

DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS A INVERSÃO DO CONTENCIOSO NOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES*

Tam Hio Kuan

Estudante de Mestrado Faculdade de Direito, Universidade de Macau

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem por objectivo discutir a novidade introduzida pela Reforma do Código de Processo Civil português em matéria dos procedimentos cautelares.

Ao falar em resolução de um conflito no tribunal, surge logo na mente a ideia da morosidade do andamento do processo. Quando perde um bem por um período consideravelmente longo de tempo, a sua restituição já não revela um grande significado para o titular original, porque o titular já está habituado a viver sem o referido objecto e a sua tristeza também passa com o decurso do tempo. Uma decisão judicial proferida ao fim de anos terá apenas efeito de ressarcimento pecuniário. Ora, com a inflação, uma nota hoje já não valerá o mesmo no futuro. Por isso, apenas uma resolução tempestiva pode assegurar uma tutela jurisdicional útil dos direitos.

Sendo processos urgentes, os procedimentos cautelares têm a vantagem de despachar o andamento de certos tipos de processos, garantindo assim o proveito máximo da tutela jurisdicional. Todavia, estes tipos de processos estão dependentes sempre de um outro processo principal, este condicionando a validade daqueles. De facto, os procedimentos cautelares não contribuem para

* 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.



qualquer diminuição de trabalho pelo tribunal, nem pelas partes. Correm assim dois processos no tribunal sobre a mesma controvérsia, baseada nos mesmos factos, o que aumentará, de certeza, a carga das entidades jurisdicionais, levando a um círculo vicioso. Neste caso, os processos andarão ainda mais devagar no tribunal, violando o princípio fundamental da efectividade da tutela jurisdicional dos direitos.

A natureza dos procedimentos cautelares é bastante discutível ao longo da história legislativa. Cedo no Código de Processo Civil português de 1939 (no seu artigo 4.º), as acções conservatórias eram referidas a par das acções de simples apreciação, de condenação, constitutivas e executivas, formando uma categoria autónoma colocada no mesmo plano com as restantes. Com a Reforma Processual de 1961, as acções anteriormente denominadas preventivas e conservatórias passaram a chamar-se procedimentos meros preliminares ou incidentes das verdadeiras acções, sem ter carácter autónomo. Por isso, nos Códigos de Processo Civil vigentes quer em Portugal quer em Macau, os procedimentos cautelares deixaram de figurar no elenco das acções referidas nos artigos sobre as espécies de acções¹.

Agora, com o novo projecto de lei da Reforma do Código de Processo Civil Português, vamos descobrir qual será o destino dos procedimentos cautelares quanto ao grau de autonomia, analisando se o regime proposto pela Comissão conformará com os princípios gerais do Processo Civil.

I. INTRODUÇÃO

Os procedimentos cautelares são tutelas jurisdicionais de carácter urgente, tendo uma função instrumental. Está previsto no artigo 381.º do Código de Processo Civil de Portugal: “*Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado*”.

A função específica deste tipo de actividade jurisdicional consiste em assegurar o efeito útil do direito antes de o mesmo se tornar irrecuperável, prevenindo assim os perigos que, antes da propositura de uma acção ou durante o tempo em que esta se encontra pendente, possam comprometer os seus resultados.

Diz-se antecipatória a tutela jurisdicional que visa antecipar determinados efeitos das decisões judiciais, prevenindo a violação grave ou dificilmente reparável do direito; diz-se conservatória a tutela jurisdicional que visa preservar

1 PIRES, Cândida da Silva Antunes, *Lições de Processo Civil I*, 2.ª Edição revista e ampliada, Universidade de Macau, Faculdade de Direito, 2009, p. 101 ss.



o *status quo ante* para que ele se não altere ao ponto de se tornar impossível a reintegração do direito violado, enquanto não for proferida a decisão definitiva respeitante ao conflito de interesses.

Processo Urgente

O seu carácter urgente mostra-se na rigorosa observação do prazo máximo para a decisão e na prioridade dos respectivos actos face a qualquer outro serviço judicial não urgente. A gestão do andamento é exigível tanto para as partes como para o tribunal, pelo que não se suspendem os prazos durante o período de férias judiciais, incluindo em fase de recurso. Assim, o processo é caracterizado por *summaria cognitio*, com a petição, o requerente oferecendo apenas prova sumária do direito ameaçado, implicando que o julgamento da prova também revestirá apenas uma forma abreviada.

Só um grau elevado da necessidade justifica um tratamento da providência cautelar de tal modo urgente, por isso, para o decretamento do mesmo, é necessário o preenchimento dos requisitos seguintes:

1) *periculum in mora*, sempre que alguém mostre suficientemente fundado receio de que outrem, antes de proferida decisão de mérito, ou porque a acção ainda não está sequer proposta ou porque ainda se encontra pendente, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, ou seja, receio de que o direito seja seriamente afectado ou inutilizado se não for decretada uma medida cautelar;

2) *fumus boni juris*, o interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em acção constitutiva, já proposta ou a propor, sendo a providência decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo Requerente;

3) interesse processual, a providência quer conservatória, quer antecipatória, tem que ser concretamente adequada a remover o *periculum in mora* verificado e a assegurar a efectividade do direito ameaçado;

4) proporcionalidade, o prejuízo resultante da providência não deve exceder o dano que com ela se quis evitar.

A ameaça de *periculum in mora* autoriza o tribunal a apreciar, preliminarmente e sumariamente, uma relação jurídica substancial que deve ser objecto de um exame judicial mais profundo e demorado. Essa apreciação preliminar, quando favorável ao requerente, provoca a emissão de uma providência provisória, destinada a acautelar o perigo.

Em Macau, está previsto nos artigos 326.º a 368.º do Código de Processo Civil, sendo o regime muito parecido com o português.



Princípio de Dependência

O procedimento cautelar não é um processo autónomo, dependendo sempre de uma acção principal. O procedimento cautelar pode ser preliminar, se for requerido antes de ser instaurada a acção principal, ou incidente de uma acção principal, se for requerido no decurso dela, nos termos do artigo 383.º do Código de Processo Civil de Portugal.

Artigo 383.º (Relação entre o procedimento cautelar e a acção principal)

1 - O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva.

2 - Requerido antes de proposta a acção, é o procedimento apensado aos autos desta, logo que a acção seja instaurada; e se a acção vier a correr noutro tribunal, para aí é remetido o apenso, ficando o juiz da acção com exclusiva competência para os termos subsequentes à remessa.

3 - Requerido no decurso da acção, deve o procedimento ser instaurado no tribunal onde esta corre e processado por apenso, a não ser que a acção esteja pendente de recurso; neste caso a apensação só se faz quando o procedimento estiver findo ou quando os autos da acção principal baixem à 1.ª instância.

4 - Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal.

5 - Nos casos em que, nos termos de convenções internacionais em que seja parte o Estado Português, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou haja de ser intentada em tribunal estrangeiro, o requerente deverá fazer prova nos autos do procedimento cautelar da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respectivo tribunal.

A providência cautelar, pela sua própria natureza e pelas condições em que é decretada, tem uma vida necessariamente limitada: só dura enquanto não é proferida a decisão final. Logo que se forma a decisão definitiva num processo principal, a providência cautelar, porque é provisória, caduca automaticamente, perde, *ex se* ou *ipso jure*, a sua eficácia, ou seja, a sua vitalidade.

Pelo seu carácter de dependência e de provisoriedade, o legislador consagrou situações em que uma providência cautelar caduca:

Artigo 389.º (Caducidade da Providência)

1 - O procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca:

a) Se o requerente não propuser a acção da qual a providência depende dentro de 30 dias, contados da data em que lhe tiver sido notificada a decisão que a tenha ordenado, sem prejuízo do disposto no n.º 2;

b) Se, proposta a acção, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente;



c) Se a acção vier a ser julgada improcedente, por decisão transitada em julgado;

d) Se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior;

e) Se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido.

2 - Se o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, o prazo para a propositura da acção de que aquela depende é de 10 dias, contados da notificação ao requerente de que foi efectuada ao requerido a notificação prevista no n.º 6 do artigo 385.º

3 - Quando a providência cautelar tenha sido substituída por caução, fica esta sem efeito nos mesmos termos em que o ficaria a providência substituída, ordenando-se o levantamento daquela.

4 - A extinção do procedimento e o levantamento da providência são determinados pelo juiz, com prévia audiência do requerente, logo que se mostre demonstrada nos autos a ocorrência do facto extintivo.

Para além disso, a não ter agido com a prudência normal para evitar a caducidade da providência cautelar decretada, o requerente será ainda susceptível de ser condenado ao pagamento de uma indemnização pelos danos culposamente causados ao requerido, nos termos do n.º 1. do artigo 390.º do CPC.

Função Instrumental

Conforme nota Piero Calamandrei, a providência cautelar não é um fim, mas um meio; não se propõe dar realização directa e imediata ao direito substancial, mas tomar medidas que assegurem a eficácia de uma providência subsequente, esta destinada à actuação do direito material.

O procedimento cautelar destina-se a evitar o perigo de demora do desfecho definitivo da acção ou execução e a garantir a eficácia do resultado deste processo, o que significa que o procedimento cautelar surge para servir o fim de um processo principal relacionado.

Por isso, este procedimento tem uma função instrumental face à acção principal, sendo a tutela jurisdicional decretada na pressuposição ou na previsão de hipótese de vir a ser favorável ao autor a decisão a proferir no processo principal.

Não podendo a providência cautelar ter o mesmo objecto que a providência definitiva, aquela se destina tão-só a prevenir prejuízos decorrentes da demora no processamento da acção principal, através de uma qualquer medida provisória que vise dar utilidade ou eficácia ao conteúdo da sentença que vier a reconhecer os direitos reclamados.

O elemento definidor da conexão entre o procedimento cautelar e a acção principal é a identidade do direito que se persegue num e noutro, isto é, o direito que se pretende ver reconhecido pela acção haverá de ser o mesmo que se pretende

ver acautelado pela providência requerida no procedimento cautelar.

A existência de conexão entre a acção principal e o procedimento cautelar não é necessário que ocorra identidade de pedidos, podendo a mesma afirmar-se tão só em função da coincidência quanto à causa de pedir e às partes.

II. REGIME EXPERIMENTAL VS. NOVA REFORMA

Antecipação do Juízo sobre a Causa Principal

A realidade económico-social actual é consideravelmente diferente da que viu nascer o Código de Processo Civil. O sistema judicial, condicionado pelo recurso massivo aos tribunais por parte de um número reduzido de utilizadores e por uma tramitação processual desajustada a essa procura, clama há muito por soluções que promovam, de facto, o direito fundamental de acesso ao direito e a garantia de uma justiça em tempo razoável estabelecida na Constituição da República Portuguesa em favor das pessoas singulares e colectivas.

O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, cria um regime processual civil mais simples e flexível, que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal.

No âmbito dos procedimentos cautelares, alguns conflitos de interesses ficam sanados simplesmente com o decretamento da providência e com o mesmo alguns direitos ficam satisfeitos e salvaguardados plenamente. Por exemplo, ao se requerer a realização de certo tipo de reparação e pretendendo que a providência produza efeitos dentro de um prazo curto.

Tendo em conta, nomeadamente, as situações em que a natureza das questões ou a gravidade dos interesses envolvidos não se compadece com a adopção de uma simples providência cautelar ou, diversamente, prescinde, por absolutamente inútil, da instauração de uma acção principal, permite-se que o tribunal, ouvidas as partes, antecipe o juízo sobre a causa principal, desde que considere que foram trazidos ao processo todos os elementos necessários para uma decisão definitiva. Assim, estabelece no Capítulo IV do referido decreto-lei o seguinte:

Artigo 16.º (Decisão da Causa Principal)

Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.

Este regime experimental vigora em certas comarcas, onde passa a ser possível, no âmbito dos procedimentos cautelares, antecipar o juízo sobre a causa principal, de jeito a resolver-se definitivamente o litígio no próprio procedimento cautelar. Permitindo providências cautelares antecipatórias com composição definitiva do objecto de litígio, cria-se, neste caso, um procedimento cautelar



sem dependência da acção principal ou uma providência não dependente da sua instauração.

Com a convalidação da tutela cautelar em tutela definitiva, a decisão faz caso julgado como no quadro de uma acção principal, tornando-se imodificável e indiscutível.

Inversão do Contencioso

No projecto de lei da Reforma do Código de Processo Civil, um dos regimes inovatórios que a Comissão de Reforma pretende introduzir é a inversão do contencioso, quebrando-se o princípio de dependência dos procedimentos cautelares, mas de um modo diferente do referido regime experimental.

No Código actual, o requerente dos procedimentos cautelares, para que não venham caducar as medidas preventivas ou conservatórias decretadas em seu benefício, era obrigado a intentar uma acção ou execução, dentro do prazo previsto na lei, com base na mesma questão controvertida.

Para acabar com esta duplicação de procedimentos, a decisão cautelar poderá consolidar-se numa definitiva composição do litígio se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não podia ter essa vocação de definitividade.

Em primeiro lugar, o requerido é colocado pelo juiz num ónus de propositura da causa principal a seu cargo, se não o cumpre, a medida cautelar decretada consolida-se como definitiva sem que seja interposta a acção principal.

Por isso, é proposto introduzir no artigo 383.º, “*excepto se for decretada a inversão do contencioso*”, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado, e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de acção declarativa ou executiva”, criando, assim, uma quebra ao princípio de dependência na relação entre o procedimento cautelar e a acção principal”.

Em segundo lugar, o efeito de inversão do contencioso depende sempre de uma concreta valoração judicial, podendo o juiz, na decisão que decreta a providência, dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se:

a) a matéria adquirida no procedimento permitir o juiz poder formar convicção segura acerca da existência do direito; e

b) a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

O juiz só decretará a inversão do contencioso quando o grau de convicção que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus bonis juris*, face à amplitude e consistência da prova produzida e à evidência do direito invocado pelo requerente; e entender que a composição de interesses alcançada a nível cautelar pode servir perfeitamente como solução definitiva para o litígio, não necessitando um efeito



mais intenso da tutela a obter em acção principal².

Sendo casos contrários uma providência cautelar com vista a impedir temporariamente a demolição de um prédio ou impor a suspensão provisória de uma obra, nestes casos, o âmbito da providência cautelar não serve para resolver o conflito das partes, não podendo formar-se uma composição definitiva do litígio.

Em terceiro lugar, a inversão do contencioso depende sempre de requerimento do interessado, a formular até ao encerramento da audiência final, não sendo oficiosamente decretável pelo juiz, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do proposto artigo 387.º-A. Vigora aqui o princípio do dispositivo, o requerente decide se lhe interessa ou não a potencial definitividade e consolidação da decisão cautelar. No referido regime experimental de 2006, contrariamente ao proposto pela Comissão, foi consagrado a oficiosidade ao juiz, permitindo ao juiz, por sua iniciativa, antecipar o juízo sobre a causa principal.

Em quarto lugar, o requerimento está sujeito ao necessário contraditório do requerido. Se se tratar de procedimento sem contraditório prévio, o requerido pode opor-se à inversão do contencioso, após o decretamento, conjuntamente com a impugnação da providência decretada, nos termos do n.º 2 do proposto artigo 387.º-A.

Em quinto lugar, o ónus da propositura da acção principal imposto ao requerido tem de ser exercido nos 30 dias subsequentes à notificação. Caso obtenha a procedência da acção principal pelo requerido, caduca a providência decretada anteriormente. Assim propõe o pretende artigo 387.º-C (Propositura da Acção Principal pelo Requerido):

1 – Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

2 – O efeito previsto na parte final do número anterior verifica-se igualmente quando, proposta a acção, o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência do requerente ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior.

3 – A procedência, por decisão transitada em julgado, da acção proposta pelo requerido determina a caducidade da providência decretada.

Em sexto lugar, o juiz decretará uma providência cautelar aditado um

2 REGO, Lopes do, *O Novo Processo Declarativo*, no Colóquio - “A Reforma do Processo Civil”, de 21-03-2012, in <http://www.stj.pt/coloquios/coloquios/442-coloquio-q-a-reforma-do-processo-civilq>



*plus*³, formando uma composição tendencialmente definitiva do litígio, a qual se consolidará se o requerido não cumprir o ónus de propor a acção principal e de nela infirmar o juízo de certeza prática acerca da existência do direito acautelado ou a idoneidade da medida cautelar decretada para representar uma solução definitiva do litígio, nos termos do n.º 1 do proposto artigo 387.º-C, sendo diferente com o que sucede no caso de antecipação do juízo, nos termos do citado artigo 16.º do decreto-lei acima mencionado, naquele regime experimental, o juiz antecipava o juízo sobre a causa principal na mesma decisão cautelar proferida.

Por último, o regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à generalidade dos procedimentos cautelares nominados, apenas se excluindo totalmente do âmbito deste instituto as providências de cariz manifestamente conservatório, como o arresto e o arrolamento, sendo apenas uma apreensão provisória de bens, com vista a impedir a sua venda ou deterioração. Porque o arresto e o arrolamento têm natureza meramente provisória, não sendo aptos a alcançar o objectivo último do requerente.

III. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

A Inversão de Contencioso Implicará uma Inversão de Ónus da Prova?

Segundo o n.º 1 do proposto artigo 387.º-C (Propositura da Acção Principal pelo Requerido), gerador de interpretações divergentes na discussão da reforma, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

Segundo o parecer elaborado pela Ordem dos Advogados de Portugal sobre o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil⁴, a inversão do contencioso, onerando o requerido com o ónus da propositura da acção, não implica qualquer inversão das regras de distribuição do ónus da prova. Estas regras são de direito substantivo, estabelecidas no Código Civil, não estando dependentes da posição processual das partes no processo. A acção de impugnação da existência do direito acautelado é uma acção de simples apreciação negativa, aplicando-se o n.º 1 do artigo 343.º do referido código: ao réu, requerente da providência, cabe provar os factos constitutivos do seu direito, sem que o julgamento da matéria de facto

3 Veja-se a nota 2.

4 Ordem dos Advogados, *Parecer - Reforma do Código de Processo Civil (Sobre o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil)*, de 27-03-2012, in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=117212



do procedimento constitua qualquer presunção invocável na acção principal, nos termos do n.º 4 do artigo 383.º do Código de Processo Civil português. Nunca é demais dizê-lo, sabido que alguma jurisprudência, erradamente, vai no sentido de considerar que as regras de distribuição do ónus da prova se encontram invertidas na oposição à execução.

De sentido inverso ao entendido pelo Senhor Juiz Conselheiro Dr. Lopes do Rego⁵, o fim desta acção é impugnar a existência do direito acautelado, o que significa que recai sobre o autor, requerido da providência, o ónus de demonstrar a *ilegalidade* ou *inadequação* da decisão que considerou como *tendencial composição definitiva* do litígio a providência decretada, infirmando-a: não se trata, pois, de uma acção de simples apreciação negativa, em que, com base numa situação de *incerteza objectiva*, o autor se possa limitar a negar o direito reconhecido ao requerente da providência, fazendo recair inteiramente sobre este o ónus de provar os factos constitutivos do direito alegado, nos termos do n.º 1 do artigo 342º do Código Civil. 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 seu ver, a *inversão das regras normais sobre a repartição do ónus probatório*, cabendo ao autor, 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.

A minha opinião adere à primeira porque o decretamento da providência não constitui uma situação de certeza nem qualquer presunção. O que está disposto a favor do requerente de uma sentença jurisdicional favorável tem mero efeito provisório ou está no caminho para ser consolidada em definitiva composição do litígio, não sendo comparável com as sentenças jurisdicionais normais. Por isso, não deve ser justificada a inversão das regras sobre a repartição do ónus probatório.

A Admissibilidade da Inversão do Contencioso sem Audiência Prévia do Requerido

Segundo o n.º 1 do citado proposto artigo 387.º-C (Propositura da Acção Principal pelo Requerido), logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

Respeitante à admissibilidade da inversão do contencioso nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido, o que significa que, mesmo sem a possibilidade de audição da parte contrária, se decreta uma

5 Veja-se a nota 2.



providência que pode vir a constituir uma decisão definitiva sobre o presumível direito que se pretendeu acautelar.

Perante aqui uma situação parecida com a revelia relativa, do n.º 1 do artigo 484º do Código de Processo Civil Português, em que se o requerido não contestar, tendo sido ou devendo considerar-se citado regularmente na sua própria pessoa ou tendo juntado procuração a mandatário judicial no prazo da contestação, constitui uma cominação legal de que devem ser considerados reconhecidos os factos articulados pelo requerente, e baseado neste facto, se forma a decisão final. Neste caso, não há qualquer violação do princípio contraditório.

Todavia, sustenta no parecer elaborado pela Ordem dos Advogados de Portugal ⁶ que o exercício do contraditório não pode ser assegurado no caso em que o requerente produz, em primeiro lugar, provas sem qualquer contraditório da outra parte, e sendo com base nessas provas sem contraditório do requerido que o juiz forma a tal convicção segura para também decretar a inversão do contencioso; o requerido, em momento posterior, opõe-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação que venha a deduzir contra a providência decretada, provando factos que abalem ou infirmem a tal anterior convicção segura do juiz. Como não podendo exercer o contraditório em relação às provas já produzidas, não se afigura compatível com um processo justo e leal que nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido se possa admitir e consagrar a referida solução de inversão do contencioso.

Não estou de acordo com o parecer acima exposto porque no momento da impugnação pelo requerido, não há matéria de facto considerada provada no decretamento cautelar, isso só irá acontecer se a providência decretada consolidar-se numa decisão definitiva. O direito contraditório do requerido poderá ser plenamente exercido na acção principal por ele impulsionado, tal como exercido na acção de simples apreciação negativa, o requerido não irá infirmar qualquer convicção segura do juiz que decreta a providência.

Requerimento por Iniciativa do Requerente vs Decretamento Oficioso

O novo projecto de lei consagra a iniciativa do requerente sobre o benefício da inversão do contencioso, contrariamente ao estabelecido no regime experimental de 2006. Naquele regime experimental, o juiz pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.

Segundo o princípio dispositivo, o legislador pretende deixar nas mãos dos particulares toda a tarefa de iniciação, determinação do conteúdo, objecto e impulso do processo, não podendo o juiz decidir fora, além ou aquém do pedido. O processo civil é regido pelo princípio dispositivo quanto à relevância da vontade

6 Veja-se a nota 4.



das partes, assegurando a autonomia das partes na definição dos fins que elas procuram obter através da acção pendente.

Ao princípio do dispositivo costuma-se contrapor o princípio do inquisitório, segundo o qual compete ao juiz, sem prejuízo do ónus da iniciativa das partes, o poder de 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.

Assim, por um lado, o requerente tem que decidir o interesse em seu benefício, querendo ou não se aproveitar com a inversão do contencioso; por outro lado, o decretamento oficioso pelo juiz permite um andamento mais célere dos processos pendentes nos tribunais, que corresponde ao objectivo da presente reforma.

Considerando que o decretamento oficioso da inversão do contencioso não irá causar prejuízos à requerente e o requerido terá sempre direito de impugnar a tal decisão cautelar, adiro à ideia do decretamento oficioso, sendo a inversão um efeito normal, caracterizador de qualquer instância cautelar que preenche os requisitos materiais.

Admissibilidade de Requerimento da Inversão até ao Encerramento da Audiência Final

Segundo o mencionado parecer elaborado pela Ordem dos Advogados de Portugal ⁷, a admissão de requerimento da inversão até ao encerramento da audiência final contraria um processo justo e leal e a regra da boa fé processual.

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.

Concordo perfeitamente com o acima alegado, pois, a citação do réu tornarão estáveis os elementos essenciais da causa (artigo 268.º e 481.º, alínea b), do Código de Processo Civil português). Não é aceitável dedução superveniente de pedidos a não ser que a ampliação seja o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo, nos termos do n.º 2 do artigo 273.º do mesmo Código. Não se pode considerar que o pedido da inversão do contencioso é o mero desenvolvimento

⁷ Veja-se a nota 4.



do pedido primitivo cautelar porque uma decisão cautelar com a inversão do ónus processual implica requisitos legais e fundamentação bem diferentes com um mero decretamento cautelar. Assim, um requerimento da inversão do contencioso deduzido pouco antes do encerramento da audiência final prejudicará o exercício do poder contraditório do requerido.

Pensando conjuntamente com a questão anterior, o decretamento oficioso da inversão do contencioso, por um lado, resolverá o problema levado pelo princípio do contraditório, permitindo sempre ao requerido opor a inversão desde o início; por outro lado, desaparece também a dúvida sobre a admissibilidade de requerimento da inversão até ao encerramento da audiência final.

Notificação vs Registo da Decisão Judicial

No proposto artigo 397.º-A (Inversão do Contencioso)

1 – Se tiver sido decretada a inversão do contencioso, o prazo para propositura da acção a que alude o n.º 1 do artigo 387.º - C só se inicia:

- a) Com a notificação da decisão judicial que haja suspenso a deliberação;*
- b) Com o registo, quando obrigatório, da decisão judicial.*

2 – Para propor ou intervir na acção referida no número anterior têm legitimidade, além do requerido, aqueles que teriam legitimidade para a acção de nulidade ou anulação das deliberações sociais.

No teor do mesmo parecer⁸, o prazo de 30 dias para a sociedade requerida no procedimento de suspensão de deliberação social propor a acção principal conta-se a partir da notificação admonitória prescrita no n.º 1 do proposto artigo 387.º-C, o que está certo, ou a partir do registo, quando obrigatório, da decisão judicial, o que se afigura errado: a sociedade pode não ter conhecimento do registo e mal se compreende que o seu direito de pôr em causa a conversão em definitiva da decisão proferida no procedimento cautelar possa precluir sem que esse conhecimento seja assegurado; pior ainda quando se pense no sócio legitimado para a acção de nulidade ou anulação de deliberação social (n.º 2 do proposto artigo 397.º-A); só a notificação deve constituir o *terminus a quo* do prazo para a impugnação.

O que me parece ter toda a razão.

Aceitação Plena da Inversão do Contencioso

No n.º 4 do proposto artigo 392.º (Aplicação Subsidiária aos Procedimentos Nominados)

4 – O regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às

⁸ Veja-se a nota 4.



demais providências previstas em lei avulsa que tenham carácter antecipatório dos efeitos da acção principal.

De acordo com o artigo em análise, o regime da inversão do contencioso só será aplicável às providências com carácter antecipatório, não o sendo, por exemplo, ao arresto. Sustenta-se num parecer elaborado pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses⁹ que o efeito da inversão do contencioso não há que atender a natureza da providência, mas antes ao âmbito da decisão. Tomando o exemplo limite do arresto (mantido depois de oferecido o contraditório), e perfeitamente aceitável que se considere que a decisão inclui a afirmação (da probabilidade séria) da existência do crédito, pelo que bem se poderia admitir aqui uma inversão do contencioso – tudo se passa como se o tribunal decidisse “julgo verificado o crédito *X* [e séria a probabilidade da existência do direito], para segurança do qual decreto o arresto do bem *Y*”; e sobre aquele primeiro segmento (julgo verificado o crédito *X*) que deveria poder valer a inversão do contencioso. Porque não se ver que necessidade há de se obrigar o credor a recorrer à acção principal para ver declarado o seu direito e ver formado o título executivo.

Não posso aceitar esta concepção tão agressiva que desfaria completamente a figura de procedimento cautelar. A inversão de contencioso tem por objectivo consolidar uma providência cautelar em decisão definitiva, mantendo-se a natureza própria de uma medida cautelar. Tendo em conta o objectivo que o requerente pretenda obter não é mais intenso que a medida cautelar decretada e, por acaso, a medida possa resolver o litígio uma vez por todos, assim, a comissão propõe economizar os esforços e os custos tanto do requerente, como do tribunal, através do novo mecanismo de inversão do contencioso. Tenho de reiterar mais uma vez que um procedimento cautelar visa decretar medidas, não tendo como objectivo declaração ou reconhecimento de qualquer direito. Por isso, o regime de inversão do contencioso só será aplicável subsidiariamente às providências com carácter antecipatório dos efeitos da acção principal.

IV. CONCLUSÃO

Findo o presente trabalho, consigo sentir verdadeiramente a dificuldade em legislar. Elaborar um Código pela primeira vez é um trabalho pesado, mas fazer a revisão de um código também não é uma tarefa fácil. Por um lado, os legisladores têm que suprir a insuficiência do antigo diploma, introduzindo elementos inovatórios, por outro lado, têm que ter em consideração a mentalidade dos seus utilizadores ou destinatários, se conseguem acompanhar o passo ou não.

9 Associação Sindical dos Juizes Portugueses, *Parecer – revisão do Código de Processo Civil (Fevereiro de 2012)*, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 13-02-2012, in <http://www.asjp.pt/info/pareceres-e-estudos/pareceres-sobre-diplomas-legislativos/>



A sociedade está mudando todos os dias, sendo a realidade económico-social actual consideravelmente diferente da que viu nascer o Código de Processo Civil. O sistema judicial, condicionado pelo recurso massivo aos tribunais por parte de um número reduzido de utilizadores e por uma tramitação processual desajustada a essa procura, clama há muito por soluções que promovam, de facto, o direito fundamental de acesso ao direito e a garantia de uma justiça em tempo razoável estabelecida tanto na Constituição da República Portuguesa, como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em favor das pessoas singulares e colectivas.

Em Macau, a garantia de acesso aos tribunais está consagrada no primeiro artigo do Código de Processo Civil, implicando o direito de obter, em tempo razoável, uma decisão judicial.

Uma sentença do tribunal não pode tornar-se numa decisão puramente platónica, sendo muito importante a rapidez, eficiência e justiça dos processos judiciais, assegurando assim o seu efeito útil. Os procedimentos cautelares sendo um dos maiores causadores da morosidade processual, por isso, esta situação indesejada deve ser alterada.

Houve um esforço legislativo em 2006, estabelecendo um regime experimental da reformulação da tramitação processual civil, tendo como objectivo um sistema judicial mais célere e eficiente. O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho, criou um mecanismo inovatório da antecipação do juízo sobre a causa principal no âmbito dos procedimentos cautelares, permitindo um procedimento cautelar sem dependência da acção principal.

Este regime experimental vigora em certas comarcas, onde passa a ser possível, no âmbito dos procedimentos cautelares, antecipar o juízo sobre a causa principal, de jeito a resolver-se definitivamente o litígio no próprio procedimento cautelar. Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, pode o juiz, ouvidas as partes, decretar uma providência cautelar antecipatória com composição definitiva do objecto de litígio.

Com a convalidação da tutela cautelar em tutela definitiva, a decisão faz caso julgado como no quadro de uma acção principal, quebrando-se, deste modo, os princípios de dependência e de instrumentalidade dos procedimentos cautelares.

Pouco tempo antes, a comissão da reforma apresentou formalmente o projecto de lei da Reforma do Código de Processo Civil, introduzindo um mecanismo denominado “inversão do contencioso” no âmbito dos procedimentos cautelares, de uma forma diversa com a antecipação do juízo do referido regime experimental.

No Código actual, o requerente dos procedimentos cautelares, para que não venham caducar as medidas preventivas ou conservatórias decretadas em



seu benefício, era obrigado a intentar uma acção ou execução, dentro do prazo previsto na lei, com base na mesma questão em controvérsia.

Para acabar com esta duplicação de procedimentos, a decisão cautelar poderá consolidar-se em uma definitiva composição do litígio se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não podia ter essa vocação de definitividade.

Em primeiro lugar, ao requerido é colocado pelo juiz um ónus de propositura da causa principal a seu cargo, se não o cumpre, a medida cautelar decretada consolida-se como definitiva sem que seja interposta acção principal.

Em segundo lugar, o efeito de inversão do contencioso depende sempre de uma concreta valoração judicial, podendo o juiz, na decisão que decreta a providência, dispensar o requerente do ónus de propositura da acção principal se a matéria adquirida no procedimento permitir o juiz poder formar convicção segura acerca da existência do direito e a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Em terceiro lugar, a inversão do contencioso depende sempre de requerimento do interessado, a formular até ao encerramento da audiência final, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do proposto artigo 387.º-A.

Em quarto lugar, o requerimento está sujeito ao necessário contraditório do requerido. Se tratar de procedimento sem contraditório prévio, o requerido pode opor-se à inversão do contencioso, após o decretamento, conjuntamente com a impugnação da providência decretada, nos termos do n.º 2 do proposto artigo 387.º-A.

Em quinto lugar, o ónus da propositura da acção principal imposto ao requerido tem de ser exercido nos 30 dias subsequentes à notificação. Caso obtenha a procedência da acção principal pelo requerido, caduca a providência decretada anteriormente.

Em sexto lugar, o juiz decretará uma providência cautelar aditado um *plus*, formando uma composição tendencialmente definitiva do litígio, a qual se consolidará se o requerido não cumprir o ónus de propor a acção principal e de nela infirmar o juízo de certeza prática acerca da existência do direito acautelado ou a idoneidade da medida cautelar decretada para representar solução definitiva do litígio.

Por último, o regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à generalidade dos procedimentos cautelares nominados, excepto as providências de cariz manifestamente conservatório, como o arresto e o arrolamento.

Esta reforma constitui a quebra de dependência e uma instrumentalidade atenuada ou mitigada dos procedimentos cautelares em relação com a acção principal, atribuindo um grau mais elevado da autonomia aos novos procedimentos



cautelares, dando, assim, cumprimento ao princípio da economia processual, com uma simplificação de ritmo e formalidades e um menor custo de actividades.

Todavia, o projecto gera interpretações, discussões e repercussões divergentes. O mais falado é o assunto de que a inversão de contencioso implicará uma inversão de ónus da prova, nos termos do n.º 1 do proposto artigo 387.º-C. De facto, a inversão do contencioso, onerando o requerido com o ónus da propositura da acção, não implica qualquer inversão das regras de distribuição do ónus da prova. Estas regras são de direito substantivo, estabelecidas no Código Civil, não estando dependentes da posição processual das partes no processo. A acção de impugnação da existência do direito acautelado é uma acção de simples apreciação negativa, aplicando-se o n.º 1 do artigo 343.º do referido código: 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, nos termos do n.º 4 do artigo 383.º do Código de Processo Civil português. O decretamento da providência não constitui uma situação de certeza nem qualquer presunção. O que está disposto a favor do requerente de uma sentença jurisdicional favorável tem mero efeito provisório ou está no caminho para ser consolidada em definitiva composição do litígio, não sendo comparável com as sentenças jurisdicionais normais. Por isso, não deve ser justificada a inversão das regras sobre a repartição do ónus probatório.

Respeitante à admissibilidade da inversão do contencioso nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido, mesmo sem a possibilidade de audição da parte contrária, uma providência decretada pode vir a constituir uma decisão definitiva sobre o presumível direito que se pretendeu acautelar.

Não há qualquer violação do princípio contraditório. Por um lado, temos aqui uma situação parecida com a revelia relativa, do n.º 1 do artigo 484º do Código de Processo Civil Português, a não impugnação do requerido equipara-se a não contestação do réu, o que constitui uma cominação legal de que devem ser considerados reconhecidos os factos articulados pelo requerente, e, baseado neste facto, forma a decisão final; por outro, no momento da impugnação pelo requerido, não há matéria de facto considerado provado no decretamento cautelar, isso só irá acontecer se a providência decretada consolidar-se numa decisão definitiva. O direito contraditório do requerido poderá ser plenamente exercido na acção principal por ele impulsionado, tal como exercido na acção de simples apreciação negativa, o requerido não irá infirmar qualquer convicção segura do juiz que decreta a providência.

Quanto à questão de requerimento da inversão do contencioso por iniciativa das partes, o novo projecto de lei consagra o princípio do dispositivo, prescindindo o princípio do inquisitório.



Assim, por um lado, o requerente tem que decidir o interesse em seu benefício, querendo ou não se aproveitar com a inversão do contencioso; por outro lado, o decretamento oficioso pelo juiz permite um andamento mais célere dos processos pendentes nos tribunais, que corresponde ao objectivo da presente reforma.

Considerando que o decretamento oficioso da inversão do contencioso não irá causar prejuízos à requerente e o requerido terá sempre direito de impugnar tal decisão cautelar, preconiza o decretamento oficioso, sendo a inversão um efeito normal, caracterizador de qualquer instância cautelar que preenche os requisitos materiais.

Porém, a admissibilidade de requerimento da inversão até ao encerramento da audiência final viola o princípio do contraditório. Uma decisão cautelar com a inversão do ónus processual implica requisitos legais e fundamentação bem diferentes com um mero decretamento cautelar. Assim, um requerimento da inversão do contencioso deduzido pouco antes do encerramento da audiência final prejudicará o exercício do poder contraditório do requerido. Naquela altura, o requerido já deduziu a respectiva oposição na qual não poderia ter tomado em consideração o pedido de inversão do contencioso, justamente por o mesmo não constar do pedido inicial do requerente.

Assim, o decretamento oficioso da inversão do contencioso, por um lado, resolverá o problema levado pelo princípio do contraditório, permitindo sempre o requerido opor a inversão desde o início; por outro lado, desaparece também a dúvida sobre a admissibilidade de requerimento da inversão até ao encerramento da audiência final.

Ademais, a contagem do prazo de 30 dias, para intentar acção principal, a partir do registo da decisão judicial prejudicará, de igual modo, o exercício do poder contraditório do requerido. Nos termos do proposto artigo 397.º-A, o prazo de 30 dias para a sociedade requerida no procedimento de suspensão de deliberação social propor a acção principal conta-se a partir da notificação admonitória prescrita no n.º 1 do proposto artigo 387.º-C, o que está certo, ou a partir do registo, quando obrigatório, da decisão judicial, o que se afigura errado porque a sociedade pode não ter conhecimento do registo. Por isso, só a notificação deve constituir o *terminus a quo* do prazo para a impugnação.

Por fim, o regime da inversão do contencioso será aplicável apenas às providências com carácter antecipatório, não aceitando uma aplicação plena da inversão do contencioso. A inversão do contencioso tem por objectivo consolidar uma providência cautelar em decisão definitiva, mantendo-se a natureza própria de uma medida cautelar. Tendo em conta o objectivo que o requerente pretenda obter não é mais intenso que a medida cautelar decretada e, por acaso, a medida possa resolver o litígio uma vez por todos, assim, a comissão propõe economizar os esforços e os custos tanto do requerente, como do tribunal, através do novo mecanismo de inversão do contencioso. Um procedimento cautelar visa apenas decretar medidas, não tendo



como objectivo declaração ou reconhecimento de qualquer direito. Por isso, o regime de inversão do contencioso só será aplicável subsidiariamente às providências com carácter antecipatório dos efeitos da acção principal.

Teoricamente, a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares permite uma tramitação processual mais célere, porém, resta uma dúvida por saber. Quando põe em prática este novo mecanismo nos procedimentos cautelares, será susceptível de conduzir a uma litigiosidade no âmbito dos procedimentos cautelares com uma complexidade que alterará profundamente o respectivo regime?

Num processo urgente caracterizado por *summaria cognitio*, com a petição, o requerente oferecerá apenas prova sumária do direito ameaçado e o julgamento da prova revestirá apenas uma forma abreviada. Assim, a matéria adquirida neste tipo de procedimento será possível permitir ao juiz formar uma *convicção segura* acerca da existência do direito?

V. BIBLIOGRAFIA

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2007.

NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 22.^a Edição actualizada, Ediforum, 2009.

PIRES, Cândida da Silva Antunes, *Lições de Processo Civil I*, 2.^a Edição revista e ampliada, Macau: Universidade de Macau, Faculdade de Direito, 2009.

REGO, Lopes do, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, *O Novo Processo Declarativo*, no Colóquio - “A Reforma do Processo Civil”, de 21-03-2012, in <http://www.stj.pt/coloquios/coloquios/442-coloquio-q-a-reforma-do-processo-civilq>

Ordem dos Advogados, *Parecer - Reforma do Código de Processo Civil (Sobre o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil)*, de 27-03-2012, in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=117212

Associação Sindical dos Juizes Portugueses, *Parecer – revisão do Código de Processo Civil (Fevereiro de 2012)*, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 13-02-2012, in <http://www.asjp.pt/info/pareceres-e-estudos/pareceres-sobre-diplomas-legislativos/>

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 Fev. 2004, Processo 9647/2003-6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 Jan. 2012, Processo 4693/08.

