongar o pedido de inversão do contencioso, até ao encerramento da audiência final, isto é, para momento em que, processualmente, o requerido já deduziu a respectiva oposição na qual não poderia, por isso, ter tomado em consideração o pedido de inversão do contencioso, justamente por o mesmo não constar do pedido inicial do requerente.

Pessoalmente, entendo que esta crítica é razoável. Além das razões já invocadas, importa lembrar que a figura da inversão do contencioso foi introduzida, a favor da requerente mas em detrimento do requerido, para evitar as acções praticamente inúteis e procurar contribuir para a salvaguarda da eficácia e celeridade do processo. Sendo isto a finalidade do legislador. Ao procurarmos solução para certo problema, devemos ter em conta o princípio da proporcionalidade (nas suas três vertentes), para não ultrapassar os limites constitucionais. Portanto, se houver melhor alternativa que atinge igualmente os objectivos visados, como é o caso, então porque é que não seguimos nelas. Pois a ideia é procurar uma solução menos gravosa para o prejudicado (requerido).

4. Conclusão

Após uma pequena abordagem *supra* apresentada, são oportunas três observações finais.

Embora, no caso de Portugal, as formas de antecipação da tutela se limitem situadas no âmbito das providências cautelares, nada impede que noutras ordens jurídicas, se prevejam formas de antecipação da tutela autónomas das providências cautelares, como o caso da Itália e do Brasil.

Em comparação de dois institutos – convolação da tutela cautelar em tutela definitiva e inversão do contencioso, tendo o mesmo objectivo a alcançar, parece

que o segundo será aquele mais conveniente:

Por um lado, é coerente com o princípio dispositivo e confiança processual, já que a obtenção de uma potencial solução definitiva na sede do procedimento cautelar depende da vontade do interessado, pois a inversão só se opera com a apresentação do requerimento.

Por outro, esta solução evita que se possa eternizar a provisoriação da medida cautelar decretada, já que se nenhuma das partes intentar, em prazo curto, ação definitiva, a solução cautelar irá consolidar-se como definitiva composição da lide.

Mesmo que se exija ao juiz da inversão do contencioso algo mais do que é suficiente para decretar a providência, este juízo não é vinculativo na ação de impugnação.

Em suma, tanto a convolação do procedimento cautelar em resolução definitiva como a inversão do contencioso, nova ideia agora proposta no âmbito do processo civil, têm como propósito contornar a “crise processual”, emergente das elevadíssimas pendências acumuladas nos tribunais, e são técnicas processuais que me parecem trazer algo interessante. Apesar de terem, neste momento, vários aspectos susceptíveis de aperfeiçoamento e crítica, na minha opinião elas representam, pelo menos, mais um passo na resolução do nosso problema. Pois não podemos deixar que o direito seja ultrapassado pela vida.

Bibliografia

JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lisboa, Lex, 1997.

CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, *Código Processo Civil de Macau – Anotado e Comentado*, Vol. I, Macau, 2006

CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, *Lições de Processo Civil I*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2005.

TIAGO FÉLIX DA COSTA, *A (Des)Igualdade de Armas nas Providências Cautelares sem Audiência do Requerido*, Coimbra, Almedina, 2012.

Exposição dos Motivos da Comissão da Reforma do Processo Civil – Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*.

Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portuguesas Relativa a Proposta da Comissão de Revisão do Processo Civil, Fevereiro de 2012.

Relatório Intercalar Relativa ao Regime Processual Civil Experimental.



LOPES DO REGO, ``*O Novo Processo Declarativo*''
Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Reforma do Código
Processo Civil.

