

Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa

Ano letivo 2018/2019

Mestrado em Direito Forense e Arbitragem

# Providências Cautelares

Professor Pedro Caetano Nunes

<b>CONCEITOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....</b>	<b>4</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
1.1. A TIPICIDADE DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES .....	6
1.2. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ESTADUAIS E ARBITRAIS .....	7
1.3. PROVISORIEDADE E URGÊNCIA .....	7
1.4. TUTELA CAUTELAR PROBATÓRIA? .....	7
<b>2. TUTELA CAUTELAR E PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL .....</b>	<b>8</b>
2.1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA .....	8
2.2. MEDIDAS CAUTELARES EX PARTE E DIREITO DE DEFESA .....	9
2.2.1. <i>Contraditório nas providências ex parte</i> .....	11
2.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	12
<b>3. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TUTELA CAUTELAR .....</b>	<b>13</b>
3.1. A PROVISORIEDADE .....	13
3.2. A INSTRUMENTALIDADE .....	14
3.3. A SUMMARIAM COGNITIO .....	14
3.4. A DEPENDÊNCIA .....	14
3.5. A EFICÁCIA RELATIVA .....	16
3.6. A PROIBIÇÃO DE REPETIÇÃO .....	17
3.7. O CONDICIONAMENTO À PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO .....	19
3.8. A MODIFICABILIDADE .....	20
<b>4. OS PRESSUPOSTOS .....</b>	<b>22</b>
4.1. PERICULUM IN MORA .....	22
4.2. FUMUS BONI IURIS .....	24
4.3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	25
<b>5. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>26</b>
5.1. MEDIDAS CONSERVATÓRIAS, ANTECIPATÓRIAS E MISTAS .....	26
5.2. MEDIDAS COM EFEITO DECLARATIVO (MERAMENTE DECLARATIVO, CONSTITUTIVO OU CONDENATÓRIO), EXECUTIVO OU MISTO .....	27
5.3. MEDIDAS CAUTELARES ESTADUAIS OU ARBITRAIS .....	28
5.4. TUTELA CAUTELAR ESTADUAL CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA .....	28
5.5. PROVIDÊNCIA CAUTELAR ESTADUAL COMUM E PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ESTADUAIS ESPECIFICADAS .....	29
<b>6. A TUTELA CAUTELAR PROBATÓRIA .....</b>	<b>29</b>
<b>7. O PROCEDIMENTO CAUTELAR ESTADUAL .....</b>	<b>30</b>
7.1. O PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E A PROVIDÊNCIA CAUTELAR .....	30
7.2. A CUMULAÇÃO .....	31
7.3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	32
7.4. A CADUCIDADE .....	34
<b>8. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES ESPECIFICADAS .....</b>	<b>37</b>
8.1. O ARRESTO .....	37
8.2. O ARROLAMENTO .....	39
8.3. A RESTITUIÇÃO PROVISÓRIA DA POSSE .....	41
8.4. A SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS .....	44
8.5. O EMBARGO DE OBRA NOVA .....	47
8.6. ARBITRAMENTO DE REPARAÇÃO PROVISÓRIA .....	50
8.7. ENTREGA JUDICIAL DE LOCAÇÃO FINANCEIRA .....	52
8.8. APREENSÃO DE VEÍCULOS AUTOMÓVEIS .....	53
8.9. TUTELA URGENTE DA PERSONALIDADE .....	54
8.10. SUSPENSÃO DE TITULARES DE ÓRGÃOS SOCIAIS .....	56
8.11. TUTELA CAUTELAR DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL .....	58

9.	MEDIDAS CAUTELARES ARBITRAIS .....	61
10.	A INVERSÃO DO CONTENCIOSO .....	64

## Conceitos de Direito Processual Civil

A **instância** consiste na relação jurídica processual entre todos os sujeitos processuais envolvidos no caso: autor, réu e juiz.

A ideia é a da técnica da relação jurídica/situação jurídica: as hipóteses de situações jurídicas são conjuntos relacionados de direitos e deveres. Isto serve para as relações jurídicas, mas também para as situações processuais.

Um **dever** é uma imposição normativa que importa a obrigatoriedade de um comportamento. Se violarmos um dever, podemos ter uma sanção. Já num **ónus** não há obrigatoriedade ou imposição, há a necessidade de adotar um comportamento para obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem. É a diferença entre imperativo categórico (dever) e imperativo hipotético (ónus).

Tanto os deveres como os ónus são hipóteses de situações jurídicas.

O direito subjetivo só entra na sentença do juiz, nas declarações de parte, etc. Depois temos sim os direitos, deveres e ónus das partes processuais. O juiz também tem deveres como o dever de se pronunciar e poderes como o poder de julgar.

A instância tem como modificações a intervenção de terceiros, preterição de litisconsórcio necessário, habilitação de herdeiros, habilitação de cessionários, etc. estas são alterações subjetivas, mas também temos alterações objetivas da instância como a alteração da causa de pedir.

O **pedido** é uma pretensão de direito substantivo que produz um conjunto de efeitos jurídicos, nomeadamente, os das normas jurídicas em que se subsumem os factos que constituem a causa de pedir. Os motivos terão de ser efeitos de normas jurídicas, daí que o objeto da relação jurídica processual seja o direito substantivo ou uma relação jurídica substantiva. É que os efeitos produzidos são os efeitos das normas substantivas.

O pedido, que delimita a instância, é uma pretensão feita em relação a um efeito jurídico de direito substantivo, que convoca a ideia de estatuição normativa.

**Exemplo:** peço a condenação do R. ao pagamento de 100mil€ e invoco o regime da responsabilidade civil. O juiz faz o julgamento e chega à conclusão de que não existe ilicitude e de que não pode condenar com base nessas regras. Conclui também que foram invocados todos os factos que são pressupostos do enriquecimento sem causa e que pode fazer essa condenação com base no enriquecimento sem causa. Na petição inicial só se fez menção aos artigos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa. O pedido é uma pretensão material e não uma pretensão formal: faz-se o pedido sem a justificação jurídica.

O tribunal está limitado pelo pedido, mas o pedido é uma pretensão material ou formal? Material. O juiz fica limitado pelos factos do pedido, mas não pelo seu direito (princípio *jura novit curia*, de acordo com o qual o juiz conhece de direito – **artigo 5º/3**).

O tribunal está limitado pelo pedido e conseqüentemente não pode condenar em objeto superior ou diverso, conduzindo sito à nulidade da sentença (**artigo 615º/1**).

A **causa de pedir** corresponde aos factos constitutivos da situação jurídica que se quer fazer valer ou negar, isto é, ao núcleo fático essencial tipicamente previsto por uma ou mais normas como causa do efeito de direito material pretendido. Por outras palavras, é o conjunto de fundamentos de facto e de direito da pretensão alegada pelo autor.

Num caso de divórcio por violação da integridade física a violação do direito não se prova. Pode fazer-se o mesmo pedido com base na quebra de fidelidade?

Até 2013, a causa de pedir podia ser ampliada na réplica. Como a réplica foi abolida a não ser em casos específicos, deixou de poder alterar-se a causa de pedir por esta via. Hoje em dia, só se pode fazê-lo havendo acordo entre ambas as partes (**artigo 264º**) ou em consequência de confissão feita pelo réu e aceite pelo autor. Podem existir várias causas de pedir. Mas quais são os limites impostos por cada causa de pedir?

- ➔ **Caso 1:** Na petição inicial alega-se violação da integridade física e no julgamento só se prova violação do dever de fidelidade. São factos diferentes e o enquadramento jurídico não é o mesmo. Há violação e deveres distintos. As normas convocadas são distintas: uma dala do dever de fidelidade e outra do dever de respeito. O problema é o principio do contraditório.
- ➔ **Caso 2:** NA petição inicial fala-se de uma relação extramarital em 2013 com A. no julgamento nada se prova sobre A em 2013, mas prova-se com B em 2015. É o mesmo enquadramento, mas diferentes personagens. É o mesmo direito, mas são dois factos diferentes com tempo e lugar distintos. Neste tipo de casos a causa de pedir é distinta porque a causa de pedir não é só direito, é também factos. Assim, não se pode decretar o divórcio. A outra parte não teve direito ao contraditório acerca deste facto que se provou apenas em julgamento. Anda a discutir-se o caso de A e depois aparece B, como é que o R. se defende disto a meio do julgamento?

Alguns juízes permitiram a alteração da causa de pedir com base no caso 2 por aplicação do **artigo 5º/2, b:** tendência para permitir qualquer facto complementar, ainda que este se traduza numa alteração da causa de pedir. Não podemos esquecer que em determinadas circunstâncias os factos podem não ser conhecíveis porque extravasam a causa de pedir r porque ultrapassam o principio do contraditório.

**Factos essenciais:** circulação a uma velocidade superior a 50km/h numa localidade (concretiza a ilicitude). Outro ilícito seria andar com velocidade excessiva face às condições. Aqui, estar a chover, por exemplo, seria um facto essencial.

**Facto instrumental:** projecção do corpo a 20m num atropelamento. À primeira vista este aprece um facto instrumental, mas se pensarmos que através da projecção consegue averiguar-se a velocidade, este passa a ser um facto essencial. Se o facto é ao mesmo tempo instrumental e essencial, dá-se a caracterização do facto como essencial.

### **O que é o pedido de uma providência cautelar?**

Se eu pedir a restituição provisória da posse, o juiz só o pode determinar verificando os seus requisitos: posse, esbulho e violência no esbulho. E se não houver violência no esbulho? O pedido é uma pretensão material e não uma pretensão formal. O juiz pode dar uma qualificação jurídica diferente.

E se eu pedir um arresto? Não se prova que se transferiram bens de Portugal para as ilhas Caimão, mas prova-se que o devedor encerrou a sua atividade em Portugal e que o seu passivo é muito superior ao ativo. Os pressupostos são a existência de um crédito e o justificado receio de perda de garantia patrimonial. Não se provou a dissipação para o estrangeiro, mas provaram-se as outras duas coisas. Pode decretar-se o arresto? Não, porque há alteração da causa de pedir. Se fosse decretado um arresto neste caso teria de se invocar o problema da alteração da causa de pedir.

## **1. Introdução**

As **providências cautelares** são as medidas que podem ser tomadas na sequência de um procedimento cautelar.

O procedimento cautelar é o processo judicial instaurado como preliminar a uma ação, ou na pendência desta como seu incidente, destinado a prevenir ou a afastar o perigo resultante da demora a que está sujeito o processo principal. Através de uma indagação rápida e sumária, o juiz assegura-se da plausibilidade da

existência do direito do requerente e emite uma decisão de caráter provisório, destinada a produzir efeitos até ao momento em que se forma a decisão definitiva.

As providências não decidem em definitivo um determinado litígio, apenas salvaguardam as situações jurídicas que as partes tenham, nomeadamente os seus direitos, impedindo que durante a pendência da ação, a situação de facto se altere.

A tutela cautelar é um corolário do acesso à tutela jurisdicional (**artigo 2º**) efetiva uma vez que se houver perigo na demora de decisão final, só se consegue ter efetivamente tutela jurisdicional se houver uma decisão provisória que assegura a situação, caso contrário a decisão final apenas servirá para “emoldurar” o caso concreto.

**Artigo 2º/2:** “A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”.



Providência cautelar

As três primeiras ideias a destacar nas providências cautelares são: o periculum in mora, o fumus boni iuris e a provisoriedade.

O acesso à justiça implica tempo. Muitas vezes, a decisão final dos tribunais implica anos e há casos concretos em que importa ter uma decisão menos demorada do que isto. Assim, a demora na tutela jurisdicional justifica a necessidade de uma tutela jurisdicional provisória para estas situações. Deste modo, a provisoriedade é a característica mais importante da tutela cautelar. Se se fala em provisoriedade, faz sentido que não vá existir a mesma exigência de prova do que aquando da tutela definitiva.

Quando se fala na demora da tutela jurisdicional e que essa demora, em determinadas circunstâncias é insuportável, daqui já se retira também a ideia do periculum in mora – o perigo da demora. Este é o segundo conceito essencial

Por falar em tutela jurisdicional, falamos da tutela de direitos ou interesses juridicamente protegidos e do perigo na sua tutela. Isto convoca o conceito de fumus boni iuris – a aparência do bom direito. Nestes termos fala-se de uma cognição sumária – a sumaria cognitio que contrasta com a prova plena na decisão definitiva.

O **periculum in mora** manifesta-se de duas formas:

- **Tutela conservatória:** há um risco de impossibilidade da tutela definitiva de um direito, pelo que se pretende manter o status quo, isto é, que tudo se conserve da forma em que está. **Exemplo:** arresto.
- **Tutela antecipatória:** há uma necessidade de tutela imediata que exige a alteração do status quo através de uma antecipação de uma decisão provisória da decisão definitiva. **Exemplo:** providência de alimentos

Nem sempre a classificação dos procedimentos como conservatório ou antecipatório é clara, mas também não é necessário que o seja. Por exemplo, a restituição provisória da posse pode ser vista de ambas as formas.

### 1.1. A tipicidade das providências cautelares

A lei não estabelece um número fechado de providências cautelares, o que faz com que hajam providências atípicas.

Qualquer direito pode ter uma qualquer providência. Algumas estão tipificadas na lei, mas para além desse elenco a lei estabelece a hipótese de se estabelecer uma qualquer providência atípica.

Os procedimentos cautelares encontram-se nos **artigos 362º e ss. do CPC**. Temos no **artigo 362º** o procedimento cautelar comum e a partir do **artigo 377º** alguns procedimentos cautelares especificados.

Existem sobre isto casos de fronteira. Por exemplo, para a restituição provisória da posse são necessários o esbulho violento e a posse. Se estas características não se reunirem é pacífico que podemos recorrer ao procedimento cautelar comum. Porém, no caso a reparação provisória que exige um dano pessoal já não existe consenso.

Temos como medidas cautelares **típicas (especificadas)**:

- Restituição provisória da posse (377º e ss. e 1279º);
- Alimentos provisórios (384º e ss., 2004º, 2007º, CC);
- Arresto (391 e ss. CPC e 601º, 619º CC);
- Arbitramento de reparação provisória (388º e ss.);
- Embargo de obra nova (397º e ss.);
- Suspensão de deliberações sociais (380º e ss.);
- Arrolamento, que pode ser comum (403º e ss.) ou especial (409º).

Como medidas cautelares **atípicas** temos:

- Servidão legal e passagem, em que se pode ceder passagem antecipadamente;
- Medidas de conservação de materiais deterioráveis, utilizadas sobretudo no contexto da arbitragem e do comércio internacional;
- Proibição de prática de atividades comerciais como o encerramento de discotecas;
- ...

Nas providências especificadas temos determinadas características enunciadas na lei que, quando analisadas em detalhe, podem ser reconduzidas na maior parte dos casos ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*.

Por exemplo, na restituição da posse, a posse corresponde ao *fumus boni iuris* e o esbulho violento à aparência do *periculum in mora*.

## 1.2. Providências cautelares estaduais e arbitrais

As características que enunciamos acima são as características centrais das providências cautelares, mas existem outras que já não são partilhadas por todo o tipo de providências cautelares.

Falamos aqui da coerção. As providências cautelares arbitrais distinguem-se das estaduais neste aspeto porque nas arbitrais não pode ser utilizado poder coercitivo.

As medidas estaduais, para além de coercibilidade têm também garantia penal. Violar uma providência cautelar constitui um crime de desobediência, enquanto que violar uma providência arbitral não constitui crime.

## 1.3. Provisoriedade e urgência

A provisoriedade distingue-se da urgência. A tutela cautelar é provisória e urgente, de modo que se apenas existir urgência temos tutela urgente e não tutela cautelar.

Por exemplo, o **artigo 879º do CPC** acerca da tutela de personalidade constitui dos seus **nºs 1-4** tutela urgente, uma vez que não há provisoriedade. Já no seu **nº5** temos urgência e provisoriedade, de modo que a verdadeira providência cautelar da tutela de personalidade se encontra no **artigo 879º/5**.

## 1.4. Tutela cautelar probatória?

Por vezes, na arbitragem voluntária, os árbitros promovem medidas que visam acautelar as provas, documentos, etc.

No Código de Processo Civil temos em relação a documentos uma providência cautelar de arrolamento que pode servir fins probatórios. Pode arrolar-se um documento para mais tarde fazer-se dele prova.

Existe no código de Processo civil um outro instituto – o da produção antecipada de prova (**artigos 419º e 420º**), que visa permitir que se ouça uma testemunha rapidamente. Este instituto é um incidente processual e não uma providência cautelar, mas que serve também fins probatórios caso haja perigo de se “perder” a testemunha.

Há, portanto, uma distinção entre providência cautelar e tutela cautelar probatória no direito português que não joga bem com o que acontece no resto do mundo. No direito português apenas temos o arrolamento como sombra da tutela cautelar probatória.

## 2. Tutela cautelar e princípios de direito processual

### 2.1. O princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional efetiva

O princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional efetiva está previsto no **artigo 20º, CRP**: *“A todos é assegurado ao cesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”*.

Se tivermos em conta os primeiros códigos de processo civil, a afirmação deste princípio decorria de um movimento de constitucionalização das garantias processuais. Este movimento é um movimento que e enquadra no constitucionalismo moderno, no desenvolvimento, na teira da constituição e no percurso de afirmação dos direitos fundamentais.

A sua origem mais relevante está no **artigo 10º da DUDH** que afirma que *“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”*. Relevam ainda os **artigos 6º e 14º da CEDH**.

Para as providências cautelares interessa sobretudo o **artigo 20º/4, CRP** – princípio do processo equitativo e da decisão em prazo razoável: *“Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”*.

A ideia de efetividade é ainda reforçada pelo **artigo 20º/5**, *“Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violação desses direitos*. Aqui faz-se referência à celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela efetiva em tempo útil, ainda que isto seja só previsto para Direitos, Liberdades e Garantias.

Quando olhamos para estes dois números do **artigo 20º, CRP**, tende a realçar-se que existem mecanismos de tutela cautelar porque se não os tivermos em determinadas situações, não adianta a tutela definitiva, porque esta não vai conseguir resolver a situação. Nas situações em que há uma urgência extrema que nos impede de esperar pela decisão do processo principal, se não houver acesso à tutela cautelar, não há também o acesso a uma tutela com efetividade como é garantida.

É deste modo que o **artigo 20º, CRP** é a base para as normas sobre tutela cautelar, tornando-se a tutela cautelar um corolário básico do princípio geral do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva.

#### **Constituição anotada de gomes Canotilho e vital moreira – 4º edição, 2007, pág. 416 e 417:**

*“Não é suficiente garantia o direito de acesso aos tribunais ou o direito de ação. A tutela através dos tribunais tem que ser efetiva. O princípio da efetividade articula-se, assim com uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e processuais, entre direitos fundamentais e organização e processo de proteção e garantia. Não obstante reconhecer o direito à proteção de direitos e interesses, não é suficiente garantia o direito de ação para se lograr uma tutela efetiva o princípio da efetividade postula, desde logo, a existência*

*de tipos de ações ou recursos adequados, a existência de tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou ação à disposição do cidadão.*

[...]  
*O princípio da efetividade está estreitamente relacionado com o direito à decisão da causa em prazo razoável (nº4). O direito à decisão da causa em tempo razoável pressupõe, desde logo,, uma formatação processual temporalmente adequada feita pelo legislador (prazos, recursos). Além disso, o sentido da razoabilidade do prazo aponta para a necessidade de a tutela jurisdicional dever assegurar-se em prazo cômputo. (...) As delongas processuais justificarão algumas vezes a imperatividade de medidas provisórias ou cautelares não só para se garantir o direito à tutela judicial, mas também para impedir que a duração do processo origine prejuízos irreparáveis que não poderiam ser evitados ou corrigidos pela decisão judicial ulterior”*

O direito constitucional é numa primeira fase um direito dos cidadãos contra o Estado, não admitindo pretensões particulares entre particulares.

Existe, porém, uma teoria alemã que permite que em determinados casos as normas constitucionais possam valer nas relações dos conflitos entre cidadãos. Na lei portuguesa, esta teoria tem acolhimento no **artigo 18º/1, CRP** de acordo com o qual “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas*”.

Chama-se a isto a teoria da eficácia horizontal, que permite que as regras constitucionais, nomeadamente as referentes a direitos, liberdades e garantias que, por norma, só têm eficácia vertical entre o cidadão e o Estado, possam ser invocadas por cidadãos contra cidadãos.

Temos ainda outros princípios em que cumpre verificar se o seu valor é constitucional ou infraconstitucional.

- **Princípio do dispositivo:** princípio infraconstitucional (delimitação do objeto do processo e suas vicissitudes por alegações das partes);
- **Princípio do inquisitório:** infraconstitucional (delimitação do objeto do processo sobre o controlo do juiz);
- **Princípio do contraditório:** constitucional
- **Princípio da independência e imparcialidade do tribunal:** constitucional
- **Princípio da licitude de prova:** ponderação com os direitos fundamentais
- **Princípio da preclusão:** infraconstitucional
- **Princípio da oralidade:** infraconstitucional
- **Princípio da concentração da produção dos meios de prova:** infraconstitucional (mas com limites)
- **Princípio da gestão processual:** infraconstitucional
- **Princípio da adequação formal:** infraconstitucional

Os princípios costumam vir em parilha. Por exemplo, o princípio da vontade joga contra o princípio da confiança. O princípio da efetividade e o princípio do contraditório surgem também cada um a puxar para o seu lado.

Nestas situações, o juiz tem de fazer uma interpretação da situação baseando-se na adequação, proporcionalidade stricto sensu e necessidade. Estas três ideias surgem quando tentamos fazer uma concordância prática em que há princípios opostos entre os quais é preciso encontrar o equilíbrio.

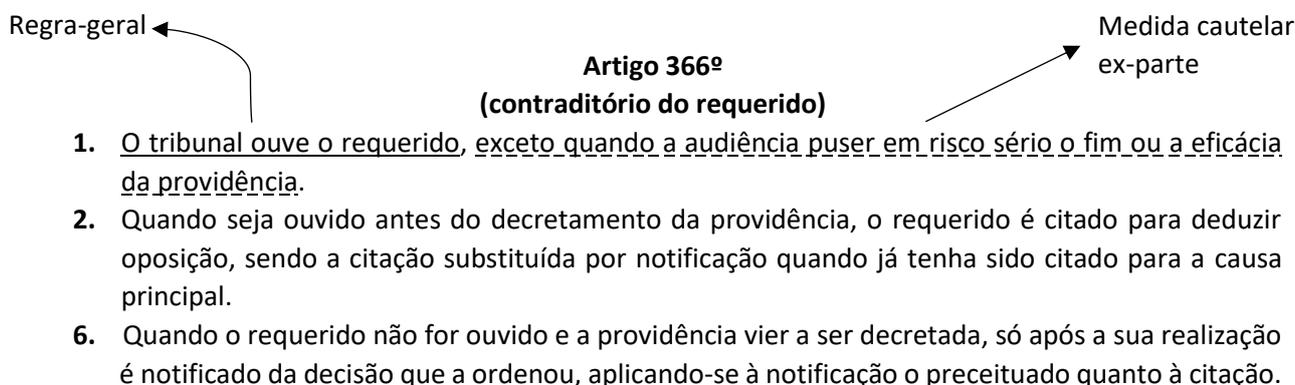
## 2.2. Medidas cautelares ex parte e direito de defesa

Medidas cautelares ex parte são medidas cautelares em que não existe contraditório prévio. Basicamente, o autor pede que a medida cautelar seja tratada sem que o réu seja citado para notificação: o juiz aceita, ouve as testemunhas do autor, decreta a providência e só após a sua efetivação é que é citada a parte contrária para se defender face a uma providência já decretada.

O direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva revela em determinadas situações uma tutela urgente ex parte. Se eu não puder decretar um arresto sem citação prévia do réu, então não serve de nada pedir um arresto. A sentença que eventualmente conseguirei passados anos, não vai ser executável porque o património já foi todo dissipado, não havendo efeito útil da decisão.

Assim sendo, quando o conhecimento prévio pelo requerido faça colocar em perigo a tutela do direito, deve permitir-se a dispensa de citação prévia.

Em relação à generalidade das providências cautelares, o autor pode efetuar o pedido de dispensa da citação prévia ao abrigo do **artigo 366º/1**, pedido esse que o juiz pode aceitar ou não consoante considere que existam fundamentos.



Num polo oposto à necessidade de assegurar o efeito útil da decisão, temos o princípio do contraditório que é aqui ultrapassado, já que o R. não tem oportunidade de se opor à aplicação da medida cautelar.

Como é feita a apaziguação do princípio do contraditório nestas situações? Fazendo exercer o contraditório com a maior brevidade, nestas situações.

Este tipo de decisão é difícil para um juiz. O enquadramento teórico para esta dificuldade é a ideia da justiça procedimental, isto é, a ideia de que a justiça dos Homens é uma justiça baseada em procedimentos. O juiz nunca tem acesso à verdade e a experiência do Homem demonstra que o essencial é que sejam assegurados procedimentos para se conseguir uma maior aproximação à verdade material.

Quando dispensa o contraditório, o juiz deve fazer uma interpretação apoiada no **artigo 18º da CRP**: Só deve restringir o contraditório na medida do estritamente necessário para assegurar a tutela jurisdicional efetiva – Proporcionalidade: Necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*.

Ora, o contraditório é a principal garantia de acesso à verdade. Qualquer juiz tem de ganhar maturidade e perceber que não deve acreditar numa versão apenas. O problema das providências ex parte é esse. O contraditório é a garantia de que o juiz não vai ficar convencido por apenas uma versão, tem de ouvir a da outra parte e também a das testemunhas.

O regime geral é o do **artigo 366º**, no qual a regra é a citação prévia e a exceção é a providência ex parte. Porém, existem dois procedimentos cautelares especificados onde existe um regime geral especial: o do arresto (**artigo 393º**) e o da restituição provisória da posse (**artigo 378º**). Nestes casos, por intuição legal, a regra é a da dispensa da citação prévia do requerido.

No arresto, dispensa-se a citação prévia pelos motivos óbvios. Por exemplo, quero suspender um administrador. Peço a dispensa da citação prévia para que o administrador que tinha acesso às contas bancárias

não resolvesse fugir e desviar mais dinheiro quando fosse citado. Era essencial que a providência fosse decretada sem citação prévia.

Na restituição provisória da posse, a dispensa de citação prévia justifica-se pela situação de violência em que o interesse é repor a situação anterior à violência sem contraditório prévio. Este regime é, porém, duvidoso e menos consensual que o do arresto. E se não tiver havido violência, por exemplo?

Na lei da arbitragem voluntária é também prevista uma medida cautelar – a ordem preliminar arbitral que é também ex parte. Em termos gerais, as medidas cautelares arbitrais dividem-se em duas:

- Providências cautelares stricto sensu
- Ordens preliminares (ex parte)

Só em casos muito restritos se podem decretar ordens preliminares. Estas têm um conteúdo muito mais restrito que o resto. Para além disso, os prazos para o exercício do contraditório posterior são também mais curtos.

É muito frequente pedir-se a dispensa da citação prévia com o argumento de ser uma situação urgente e não haver tempo para o contraditório.

Por exemplo, há muitos anos, o Benfica tinha um contrato com uma empresa de exclusividade de transmissão dos jogos. O Benfica pôs em causa a validade desse contrato e veio dizer que ia transmitir outros canais. A empresa, por sua vez, argumentou a sua providência cautelar dizendo que havia um jogo no próximo fim de semana e que não havia tempo para o contraditório prévio. Será isto justificação suficiente? Pelo que é motivada a urgência? A tendência dos juízes é para rejeitarem estes pedidos – tendência conservadora para com a justiça procedimental. A não ser que as circunstâncias objetivas sejam evidentemente não dependentes das partes.

No **artigo 374º** temos um mecanismo utilizado pela lei para dissuadir comportamentos desleais de abuso de processo – a responsabilidade do requerente.

A este propósito, o **nº2** prevê a possibilidade de prestação de uma caução pelo requerente, mesmo nas providências ex parte. Isto é muito raro no regime judicial, mas na arbitragem é obrigatório relativamente às ordens preliminares. Nunca se presta uma providência cautelar em arbitragem sem caução.

Neste caso, o juiz só decreta a providência se houver uma caução a contrabalançar. Se o requerente estiver a atuar de forma abusiva, perde a caução.

### 2.2.1. Contraditório nas providências ex parte

Como já foi mencionado, as providências cautelares ex parte impedem o contraditório naqueles que seriam os seus termos normais. Para restabelecer este princípio, o que se faz é promover o contraditório assim que seja necessário.

A matéria do contraditório subsequente ao decretamento de providência encontra-se no **artigo 372º**. Permite-se que após a notificação que informe o requerido do decretamento da providência cautelar, este possa:

- a) Recorrer do despacho que decretou a providência cautelar quando entenda que esta não deveria ter sido deferida;
- b) Deduzir oposição quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução.

Pedindo-se alteração da prova e confirmando-se a providência cautelar, é possível depois recorrer.

Este regime é acusado de insuficiência. Aponta-se a necessidade de fazer interpretações conformes à constituição sob pena de o regime ser considerado inválido. Há três aspetos que estão mal nesta lei:

1. **Reapreciação da prova** - E se eu não quiser oferecer meios de prova, mas quiser só reinquirir as testemunhas porque acredito com a minha instância se vai fazer luz? Isso não é exercer o contraditório? É precisa uma interpretação extensiva para que à luz da alínea b) se queira reavaliar a prova já produzida. Esta é a posição de Lebre de Freitas, mas não há muita jurisprudência a falar sobre isto. Em todo o caso, não se faz prova com testemunhas da parte contrária, tem de se contar é com as nossas testemunhas. Não há um advogado que peça só reapreciação da prova produzida, ele vai sempre querer trazer as suas testemunhas, pelo que o interesse será quase sempre produzir meios de prova.
2. **Falta de alçada para recorrer** – Há determinados litígios em que o valor é muito diminuto e não há alçada para poder recorrer. Nesses casos eu não posso recorrer de acordo com a alínea a), só podendo exercer o contraditório ao abrigo da alínea b).
3. Imagine-se que existe uma questão de direito, mas não se quer recorrer, mas sim invocar uma exceção perentória. Deve poder-se fazê-lo por oposição para que o requerente possa entrar em discussão sobre a exceção perentória, caso contrário perde-se o direito a um grau de recurso. Se invoco uma exceção nova e não o faço ao nível da primeira instância, deixo de ter recurso sobre a matéria de exceção.

O **artigo 372º** tem de ser lido desta forma e considerando estas restrições. Do ponto de vista prático, estas três notas são muito pouco importantes, já que o que tipicamente se faz é arranjar novos meios de prova e novos factos, nem que seja à força.

### 2.3. O principio da proporcionalidade

A questão da proporcionalidade vem nomeada nos **pontos 8.1 e 8.2** dos **Principles of transnational civil procedure**.

*“8.1. The court may Grant provisional relief when necessary to preserve the ability to Grant effective relief by final judgment or to amntain or otherwiase regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality.”*

*8.2. A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fullt disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.”*

As medidas cautelares são norteadas pelo principio da proporcionalidade, devendo pesar-se dois interesses: o do requerente e o do requerido. Esta ideia surge no **artigo 362º/1 e 2** apesar de denotar uma formulação mais favorável ao requerente.

Também na Lei da Arbitragem voluntária temos a manifestação do principio da proporcionalidade no **artigo 21º/1**: apenas se decreta uma providência cautelar quando não e exceda consideravelmente o prejuízo do requerido.

Em todo o caso, o que se convoca é a ponderação de interesses.

O principio da proporcionalidade tem dignidade constitucional no **artigo 18º, CRP**. O **nº2** deste artigo apela a que quando estejam em causa valores constitucionais como direitos, liberdades e garantias, tem de fazer uma ponderação proporcional de interesses.

Mas quando não estão em confronto direitos, liberdade se garantias não há uma norma que me diga que se deve ponderar a proporção. O **artigo 368º/2** é também um desses casos em que uma norma manda prever a proporcionalidade. Só quando pontualmente exista uma norma que preveja em termos amplos a proporcionalidade é que se deve utilizá-la. Que outros exemplos existem?

- Quando se discute a validade de cláusulas contratuais gerais de acordo com o critério da boa-fé, a melhor doutrina defende que para dar corpo ao princípio da boa-fé é preciso utilizar o princípio da proporcionalidade.
- Na modificação e contrato por alteração de circunstâncias.
- Quando estão em litígio direitos de personalidade ou direitos subjetivos que não têm apenas um valor infraconstitucional, mas também têm uma dimensão constitucional (são também direitos, liberdades e garantias).

Todos estes exemplos são normas que convocam o princípio da proporcionalidade. Os princípios estão subjacentes às normas, sendo muitas delas inspiradas nos princípios.

Nas providências cautelares temos um enquadramento distinto. O **artigo 368º/2**, tal como os pontos dos PFCP e a LAV convocam expressamente o princípio da proporcionalidade passando por cima da limitação geral do direito subjetivo que só pontualmente tem acesso ao princípio da proporcionalidade.

Nas providências cautelares temos, portanto, a aplicação geral deste princípio, valendo os argumentos de proporcionalidade independentemente das normas de direito substantivo.

Em matéria de proporcionalidade, quem tem o ónus da prova? O autor tem o ónus da prova dos factos constitutivos e o réu o ónus de prova das exceções.

**Exemplo:** a Worten ficou de entregar um frigorífico a A. Não o fez alegando que a ponte 25 de abril estava fechada e o armazém ficava do outro lado da ponte. O problema da ponte é facto constitutivo e quem tem o ónus da prova? A Worten (**artigo 799º, CC**).

**Distribuição do ónus da prova (Teoria das normas de Rosenberg):** São as normas de direito substantivo que determinam a distribuição do ónus da prova. A posição processual é aqui indiferente, o que interessa é a posição na relação material controvertida. O ónus da prova não é do A. ou do R., é do agente ou do lesado, do credor ou do devedor. Uma vez as normas de direito substantivo esclarecem de quem é o ónus da prova, outras vezes as normas de direito substantivo não esclarecem de forma expressa esta distribuição. Muitas destas vezes o Código Civil utiliza expressões como “salvo se”, “exceto se”, querendo que a partir daí os elementos da ampla previsão normativa sinalizem uma distribuição do ónus de prova a cargo da parte contrária.

Quando se convocam princípios como o da proporcionalidade não há distribuição do ónus da prova. É o salve-se quem puder. É que quando são convocados princípios como este, não temos elementos da previsão normativa: não são normas, são princípios. Temos argumentos favoráveis a uma parte e argumentos favoráveis a outra, ambas as partes têm interesse em argumentar, uma com os argumentos favoráveis a si, outra com os argumentos favoráveis a si.

Assim, em providências cautelares em que se antecipe a utilização do argumento de proporcionalidade tem que se utilizar logo argumentos contra isto na petição inicial, já que não se terá outro momento para fazê-lo. Tem, contudo, que se ter cuidado para não dar logo a ideia de que quanto a questão x vai haver problemas e que, portanto, já nos estamos a defender previamente.

### 3. Características gerais da tutela cautelar

Já mencionamos algumas características da tutela cautelar como a provisoriedade, o periculum in mora e o fumus boni iuris. Vamos agora falar de outras características que não surgem da definição de providência cautelar, mas que marcam o seu regime jurídico.

#### 3.1. A provisoriedade

A **provisoriidade** é um dos elementos da previsão da providência cautelar que já abordamos. Interessa ainda frisar alguns dos aspetos desta característica.

É importante frisar que a provisoriedade se contrapõe a definitividade: a tutela cautelar é provisória por oposição à tutela definitiva. Se é provisória, é temporária.

Por exemplo, a restituição provisória da posse pode jogar com uma reivindicação da propriedade ou da posse. A tutela provisória da posse não se deve confundir com a tutela definitiva da propriedade ou da posse.

Outro exemplo: tenho alimentos provisórios e alimentos definitivos. Nuns casos temos a tutela provisória e a tutela definitiva; noutros, a tutela provisória é substituída pela definitiva.

Em todo o caso, temos sempre a provisoriedade como oposto da definitividade. Esta característica aponta para determinados corolários, nomeadamente para a dependência da tutela cautelar face à tutela definitiva.

### 3.2. A instrumentalidade

A **instrumentalidade** manifesta o facto de a tutela cautelar ser instrumental à tutela definitiva por visar acautelar a sua utilidade. A tutela processual definitiva é instrumental face ao direito substantivo e a tutela cautelar é instrumental face à tutela processual definitiva. Temos, portanto, uma dupla instrumentalidade.

Por exemplo, no caso do direito processual definitivo cisa garantir-se um dado direito substantivo; e a tutela cautelar visa garantir o direito processual definitivo eficaz. Assim, em dupla instrumentalidade, a tutela cautelar visa garantir o direito substantivo.

O elemento prático disto é o seguinte: o pedido é uma medida definitiva e a causa de pedir são factos relativos à relação material controvertida. A causa de pedir da tutela cautelar é a necessidade ou urgência em acautelar a decisão definitiva (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Assim, a causa de pedir processual não releva no direito substantivo, mas no direito processual para preencher os pressupostos processuais da tutela cautelar. Aqui, já não digo se tenho ou não um direito substantivo, mas sim que me deem uma tutela provisória porque não posso esperar por uma definitiva.

### 3.3. A *summaria cognitio*

A ***summaria cognitio*** ou cognição sumária contrapõe-se à prova plena. Na tutela definitiva temos a prova plena ou *stricto sensu* e nos procedimentos cautelares o juiz não exige, ou não exige sempre, prova plena, basta-se com uma cognição sumária, uma mera justificação, uma suficiência da probabilidade, em vez de uma certeza. Isto não significa absolutamente nada em termos práticos.

O julgador tem tendência a formar a convicção não em termos de graus de probabilidade, mas em graus mais nivelares: estou convicto/não estou convicto. A generalidade dos juízes apenas condena se não tiver dúvidas muito razoáveis. A ideia de *beyond the reasonable doubt* não funciona apenas para o processo penal. Para se dar algo como provado tem de pensar-se se a versão oposta não é viável e se tiver dúvidas muito fortes ou razoáveis, então retrai-se e não decreta uma providência ou uma decisão favorável.

### 3.4. A dependência

A **dependência** é um corolário da provisoriedade tal como mencionado no **artigo 364º**. O procedimento cautelar nunca surge por si, tem de ser pensado em conjunto com a ação definitiva. Esta dependência, nos termos do **artigo 364º/1**, pode traduzir-se numa dependência relativa a uma ação declarativa ou relativa a uma ação executiva. Tem a ver com a possibilidade de se pedir uma providência quando já se tem uma ação executiva em curso (é raro, mas pode-se fazê-lo) ou de se pedir a providência antes da ação principal.

Os procedimentos cautelares preliminares distinguem-se dos incidentais. Os preliminares são instaurados em momento anterior à ação definitiva; os incidentais são instaurados após o início da ação definitiva, sendo então um incidente da ação definitiva. Temos a instância e temos os incidentes da instância: aspetos parcelares da instância processual.

Se for preliminar, assim que for instaurada a ação definitiva ele é apensado à ação principal (**artigo 364º/2**).

- Há aqui uma regra de competência processual por conexão; o conhecimento desta competência e a subsequente remessa do procedimento cautelar são de conhecimento oficioso.
- Se a providencia for decretada por um juiz e depois esta for apensada a uma ação entregue a outro juiz, pela competência por conexão, a questão da providencia passa para o outro juiz.

Esta dependência genética deixa de operar quando existe inversão do contencioso. A inverso do contencioso, enquanto mecanismo para atingir a definitividade, questiona a provisoriedade das providências cautelares: não lhes retira essa característica que é a mais importante para as definir, mas perturba o conceito tradicional de provisoriedade. Se passa a haver definitividade através da inversão do contencioso, deixa de haver dependência e deixa de ser necessário colocar uma ação definitiva.

A propósito da instrumentalidade, fizemos uma comparação entre o objeto processual da ação definitiva e da cautelar: falou-se da dupla instrumentalidade. A propósito da dependência, o objeto do procedimento cautelar é relativo à ação definitiva.

Isto é, na ação definitiva, o objeto do processo é a relação material controvertida (causa de pedir e pedido). No procedimento cautelar o objeto engloba esta relação material controvertida, mas vai para além dela. Temos um objeto duplo:

- o *fumus boni iuris* (objeto de direito substantivo - relação material controvertida, tal como na ação declarativa);
- o *periculum in mora* (objeto de natureza processual que consiste no perigo da demora);

Do ponto de vista prático, o objeto do procedimento cautelar é objeto da ação principal, mais o que se acrescenta do *periculum in mora*.

**Exemplo:** tenho um crédito sobre o J por fornecimento de mercadorias. A relação material controvertida é o direito de crédito com fundamento no contrato de fornecimento de mercadorias. A causa de pedir são os elementos da relação material controvertida. No procedimento cautelar o objeto é duplo porque tenho o *fumus boni iuris* e depois o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é a causa de pedir, o *periculum in mora* é algo mais, é o perigo da demora.

Assim, nunca há uma coincidência total entre o objeto da ação definitiva e o objeto da providência cautelar já que o objeto do procedimento cautelar acaba por ser sempre mais extenso por incluir, além do *fumus boni iuris*, o *periculum in mora*. No exemplo acima, além de invocar o crédito no arresto, tenho de invocar também o perigo de demora. Por contrapartida, numa ação definitiva só se invoca o crédito.

Por oposição, o objeto da ação principal poderá ser mais amplo já que podem existir vários pedidos e várias causas de pedir. O pedido cautelar pode apenas abarcar parte da relação material controvertida.

**Exemplo:** Imagine-se uma ação de reivindicação da propriedade, posso pedir além disso um pedido de indemnização por danos (2 pedidos). A ação de restituição da posse só daria para pedir a posse e não a reivindicação dos danos (1 pedido).

O direito europeu regula matérias processuais, quer a nível de tratados, quer a nível de regulamentos e diretivas acerca de cooperação judiciária entre estados membros.

No **artigo 35º do regulamento Bruxelas I (regulamento 1215/2012)** temos um artigo sobre procedimentos cautelares noutros estados-membros. De acordo com este artigo, é possível instaurar um procedimento cautelar noutro estado-membro por apenso a uma ação principal que não ocorre nesse estado-membro.

**Exemplo:** tenho um litígio em Portugal sobre um crédito que tenho contra alguém, mas essa pessoa está a dissipar bens para Espanha. Posso intentar o procedimento de arresto, contra essa pessoa em Espanha por dependência funcional da ação principal que apenas decorre em Portugal.

Esta possibilidade não afasta o requisito da dependência, mas cria-lhe regras diferentes. Deixa de haver uma competência por conexão, já que o procedimento cautelar está num local e a ação principal noutra, e passa a haver uma dependência funcional porque se a ação principal que está em Portugal acabar por cair por improcedência, isso tem efeitos de caducidade no procedimento cautelar.

Este artigo é uma norma geral mas noutras matérias, como em matéria de insolvência, por exemplo, há um regulamento específico com uma norma específica semelhante ao artigo 35º para os casos e relação insolvencial cautelar.

### 3.5. A eficácia relativa

Outra característica é a **eficácia relativa**. De acordo com o **artigo 364º/4**, o julgamento sumário (provisório de uma providência cautelar) não afeta o julgamento definitivo.

A base concetual é a distinção entre *summaria cognitio* e a prova plena. Se basta a *summaria cognitio* e no julgamento é precisa a convicção plena, não pode a *summaria cognitio* ser utilizada para provar a convicção plena.

#### Pontos importantes:

- **Distinção entre sumaria cognitio e prova plena:** se num procedimento cautelar é preciso apenas verosimilhança e numa ação definitiva a certeza, o julgamento que se fez primeiro não tem qualquer influência para decisão posterior.
- **Não se aplica o artigo 421º sobre valor extra processual das provas.** No âmbito do procedimento cautelar consigo forçar uma testemunha a ir a tribunal; fiz-lhe perguntas e consegui sacar coisas inesperadas. Provavelmente não vou conseguir fazer uma instância igual porque a testemunha ficou “lixada”. Azar, não há valor extra processual das provas. Esta norma tem como **limite a produção de prova em contexto de prova plena e não em contexto de prova sumária**.
- **A admissão de factos não é relevante:** o ónus de impugnação especificada também vigora no procedimento cautelar. O meu silêncio é valorado como uma admissão de factos<sup>1</sup>. Já a confissão não é silêncio: é uma declaração de ciência sobre um facto nos articulados ou no depoimento de parte ou extraprocessualmente. A confissão realizada no âmbito do procedimento cautelar tem valor fora desse procedimento cautelar porque de acordo com o **artigo 355º, CC**: a confissão tem sempre valor. A admissão de factos por não impugnação num procedimento cautelar não tem qualquer eficácia absoluta: um facto que não tenha sido impugnado na ação cautelar pode depois ser mais tarde impugnado na ação definitiva.
- **Não há caso julgado:** os elementos da definição de caso julgado são o efeito negativo (a exceção dilatória de caso julgado) e o positivo (a autoridade do caso julgado). O caso julgado forma-se em relação à relação material controvertida e sobre todos os “pozinhos processuais”. Assim, aqui o caso julgado não se formaria só sobre a relação material, mas também sobre o periculum in mora. Não seria

---

<sup>1</sup> **Distinção entre admissão de factos e confissão de factos** - a confissão é um meio de prova e pode ter as seguintes modalidades: judicial e extrajudicial; dentro da judicial pode ter as seguintes modalidades: oral (em julgamento), por escrito (nos articulados). Como é que se distingue a confissão escrita da admissão de factos? A admissão resulta da consequência jurídica decorrente do incumprimento de um ónus. Eu tenho o ónus de impugnação, o que quer dizer que não o cumprindo, o meu silêncio é valorado com uma admissão de factos; a confissão não: é uma declaração de ciência sobre um facto produzido ou nos articulados ou no decurso do depoimento de parte.

**Com é que a pluralidade de parte joga com o ónus de impugnação especificada?** A admissão por acordo é a falta de reação a um ónus e não é feita de forma singular.

só uma decisão sobre o *fumus boni iuris*, mas também sobre o *periculum in mora*. Não faz qualquer caso julgado.

### 3.6. A proibição de repetição

Dispõe o **artigo 362º/4** que “não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”.

Assim, se a providência cautelar tiver sido julgada injustificada ou caducado, esse facto obsta à possibilidade de ser pedida uma nova providência cautelar idêntica, pelo mesmo requerente e contra o mesmo requerido, isto é, impede a repetição sucessiva de procedimentos cautelares com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Semelhante regime é aplicável na eventualidade de o requerente desistir do pedido na ação de que aquela depende, já o mesmo não sucedendo no caso de haver uma mera desistência da instância, pois, nessa situação, o tribunal limita-se a fazer uma apreciação formal do processo.



O legislador procurou “evitar que seja instaurado um novo processo cautelar quando já foi demonstrado que se verifica uma desnecessidade ou mesmo impossibilidade de tutela cautelar, ou pura e simplesmente punir um requerente que já revelou que não merece proteção judicial em virtude de ter negligenciado a promoção do processo principal”.

Há uma semelhança entre proibição de repetição e litispendência: ideia de que a proibição da repetição é um parente próximo da ideia de litispendência da exceção dilatória de litispendência. Quando se diz que não se pode julgar um procedimento parecido ao outro que está a ser julgado é semelhante a litispendência: não se pode decidir uma causa que está a ser julgada noutro caso. Ambos são institutos que visam impedir que haja um segundo julgamento sobre a mesma matéria.

#### **Requisitos do instituto:**

**a) Repetição da providência cautelar:** presume-se aqui eu esteja em causa uma providência cautelar com o “mesmo conteúdo e se baseie nos mesmos factos espaço-temporalmente situados”. Não fica, por isto, a parte impedida de propor uma outra providência cautelar que permita evitar riscos de lesão diversos dos que determinaram o recurso infundado à tutela cautelar inicial. Pode ser requerida, na pendência da mesma causa, uma providência cautelar idêntica a uma anterior que tenha sido julgada injustificada, desde que sejam diversos os sujeitos, o pedido e/ou a causa de pedir dessa providência.

#### **Exemplos:**

- a.** não se exclui, numa ação com pluralidade de partes, o requerimento de uma providência cautelar com o mesmo objeto, ainda que tenha sido julgada injustificada anteriormente, pedida por um requerente ou contra um requerido diversos;
- b.** tendo uma providência cautelar sido indeferida por falta de preenchimento do requisito do *periculum in mora*, nada obsta a que a parte requeira, na dependência da mesma causa, o decretamento de uma outra providência cautelar com base em novos factos, destinados a preencher o requisito do *periculum in mora*, pois que, nessa eventualidade, não se verifica a repetição da causa de pedir;
- c.** casos em que a providência repetida se funda em factos supervenientes ao encerramento da causa e que, conseqüentemente, não puderam ser devidamente analisados e valorados pelo julgador que considerou a providência inicial injustificada;

- o regime já não poderá ser afastado com base na alegação por parte do requerente, de que logrou colidir novos (ou melhores) meios de prova relativamente aos que foram produzidos na providência cautelar que foi julgada injustificada, com vista a obter o mesmo efeito jurídico que se pretendia com essa providência cautelar.

b) **Repetição verificada na pendência da mesma causa:** tal não obriga a que estejamos necessariamente no domínio da “mesma ação ou meio processual”, bastando antes que se trate do mesmo litígio ou questão a decidir.

c) **Que essa providência cautelar tenha caducado ou sido julgada injustificada:** a lei não permite a repetição na pendência da mesma causa, de uma providência que tenha caducado ou sido julgada injustificada. O certo é que a proibição de repetição de providência cautelar que haja sido julgada injustificada ou que tenha caducado surge intimamente associada à atuação culposa do requerente de providência cautelar injustificada, por não ter agido com a prudência normal. Por via disso, a proibição de repetição de providência cautelar na mesma causa não se verifica se a anterior tiver sido liminarmente indeferida ou se não tiver chegado a haver uma decisão de fundo.

#### **Interpretação da norma (artigo 362º/4):**

- **Não abarca providência dependente de outra ação:** se tenho duas ações com providências apenas dependentes de duas ações, essas providências não estão em repetição. O que pode acontecer é que as ações podem estar com problemas de litispendência, mas isso resolve-se nas ações: depois a ação cautelar apenas a essa providência caducará se for preciso. Pense-se que temos uma ação definitiva 1 e 2 e que cada uma tem um procedimento cautelar A e B. Pelas ações definitivas pode fazer-se operar a litispendência, mas pelas providências cautelares não. A repetição e providência só opera por providências dependentes de uma mesma ação, neste caso temos duas providências dependentes de dois casos diferentes, apesar de estes puderem ter problemas de litispendência.
- **Não abarca o indeferimento liminar, só as providências rejeitadas, julgadas improcedentes antes ou após contraditório, mas julgadas improcedentes.** As indeferidas liminarmente não são abrangidas pela letra do artigo 362º/4. O artigo diz “julgada injustificada” para excluir o indeferimento liminar. Qual é o limite? O da litigância de má-fé (por exemplo: propor a mesma ação cautelar com ligeiras diferenças vezes sem conta).

#### **Há depois questões de problematização:**

- Até à reforma de 95/97 o regime era mais amplo. Proíbiam-se providências repetidas aferidas pelo conteúdo e não pela causa de pedir. Considerava-se repetição se o pedido fosse o mesmo ainda que os fundamentos de facto fossem diferentes. Hoje em dia, o regime é semelhante ao da litispendência do caso julgado de acordo com o qual a repetição tem de ser aferida com a análise da: identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. Abrantes Geraldine continua a defender a norma do artigo 362º/4 com base na interpretação da lei anterior, bastando a identidade do pedido.
- Temos a identidade subjetiva, objetiva, pedido e causa de pedir. Essa identidade não impede que a ação posterior relativamente à qual se afere o caso julgado tenha um objeto inferior ao objeto da primeira. Se na primeira ação há 3 partes processuais e na segunda só há duas partes, em relação às duas partes que estão em sobreposição há identidade de causa. Imagine-se que na primeira ação há dois pedidos e na segunda apenas um em relação a esse há identidade da causa. Então quais são os limites, pela positiva? Posso pedir um arresto à mesma pessoa, mas posso trabalhar a causa de pedir

para conseguir por uma segunda ação, tentando descobrir mais *periculum in mora*, já que o *fumus boni iuris* será sempre o mesmo. Posso começar por dizer que primeiro é *x* e na segunda ação já é *x + y -* isso já é alteração de causa de pedir. Isto é suficiente para que não haja repetição de providência.

Qual é o **fundamento do regime** da repetição de providência?

1. Segurança jurídica: se já está decidido, não é para se decidir novamente;
2. O direito ao acesso à tutela jurisdicional efetiva: a tutela jurisdicional efetiva do réu que não tem constantemente que se estrá a defender. Se ganhar, há caso julgado, se não, não há tutela jurisdicional efetiva.

### 3.7. O condicionamento à prestação de caução

Dispõe o **artigo 374º/2** que sempre que o julgue conveniente em face das circunstâncias, o juiz pode, mesmo sem audiência do requerido, fazer depender a concessão da providência cautelar da prestação de uma caução adequada pelo requerente como contrabalanço pela concessão da providência.

É que há um certo risco, inerente ao estado de incerteza quanto à existência do direito de que o requerente se arroga titular e ao facto de a providência poder ser decretada sem audiência prévia do requerido, de que possam ser decretadas providências cautelares injustificadas, causando-se danos injustos ao requerido.

Assim, pode dar-se o caso de a parte contra a qual a providência cautelar tenha sido decretada e que se encontre constrangida a suportar os efeitos provisórios dessa medida até que o juiz de recurso ou da ação principal se pronunciem sobre o mérito dessa decisão corra o sério risco de não lograr obter mais tarde a restituição e/ou justa indemnização pelos danos sofridos, na eventualidade de a providência cautelar vir a ser infirmada ou de caducar, sobretudo nas situações em que esteja em causa a produção de efeitos irreversíveis.

Ciente dessa realidade, o legislador veio consagrar a possibilidade de o juiz fazer depender o decretamento da providência cautelar de uma condição suspensiva consubstanciada na imposição do dever de prestação de uma caução<sup>2</sup> pelo requerente da tutela cautelar.

Com efeito, a caução apresenta-se como uma válvula de escape para obviar às consequências sempre nefastas resultantes do decretamento de providência cautelar injustificada. De facto, a caução visa acautelar o direito de ressarcimento dos danos por responsabilidade agravada.

Deste modo, o tribunal deve fazer depender a concessão de providência cautelar da prestação de uma caução quando esteja em causa a necessidade de se assegurar a posterior e difícil reparação de eventuais prejuízos emergentes do decretamento da providência.

Assim, nos casos de dúvida ou de insuficiência de provas liminares, o juiz, ao invés de indeferir a medida de urgência, deverá, na ótica da contracautela, impor ao requerente a prestação da competente caução.

Esta faculdade concedida ao julgador não configura um poder puramente discricionário, já que a decisão que condicione o recebimento da providência cautelar à prestação de caução deve ser devidamente fundamentada e é passível de recurso.

A prestação de caução justifica-se por quatro razões:

→ **Garantia de ressarcimento dos danos que possam ser causados ao requerido:** pressuposta a gravidade que decorre do decretamento de uma providência cautelar, procura-se proteger o requerido quanto a eventuais danos e prejuízos que lhe possam ser causados pela execução da medida. O tribunal deve sujeitar a concessão da providência à prestação prévia de caução por parte do requerido a fim de impedir atuações malévolas ou temerárias ou sempre que o juiz tenha dúvidas quanto ao fundamento real da providência.

---

<sup>2</sup> Pode dizer-se que o juiz pode associar a concessão de providência cautelar ao decretamento de “contra-providências”, ou seja, fazer acompanhar a providência de garantias a ser prestadas pelo requerente.

→ **Regulação do acesso à tutela cautelar:** permite impedir o recurso desregrado à tutela cautelar nos casos em que não se justifique uma composição provisória do litígio. Há também aqui uma função dissuasora relevante quanto a uma eventual atuação dolo da ou gravemente negligente do requerente, na medida em que este tenderá a “pensar duas vezes” antes de requerer o decretamento de uma providência cautelar.

→ **Restabelecimento do equilíbrio entre as partes:** pode suceder que o juiz, induzido em erro pela matéria de facto invocada pelo requerente, acabe por decretar uma providência cautelar injustificada. Nesse caso, a caução constitui um instrumento indispensável para repor o equilíbrio entre as partes e remediar os eventuais danos sofridos pelo requerido em consequência da precipitação inicial do julgador. Garante-se ainda a igualdade das partes, na medida em que protege os interesses do requerido no caso de sofrer danos ou prejuízos em consequência da execução dessa medida.

→ **Proteção da atividade judicial:** a caução permite acautelara própria atividade judicial contra o risco de acolhimento de uma providência cautelar injustificada colocando à prova, por esta via, a segurança e a consciência do requerente da providência quanto à eventual (in)justificabilidade da providência cautelar concretamente requerida.

**Exemplo:** na situação do devedor arretante que, tendo perfeita consciência da injustificabilidade da providência cautelar de arresto, decide desistir dessa providência depois de confrontado com a decisão do julgador que condicionou o decretamento do arresto à prestação de uma caução.

O **artigo 376º/2** diz de forma expressa que este regime de condicionamento à prestação de caução é aplicado a alguns procedimentos especificados, nomeadamente ao arresto e ao embargo de obra nova.

Quanto ao arresto, estipula o **artigo 620º, CC** que “o requerente do arresto é obrigado a prestar caução se esta lhe for exigida pelo tribunal”.

A lei parece, assim, querer afastar, à contrario, a prestação de caução nas outras providências especificadas.

### **Adoção de um modelo de prestação obrigatória?**

→ Meio de segurança contra o recurso abusivo e injustificado à tutela cautelar;

→ Medida fortemente dissuasora do recurso injustificado à tutela cautelar;

→ Impossibilidade de acesso à via cautelar quando o requerente não reúna as condições económicas necessárias para a prestação da garantia;

## **3.8. A modificabilidade**

O **artigo 372º/1, b** determina que o requerido pode deduzir oposição contra a providência cautelar que, contra ele, tiver sido pedida, sempre que pretenda alegar factos novos ou produzir meios de prova que não tenham sido tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinar a sua redução, isto é, “que permitam ao Tribunal reapreciar a convicção anteriormente formada reformulando-a, anulando-a ou modificando-a.

Por sua vez o **artigo 372º/3** estipula que, nesse caso, o juiz pode decidir da manutenção, redução ou revogação da providência cautelar anteriormente decretada, cabendo recurso desta decisão, que constitui complemento e parte integrante da inicialmente proferida.

Após o exercício do contraditório do requerido, o tribunal pode modificar ou revogar a providência cautelar que tiver sido decretada, o que sucederá, fundamentalmente, nas situações em que o requerido tenha trazido ao processo factos novos, isto é, factos que não era conhecidos do tribunal, ou quando se tiver verificado uma alteração superveniente da matéria de facto.

Para que este regime seja aplicável, torna-se necessário que a parte afetada com o decretamento e/ou a execução da providência cautelar requeira a sua modificação, substituição ou revogação, ficando, por

consequência, afastada a possibilidade de o julgador exercer oficiosamente (e discricionariamente) esse direito.

No que concerne à modificabilidade da providência cautelar, destaca-se a possibilidade de a providência cautelar ser substituída por uma outra menos gravosa, apesar de o Código de Processo Civil apenas consagrar, pelo menos de forma expressa a possibilidade de a providência cautelar ser substituída por caução (**artigo 368º/3**). Na verdade, face à prova produzida pelo requerido, o tribunal pode ponderar a eventual substituição da providência cautelar por uma outra que, tutelando à mesma os interesses do requerente, permita minimizar os efeitos nefastos que dela decorrem para a esfera jurídica do requerido.

De facto, assim como o juiz não está adstrito à providência cautelar requerida (**artigo 376º/3**), de igual modo tem a possibilidade de, face à matéria de facto e/ou à prova produzida pelo requerido em sede de oposição substituir a providência cautelar por uma outra que, assegurando com igual eficácia os interesses do requerente, seja menos gravosa para o requerido.

A **modificabilidade** é uma característica é discutível. Os termos dessa modificabilidade são controversos. Vejamos o 368º/2 que trata da substituição da providência por caução: de providência por arresto passa a ser uma providência de caução. Isto não se confunde com o condicionamento da providência á prestação de uma caução pelo requerente.

Saber se após decretamento é possível modificar uma providência a favor do requerente (a medida deixa de ser suficiente e precisa-se de um acrescento) é outra questão. Se o tribunal não está adstrito à providência inicialmente requerida, isso também permite à parte, mutatis mutandis, pedir uma modificação da providência.

Pode acontecer que a meio do julgamento surge alguma coisa nova e a parte diz ao juiz que quer modificar porque a realidade mudou.

**Exemplo:** tentava obter-se o decretamento de uma providência que era uma comissão de um negócio de compra e venda de empresas num valor bastante elevado. Havia uma comissão devida a um mediador de compra e venda de empresas (modalidade do contrato de mediação – os mediadores imobiliários são pagos pela comissão do negócio). A providência era para congelar o valor da comissão (60M). O pedido era para que o operador colocasse os 60M numa conta à ordem do tribunal para que o dinheiro não desaparecesse, o que iria acontecer porque a parte não era portuguesa e o dinheiro ia sair de Portugal, pelo que se ia perder jurisdição. Quando foi decretada a providencia já era o dia do closing pelo que já interessava saber se a providencia podia ser dirigida não só ao comprador e vendedor, mas também ao banco internacional que estava a fazer a movimentação de dinheiro.

Neste caso concreto, o conhecimento sobre o dinheiro já estar no banco veio uma hora depois do decretamento da providência, pelo que teria de haver uma modificação da providência e não do pedido.

A lei processual civil não faz nenhuma referencia expressa a esta possibilidade, mas o CPTA no **artigo 124º** resolve estes problemas. O CC é um pouco mais arcaico e não tem solução para uma coisa que acontece no dia-a-dia. A solução do CPTA é a mais inteligente: a possibilidade de modificação da providência. Nos termos do CC, não havendo norma expressa que o preveja podemos fazê-lo atendendo aos **artigos 6º, CPC, artigo 547º, CPC** e analogia com o **124º do CPTA**.

**Nota:** O arresto germânico tem duas fases bem distintas: uma declarativa e uma executiva constitutiva. A fase declarativa é aquela em que o juiz diz: há periculum in ora, arrestem-se bens. A fase executiva é aquela na qual são identificados os bens do requerido e se vê se é possível arrestar bens, havendo os eu arresto efetivo. Em Portugal, o arresto tem também uma natureza mista (declarativa e executiva), mas a fase declarativa é mais importante porque a declaração teme feitos constitutivos de arresto quanto a um determinado bem. o arresto não é contra os bens que se encontrar, mas contra aquele bem específico.

## 4. Os pressupostos

Os pressupostos das providências cautelares são, essencialmente, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Surge também o princípio da proporcionalidade, mas não como um pressuposto – como um princípio.

Estes pressupostos e princípio foram já abordados com algum teor, pelo que a exposição feita neste ponto versará sobre outros aspetos ainda não abordados.

### 4.1. *Periculum in mora*

Vejamos a formulação do **artigo 362º/1** de acordo com o qual o ***periculum in mora*** é o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável de um direito de que o requerente é titular, quer pelos danos que possam advir da conduta do requerido, quer pela demora na tutela definitiva desse direito.

O *periculum in mora* é constituído por dois elementos essenciais:

- A **demora**: a providência cautelar visa proteger o justo receio de alguém se ver prejudicado por uma conduta de terceiro, inquietação que poderia ser agravada de forma efetiva, com as delongas normais dum pleito judicial.
- O **dano**: a providência cautelar só pode ser decretada desse que este seja grave e irreparável ou de difícil reparação, isto é, quando não seja viável a reintegração do direito de forma específica ou por equivalente no decurso de um juízo de mérito.

O facto de o dano ser de difícil ou impossível reparação, não significa que seja irreversível – a irreparabilidade não ignifica irressarcibilidade. É que quem solicita a tutela cautelar pretende que o bem permaneça íntegro e não o pagamento de indemnização.

A nossa jurisprudência tem vindo a considerar que o conceito de “lesão grave e irreparável ou de difícil reparação” deve ser interpretado de acordo com dois critérios:

- **Critério subjetivo**: atende às possibilidades concretas do requerido para suportar economicamente uma eventual reparação do direito do requerente;
- **Critério objetivo**: deve ser aferido em função do tipo de lesão que a situação de perigo pode vir a provocar na esfera jurídica do requerente, o que significa que dependerá da natureza do direito alvo dessa lesão e da sanção que a ordem jurídica impõe para a reparação do dano decorrente da lesão, sendo admissível o recurso à tutela cautelar, sempre que a reparação da lesão possa implicar a chamada reintegração por sucedâneo.

**Exemplo**: um dano consubstanciado num prejuízo e natureza financeira não é, pro via de regra, grave e irreparável ou de difícil reparação, salvo se o mesmo for insuscetível de integral compensação, na eventualidade de a ação principal vir a ser julgada procedente.

É ainda necessário que:

→ O *periculum in mora* seja atual e iminente. Há aqui duas hipóteses:

- O evento danoso já se verificou, mas os seus efeitos prolongam-se no tempo, agravando a lesão do direito do requerente;
- O evento danoso ainda não se verificou, mas é previsível que venha a verificar-se mediante um conjunto de indícios que demonstraram a iminência da lesão;

Em síntese, visando a providência cautelar evitar a lesão de um direito, esta não pode ser decretada, porque injustificada, se essa lesão já se tiver consumado, salvo se essa lesão fundamentar o receio de ocorrência de outras lesões idênticas e futuras, a produção de lesões de natureza continuada ou repetida ou o agravamento do dano.

→ O dano que se receia seja imputável a uma atuação (ou omissão) do requerido. Assim, a providência cautelar não deve ser decretada quando o dano que se pretende evitar respeitar a um facto imputável ao próprio requerente ou quando este tiver contribuído para a produção desse mesmo dano.

Quanto aos **critérios que devem nortear o juiz** na apreciação deste requisito, não bastam simples dúvidas ou receios, assentes numa apreciação ligeira da realidade, exige-se um juízo de certeza que se revele suficientemente forte para convencer o julgador acerca da necessidade de decretamento da providência, cabendo ao requerente a demonstração da gravidade do dano e da sua natureza irreparável ou de difícil reparação.

Por conseguinte, uma providência cautelar será injustificada se o *periculum in mora* nela invocado se fundar num juízo hipotético, genérico, abstrato, ou num receio subjetivo sustentado em meras conjeturas.

**Exemplo:** uma providência cautelar de arresto fundada exclusivamente no receio de que o requerido possa vir a praticar eventuais atos de alienação ou oneração dos eu património, não sendo alegado qualquer facto concreto ou objetivo suscetível de demonstrar tal receio.

Deste modo, o requerente da providência deve trazer ao tribunal a notícia de factos reais, certos e concretos que mostrem ser fundado o receio que invoca, pelo que não é suficiente para o decretamento de uma providência cautelar a mera possibilidade de vir a sofrer danos. O requerente tem um ónus de alegar os factos reveladores do direito de que se arroga titular.

Para isto, o juiz deve fazer um juízo de prognose, colocando-se na situação futura de uma hipotética sentença de provimento, para concluir se há, ou não, razões para recear que tal sentença venha a ser inútil, por entretanto se ter consumado uma situação de facto incompatível com ela, ou por se terem produzido prejuízos de difícil reparação para quem dela deveria beneficiar.

Todavia, atenta a natureza tendencialmente célere e urgente das providências cautelares, a apreciação do requisito do *periculum in mora* não deve ser reconduzida a uma certeza inequívoca sobre a verificação da situação de perigo que é invocada pelo requerente da providência, sendo antes suficiente que se mostre razoavelmente fundado e preenchido esse pressuposto.

Em todos os procedimentos cautelares especificados, há requisitos específicos, mas esses tendem a coincidir com as ideias de *periculum in mora* ou com o *fumus boni iuris*.

- Por exemplo, no **artigo 397º/1** sobre o embargo de obra nova, o *fumus boni iuris* é a ofensa à propriedade e o “que lhe cause ou ameace causar prejuízo” é *periculum in mora*. Ora, causar ou ameaçar causar prejuízo não é prejuízo grave nem dificilmente reparável e ameaça de dano nem é dano. No embargo de obra nova a formulação é uma criança a comparar com a exigência do **artigo 362º/1<sup>3</sup>**.
- Já no **artigo 377º** sobre restituição provisória da posse temos o *fumus boni iuris* que é a posse e o *periculum in mora*, substancialmente, não existe, e se existir é muito menos exigente que o do artigo 362º/1.
- Se olharmos para a providência de apreensão de veículos automóveis, de tutela da propriedade industrial ou de direitos de autor também vão haver previsões menos exigentes de *periculum in mora*.

**Conclusão:** Quando estejam em causa providências cautelares relativas a direitos absolutos, o *periculum in mora* é sempre mitigado ou inexistente. O embargo de obra nova e a restituição provisória da posse tratam de direitos absolutos – a propriedade e a posse, respetivamente – e têm uma formulação e *periculum in mora*

---

<sup>3</sup> Há inclusive, autores, como Marco Carvalho Gonçalves, que entendem que há uma dispensa legal do *periculum in mora* neste caso. O mesmo se aplica aos alimentos provisórios (artigo 384º); à apreensão de veículos automóveis (DL 54/75); à entrega judicial de bens objeto de locação financeira (DL49/95); ao arrolamento que seja requerido como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação do casamento; e aos casos especiais de arresto do artigo 396º.

mitigada. A formulação do 362º/1 é muito exigente e em relação a direitos absolutos quando não tenho um procedimento cautelar especificado e tenho de recorrer ao procedimento comum faria sentido exigir um pouco menos, já que sistematicamente, as providências cautelares de direitos absolutos são menos exigentes.

Temos o **problema das lesões já consumadas**. Quanto a isto, há jurisprudência que diz que a lesão já foi consumada e, portanto, não há direito a tutela cautelar. Em contraponto, usa-se o argumento da continuação do dano: está consumado, mas continua a produzir danos.

**Exemplo**: o senhorio que corta a eletricidade ao inquilino; o inquilino põe uma providência cautelar a pedir para restituir a eletricidade. Mas a eletricidade já foi cortada, já não há nada a fazer. Porém, o inquilino continua a ser prejudicado e continua a haver dano.

**Outro exemplo**: a violação de direitos de autor por emissão televisiva. A emissão já foi feita, mas podem haver novas emissões, pelo que o risco continua.

Para terminar o tema do periculum in mora, a maioria da doutrina entende que este requisito está sujeito à bitola da sumario cognitio. É a posição de Teixeira de Sousa.

Outra parte da doutrina, com destaque para Castro Mendes, exige quanto ao requisito do periculum in mora, a prova plena.

Há uma querela doutrinária e jurisprudencial sobre isto. O professor concorda como Teixeira de Sousa por causa do **artigo 368º/1** que utiliza o advérbio “suficientemente” apontando para uma probabilidade e não para uma certeza.

## 4.2. Fumus boni iuris

O requisito do fumus boni iuris consiste na probabilidade séria da existência do direito e surge no **artigo 368º/1**. Na formulação deste artigo a “probabilidade séria” aponta claramente para a sumario cognitio.

A demonstração desse direito de acordo com as garantias de um processo comum e com as exigências necessárias para a formação de uma convicção plena do julgador não se compadece com a celeridade e urgência próprias da tutela cautelar.

Assim, para que a providência possa ser deferida é suficiente um juízo de mera aparência do direito, ou seja, basta que se encontre indiciariamente provado que o direito existe e que está em risco de ser violado, sendo, por isso, provável que se venha a obter êxito na ação principal de que a providência cautelar, em regra, depende.

De facto, ao juiz cautelar não se impõe o exercício de uma atividade instrutória rigorosa, ou o conhecimento da questão e fundo, bastando-lhe, pelo contrário, analisar sumariamente os factos alegados e as provas sumariamente produzidas pelo requerente (artigo 365º/1 e 368º/1), assentando, pois, a sua decisão num juízo de verosimilhança. É que o carácter urgente dos procedimentos cautelares, associado ao periculum in mora na tutela de um determinado direito, não se compadece com uma atividade probatória aprofundada e exaustiva, própria de uma ação judicial.

A adoção de medidas cautelares não pode ficar dependente da prova exaustiva do autor quanto à existência do direito subjetivo por ele alegado no processo principal- até porque a existência do direito constitui o objeto dessa ação – mas também não pode decretar-se a providência cautelar só porque o autor a pediu.

Exige-se a formulação de um juízo de probabilidade séria, quanto à verdade dos factos alegados na petição inicial e à existência do direito invocado pelo requerente da providência, bem como quanto à probabilidade de o mesmo vir a ser reconhecido na ação principal de que a providência cautelar, em regra, depende.

Para a apreciação do direito invocado, é suficiente uma prova tendencialmente sumária, superficial e provisória dos factos alegados – os quais serão posteriormente submetidos a uma apreciação mais aprofundada, complexa e demorada na ação principal.

O grau de probabilidade ou verosimilhança em relação à existência do direito invocado pelo requerente da tutela cautelar é diretamente proporcional ao nível de ingerência na esfera jurídica do requerido em resultado do acolhimento de uma determinada pretensão cautelar.

Quanto maiores e mais relevantes forem os interesses do requerido suscetíveis de serem afetados, maior deverá ser o cuidado e a cautela do julgador, ou seja, maiores são as exigências quanto à demonstração da probabilidade ou verosimilhança da existência do direito que se pretende tutelar.

Sendo a providência requerida na pendência do processo principal, nada obsta a que o juiz faça uso dos elementos factuais e probatórios constantes deste processo e que se revelem adequados a formar a sua convicção quanto ao grau de probabilidade de existência do direito de que o requerente se arroga titular.

### 4.3. O princípio da proporcionalidade

O **princípio da proporcionalidade** não é tradicionalmente assumido como pressuposto da tutela cautelar geral, mas é convocado em termos gerais no **artigo 368º/2**, pelo que se deve considerar como essencial para o decretamento ou não decretamento de providência cautelar.

A ponderação da proporcionalidade entre as medidas judiciais a adotar e os interesses que se pretendem proteger assume particular relevância no domínio das providências cautelares, designadamente nas situações em que, por não existir um contraditório prévio do requerido, o exercício da atividade jurisdicional se baseie em critérios de mera probabilidade.

Nos procedimentos cautelares especificados, por vezes temos maneiras especificadas de apontar para o princípio da proporcionalidade. Por exemplo:

- **Artigo 381º/2:** suspensão de deliberações sociais – há um ilícito, mas o juiz não decreta a suspensão “se o dano for superior ao que pode resultar da sua execução”.
- **Artigo 393º/3:** arresto - deve observar-se a proporcionalidade entre o montante do crédito a garantir e o valor dos bens arrestados.
- **Artigo 401º:** embargo de obra nova – “quando se apure que o prejuízo resultante da paralisação...”

A decisão de decretamento ou de indeferimento de uma providência cautelar depende da formulação de um juízo de proporcionalidade quanto aos efeitos dessa providência, devendo o julgador procurar a justa medida que permita alcançar a melhor composição possível dos interesses conflituantes.

Com efeito, vendo-se obrigado a formular um juízo de valor sobre o fundado receio de lesão de um direito aparente e os resultados danosos que poderão advir do decretamento ou da rejeição da providência, o julgador deve encontrar a solução justa ao caso em concreto, através da ponderação dos interesses em disputa.

“Partindo dos meios de prova apresentados pelo requerente ou realizando as diligências de prova que entenda convenientes, o tribunal deve exercer todos os poderes que a lei lhe confere com vista a evitar, tanto quanto possível, o decretamento de providências cautelares substancialmente injustas ou desproporcionadas”

Deste modo, partindo da providência cautelar concretamente requerida, o tribunal deve exercer, segundo o seu prudente arbítrio, um juízo de ponderação que lhe permita adotar a solução que se afigure mais justa ou adequada.

Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade à tutela cautelar implica que, mesmo que se encontrem preenchidos os requisitos legais de que a lei faz depender o decretamento da providência, esta não deve ser decretada (pelo menos nos moldes requeridos) quando não conduza a resultados injustos ou irreversíveis, considerando a gravidade dos seus efeitos na esfera jurídica do requerido, bem como quando o prejuízo poderá advir para o requerido em consequência do seu decretamento exceda consideravelmente o dano que o requerente pretende evitar.

O princípio da proporcionalidade permite que o tribunal possa ordenar o levantamento de uma providência cautelar anteriormente decretada se, ponderada a situação que se verificava à data em que foi requerido o decretamento da providência e a que se regista no momento da apreciação da oposição, ou por força de algum facto superveniente, o prejuízo resultante do seu decretamento tiver, entretanto, excedido consideravelmente o dano que o requerente pretendia acautelar.

Para Lebre de Freitas o princípio da proporcionalidade, nomeadamente o **artigo 368º/2** é um facto impeditivo, o que significa que o ónus da prova cabe ao réu. O professor acha que não há ónus de prova, mas sim de argumentação e, portanto, ainda que, que se diga que o ónus cabe ao réu, acha que o autor se deve defender disto logo na petição inicial.

Relembre-se que os princípios não são normas jurídicas, as normas jurídicas é que têm elementos da previsão normativa e quando falha este elemento da previsão normativa, o ónus da prova é de uma parte ou outra. Se não tenho o ónus da prova, não alego, a outra parte que se desenvencilhe. Mas quando não está em causa a norma e a sua previsão normativa, mas sim princípios jurídicos, o que interessa são os argumentos a favor e contra. Assim sendo, o melhor é alegar e argumentar.

Basicamente, quando o que está em causa não é a aplicação e uma norma jurídica (previsão de estatuição, mas de um princípio jurídico não há um ónus da prova, mas sim um ónus de argumentação, portanto ambas as partes têm um ónus de gerar argumentos. Aquele que arranjar argumentos mais pesados é o que vai convencer o juiz. Assim, se ao fazer uma petição inicial antecipar que a outra parte vai usar argumentos de proporcionalidade, devo utilizá-los também porque não vou ter oportunidade de fazer uma réplica: tenho de me defender daquilo que acho ser possível que a outra parte utilize.

Faz sentido que assim seja quando não se pede a dispensa do contraditório prévio. Já nos casos em que quero o procedimento cautelar ex parte, posso não querer antecipar a defesa para apresentar uma história mais cristalina e sintética. Ao fazê-lo, poderei antecipar os problemas que a parte contrária poderá invocar.

Por exemplo, sei que a parte contrária vai arguir a caducidade, pelo que digo logo “atenção, não caducou porque x e y”, vou levantar a hipótese de haver um eventual problema sobre a caducidade, vou revelar o meu jogo à outra parte e ainda criar dúvidas acerca da bondade da minha história

**Nota:** Quanto à distribuição do ónus da prova – tese de mestrado de Pedro Ferreira Múrias

Discute-se na doutrina se quanto ao princípio da proporcionalidade vigora a sumaria cognitio (Teixeira de Sousa) ou a prova plena (Lebre de Freitas).

Para o professor isto não interessa porque não são questões de previsão normativa, mas argumentos. Tenho que argumentar sempre e tentar fazer o máximo de prova quer seja autor, quer seja réu.

Esta é uma questão estratégica sobre a antecipação da defesa.

## 5. Classificação das medidas cautelares

### 5.1. Medidas conservatórias, antecipatórias e mistas

Esta classificação é uma classificação que releva da manifestação do periculum in mora já que é este que pode corresponder a um interesse conservatório, antecipatório ou misto.

Temos **tutela conservatória** quando há um risco de impossibilidade da tutela definitiva. Há uma manutenção do status quo, sendo a ideia manter a ordem jurídica e evitar que esta se altere. É o caso do arrolamento e do arresto.

Temos **tutela antecipatória** quando temos a necessidade da tutela imediata. Aqui pede-se uma modificação do status quo e a antecipação daquele que se pretende obter com a ação definitiva. É o caso da prestação de alimentos provisórios e o arbitramento de reparação provisória.

Há um outro conjunto de medidas cautelares especificadas que alguma doutrina considera serem antecipatórias, mas que outra parte considera estarem numa zona cinzenta. Para o professor são **medidas mistas**. São, por exemplo, a restituição provisória de posse suspensão por deliberações sociais, embargo de obra nova (das que estão presentes no CC).

Teixeira de Sousa tem uma classificação tripartida que releva neste tema. Distingue três tipos de finalidades das providências cautelares:

- Finalidades de garantia de direito;
- Finalidade de regulação provisória;
- Finalidade de antecipação da tutela definitiva;

Os dois primeiros tipos de finalidade são reconduzidos essencialmente à tutela conservatória; só o último é reconduzido à tutela antecipatória. Os casos de regulação provisória são a tal zona cinzenta que o professor considera serem mistos.

Para o professor, o tira-teimas para a querela doutrinária está no **artigo 376º/4**. Esta norma que manda aplicar o regime da inversão do contencioso a algumas providências especificadas e não a outras é uma norma que, na opinião do professor, tem em conta a diferenciação entre medidas conservatórias e antecipatórias. Só faz sentido aplicar o regime da inversão do contencioso quando estiver em causa uma medida antecipatória, já que a antecipação é que pode passar a definitiva.

Quando tenho medidas que antecipam os efeitos finais e o que está em causa é a necessidade de tutela imediata é que posso aplicar o regime e inversão do contencioso e fazer com que a regulação provisória passe a ser definitiva. Assim, é por isso que a suspensão de deliberações sociais é essencialmente antecipatória: porque é permitida a inversão do contencioso. Tem também alguma coisa de conservatória porque também há uma ideia de “se eu agora não suspender, mais tarde não consigo limpar todos os efeitos, é difícil voltar atrás porque já muita coisa se passou”, daí a necessidade de manutenção do status quo. Apesar disto, a medida é essencialmente antecipatória, daí que seja possível a inversão do contencioso.

Assim, apesar de o facto de a medida ser essencialmente conservatória não excluir uma componente antecipatória, e vice-versa, é relevante fazer a distinção entre um tipo e outro já que a inversão do contencioso não valerá para os meios de tutela conservatória, mas apenas antecipatória.

## 5.2. Medidas com efeito declarativo (meramente declarativo, constitutivo ou condenatório), executivo ou misto

As ações podem ser **declarativas** ou **executivas**, sendo que as declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas (**artigo 10º, CPC**).

As ações de simples apreciação podem ser:

- **de direitos** (ex: que se tem propriedade, que se tem o estado jurídico da paternidade)
- **de factos** (ex: reconhecer que naquele dia houve um acidente de viação; é difícil dar exemplos porque é má ideia colocar uma ação de simples apreciação e factos: devo fazer reconhecer direitos).

Uma ação de condenação é uma ação que deriva do conceito de prestação – conduta devida.

Nas ações constitutivas temos uma mudança na ordem jurídica. É diferente de condenar porque se condena no pagamento de um dever que já existia resultante do contrato celebrado pelas partes. Nas ações constitutivas são as palavras da sentença do juiz que operam mudanças no ordenamento jurídico.

Na **ação executiva** temos a reparação material do direito, da situação jurídica violada.

Nas providencias cautelares podemos ter as três coisas: podemos ter procedimentos cautelares com efeito meramente declarativo, com efeito declarativo ou com ambos os efeitos.

**Exemplo:** o arresto (efeitos executivos e declarativos); o embargo de obra nova (tem uma fase condenatória, mas também pode ser uma fase executiva consoante haja inovação ou não); a suspensão de deliberações sociais (pode ocorrer face ao vício da anulabilidade ou da nulidade. No último caso temos uma tutela de simples apreciação porque não houve efeitos desde o início).

### 5.3. Medidas cautelares estaduais ou arbitrais

As **medidas estaduais** são atribuídas pelos tribunais estaduais, enquanto que as **medidas arbitrais** são atribuídas por tribunais arbitrais, no âmbito da Lei da Arbitragem Voluntária.

### 5.4. Tutela cautelar estadual contenciosa e voluntária

Alguns procedimentos cautelares estão regulados na parte do CPC relativa aos processos de jurisdição voluntária, pelo que serão sujeitos ao seu regime. É o caso dos procedimentos cautelares relativos ao exercício de direitos sociais, por exemplo.

Estas matérias são consideradas jurisdição voluntária sobretudo devido ao seu interesse social.

Os alimentos provisórios regulados na lei de proteção de crianças são também um processo de atribuição e alimentos provisórios. Toda essa lei é marcada pelos princípios da jurisdição voluntária porque o interesse prevalecente é o interesse da criança.

Temos, então, que distinguir:

- **Medidas cautelares de jurisdição voluntária:** estão sujeitas a várias regras a que as medidas de jurisdição contenciosa não estão. Por exemplo, não há caso julgado, prevalece o princípio da oficiosidade, o juiz pode rejeitar provas, pode julgar de acordo com a equidade na sua aceção forte, etc.
- **Medidas cautelares de jurisdição contenciosa;**

Para o professor, o problema base desta distinção está no critério base do interesse prevalecente – prevalece o interesse social.

Esse entendimento de base é questionável. Nos litígios societários há um interesse prevalecente que é o interesse social – interesse da sociedade. No âmbito do direito substantivo há uma grande querela doutrinária sobre o que é um interesse social. Temos:

- **Tese monista:** o interesse é aferido pelo interesse dos sócios
- **Tese institucionalista:** o interesse social é o interesse da empresa em si enquanto instituição distinta dos sócios e dos demais interessados da empresa
- **Tese pluralista:** o interesse é aferido pelo interesse dos sócios e dos outros sujeitos relevantes para a empresa (trabalhadores, credores, clientes...).

Aquando da criação inicial do CPC, era prevalecente a tese institucionalista, mas isso foi no momento do nazismo. Esta teve grande projeção no mundo germânico associada a concepções ideológicas de extrema direita. Hoje, são muito questionáveis.

Hoje em dia os processualistas não estão muito atualizados em relação à discussão de direito substantivo do direito societário sobre o que é direito social, e por isso no mundo do processo civil ainda há a ideia de que o interesse é apenas o interesse da empresa. Mas isso é discutível e joga mal com a realidade sociológica.

Nos litígios entre empresas é difícil apurar qual é o interesse da empresa já que há situações em que as empresas são de pequena dimensão e não há um interesse da empresa, mas diferentes protagonistas. Numa situação de uma empresa de grande dimensão, aí é mais fácil distinguir um interesse individual face a um interesse maior. Dizer que há um interesse prioritário – o da sociedade, é um mecanismo de resolução e litígio em que não se olha para a realidade e se pondera os interesses em jogo.

Concluindo, no contencioso societário cautelar é um absurdo ir atrás da letra da lei e aplicar as regras da jurisdição voluntária.

### 5.5. Providência cautelar estadual comum e providências cautelares estaduais especificadas

Esta classificação é uma classificação que pressupõe uma outra distinção: a entre medidas estaduais e arbitrais, já que só faz sentido dentro das medidas cautelares estaduais. Fazemos esta distinção porque o CPC está organizado desta forma.

Em primeiro lugar temos a criação e um regime comum de providência cautelar nos artigos 362º e ss; e depois nos **artigos 377º e ss.** os procedimentos cautelares especificados. Os especificados regulam matérias específicas com pressupostos específicos. Quando o procedimento não caiba aqui, aplicam-se as regras do procedimento comum.

É que as providências especificadas ou nominadas, só por si, não resolvem a necessidade de salvaguarda e garantia da efetivação dos direitos a todas as ações que é possível intentar em Tribunal, pelo que a técnica jurídica deita mão aos procedimentos cautelares não especificados ou comuns, que sejam adequados e oportunos à situação concreta que se pretenda acautelar.

Estas providências comuns só podem ser utilizadas nas situações em que, ao caso a prevenir, não se possa aplicar qualquer providência especificada (**artigo 362º/3**).

A providência comum, quando requerida, fica sujeita a requisitos de maior exigência para os eu deferimento quando a lei refere para os eu decretamento a existência de probabilidade séria da existência do direito e semostre suficientemente fundado o receio da sua lesão, como se dispõe no **artigo 368º/1**.

Os procedimentos especificados não são apenas os regulados nos **artigos 377º e ss.**, mas também os formulados em legislação avulsa como a entrega judicial de locação financeira, a apreensão de veículos automóveis, a tutela cautelar da propriedade industrial, a tutela cautelar dos direitos de autor.

Há, ainda, outros procedimentos especificados regulados no CPC, mas não neste capítulo. São exemplos, o contencioso societário (**artigos 1034 e ssº**), a tutela da personalidade (**artigo 879º/5**), etc.

## 6. A tutela cautelar probatória

Temos no CPC o incidente de produção antecipada de prova que não é visto como um procedimento cautelar, mas distinto destes. Noutros países não é assim. Na generalidade dos ordenamentos jurídicos a produção antecipada de prova corresponde a uma providência cautelar.

Em determinados lugares específicos do ordenamento jurídico português temos medidas cautelares com carácter probatório. Dito isto, vamos olhar com mais detalhe para o regime da produção antecipada da prova e para os lugares do ordenamento jurídico português em que há produção de prova no âmbito de uma providência cautelar.

Temos o **artigo 419º** sobre produção antecipada de prova, de acordo com o qual “havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente até antes de ser proposta a ação”.

O “receio de vir a tornar-se impossível” é muito semelhante ao que diz acerca das providências cautelares. Este artigo vale para meios de prova nos quais não se inclui a prova documental. Aplica-se este regime quando queremos obter depoimentos, testemunhos, perícias ou inspeções. Quando quisermos um documento, já se recorre ao arrolamento.

Este artigo tem uma falha sistemática: por “depoimento” entende-se o depoimento de parte e de testemunhas, mas tem de se abarcar também as declarações de parte extensivamente. O depoimento de parte destina-se a produzir a confissão; as declarações de parte visam produzir prova favorável á própria parte que está a prestar declarações. Até 2013 as partes só podiam prestar prova desfavorável e não favorável. No padrão anglo-americano as partes podem intervir enquanto testemunhas. Do mesmo modo, quando se fala em inspeções tem de se entender também as verificações não judiciais qualificadas do artigo 494º. Assim sendo, só ficam mesmo excluídos os documentos.

O arrolamento (**artigo 403º e ss.**) pode incidir sobre bens móveis ou imóveis ou sobre documentos. O interesse de conservação de documentos pode não ser um interesse baseado no interesse substantivo, mas meramente probatório: pode apenas querer guardar-se o documento por ser essencial para produzir prova e estar no poder da parte contrária. Se eu antes da ação principal ser instaurada quiser acautelar a conservação do documento não o faço através da produção antecipada de prova, mas através do arrolamento. Se o meio de prova é um documento, a tutela probatória provisória é feita através do arrolamento. Serve-se aqui um propósito de tutela cautelar probatória.

Regra geral, a tutela cautelar visa garantir a decisão definitiva, mas neste caso visa apenas garantir o direito à prova.

A regra é a do **artigo 419º** e temos estas exceções:

- Na LAV não há produção antecipada de prova. Toda a produção de prova urgente e provisória é feita através de medidas cautelares.
- O código da propriedade industrial e dos códigos de direitos de autor também são exceções. São códigos que transpõem diretivas europeias sobre proteção da propriedade industrial e de direitos do autor relativos ao valor da propriedade incorpórea no mundo atual. Esta propriedade sobre o valor incorpóreo ganhou ênfase a partir do maior desenvolvimento económico. Na transposição das diretivas para estes códigos encontramos tutela cautelar quer de direito substantivo quer tutela cautelar probatória.

## 7. O procedimento cautelar estadual

### 7.1. O princípio do dispositivo e a providência cautelar

“O tribunal não está sujeito à providência concretamente requerida” (**artigo 376º/3**). A propósito do princípio do pedido: pode decretar-se mais, menos...? Como se interpreta isto?

O facto de o tribunal não está adstrito à providência pode ser interpretado de duas formas:

- **Forma ampla** - foge aos padrões do **artigo 609º**;
- **Forma restritiva** - não se pode aplicar o mais nem de forma qualitativa, nem quantitativa;

Isto é um aspeto que está ao lado do tema da modificabilidade. A propósito da modificabilidade das providências, sustenta-se que o regime do Código Processual é demasiado rígido e devia poder haver uma maior facilidade à adaptação das alterações de circunstâncias. Isso tem é que ser sempre em concordância com o pedido: não será o juiz oficiosamente a mudar ou a extravasar os limites do pedido.

Isto relaciona-se com o princípio do dispositivo em que as partes dispõem da relação material controvertida. O princípio do dispositivo está sempre em jogo com a oficiosidade: as partes dispõem da relação

por contraposição ao dispor do processo do juiz. Associado ao princípio da oficiosidade está a ideia de gestão processual: atribuição de poderes ao juiz para adaptar as regras processuais. Isto tem que ver com a economia e adequação formal.

Temos então a gestão processual como paradigma no **artigo 6º**. O que se discute aqui é até que ponto o juiz pode adaptar as regras processuais nos procedimentos cautelares.

**Exemplos:** alteração da causa de pedir, será possível num procedimento cautelar? Na prática é impossível porque não há mais que dois articulados.

E factos supervenientes, podem ser alegados? Só existem dois articulados, mas se a meio do processo surgem acontecimentos supervenientes, pode-se? A jurisprudência tende a adotar regras restritivas e a não permitir. Mas o princípio da gestão processual é mesmo para contrabalançar isso. Face ao CPC atual e ao princípio do **artigo 6º** poderá sustentar-se a admissibilidade de factos superveniente nos procedimentos cautelares? A regra geral (**artigo 588º**) pode ser aplicada mutatis mutandis? Não se sabe. O professor acha que sim, mas a tendência do juiz é para serem restritivos apesar de o **artigo 6º** abrir uma porta a que se possa fazer isso.

### **E quanto a factos principais e instrumentais (artigo 5º)?**

Os factos principais são os das normas de direitos substantivo.

Os factos complementares não são instrumentais, são a possibilidade de invocar factos em julgamento que são importantes para a concretização dos factos principais e que vai despoletar as normas de direito substantivo. Em relação a factos complementares há querelas doutrinárias. É pacífico que estão sujeitos ao princípio do contraditório, mas depois discute-se se é preciso atender ao princípio do dispositivo ou não. É preciso que a parte diga em ata que quer fazer prevalecer aquele facto, ou se a parte não manifestar esse desejo o pode conhecer desde que promovido o contraditório.

### **Como se exerce o contraditório nestes casos?**

Para o professor, é preciso parar o julgamento, dizer que á aquele facto, adiar e permitir novas testemunhas. Para outros, desde que se fale se podia ou não podia, e a parte contrária possa fazer perguntas basta. A segunda querela é se no âmbito do procedimento cautelar também posso vir com esses factos concretizadores. É possível porque o artigo 5º se aplica a todo o CPC.

## **7.2. A cumulação**

É possível cumulação de pedidos, dentro dos termos do **artigo 555º**. É necessária, porém, a compatibilidade substancial e não se verifiquem as circunstâncias que impedem a coligação (**artigos 36º e 37º**).

A compatibilidade substancial relaciona-se com as situações em que não há risco em cumular pretensões pelo interesse contratual positivo e pretensões que pelo contratual negativo. Por exemplo, é errado pedir para romper o contrato e invocar a resolução formulo pedidos que apontam para a execução do contrato – há uma incompatibilidade.

Quanto às regras que impedem a coligação, temos obstáculos processuais quanto à forma de processo, às regras de competência internacional, em razão da matéria ou da hierarquia. Hoje em dia a forma de processo não é um grande obstáculo, já que se pode sempre convencer o juiz a agir de acordo com a adequação formal (**artigo 37º/2**). Na prática, os maiores obstáculos são os de competência material. Por exemplo, quero demandar não só uma empresa, mas também uma entidade pública. Para um tenho a competência do tribunal comercial e para o outro tenho competência dos tribunais administrativos.

Este é o regime de processo civil que é aplicável, mutatis mutandis para os procedimentos cautelares. Se eu quiser paralisar um ato de competência desleal protegendo os meus segredos industriais preciso de recorrer

a uma providência cautelar para não perder o tempo útil da decisão, que assegure o que preciso. Querendo reagir não apenas contra o administrador que está a atuar deslealmente, mas também contra a empresa que este está a utilizar vou ter providências nos tribunais de comércio e no tribunal de propriedade intelectual. Há uma incompatibilidade em matéria de competência, pelo que não será possível a cumulação de pedidos contra estas duas pessoas.

### 7.3. O princípio do contraditório

Há sobretudo dois artigos que relevam para a questão do contraditório:

- **Artigo 366º** - contraditório do requerido
- **Artigo 369º** - inversão do contencioso
- **Artigo 372º** - contraditório subsequente ao decretamento da providência

De acordo com o **artigo 366º/1** o tribunal deve ouvir o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

A **regra** é, portanto, a de que o tribunal deve ouvir o requerido, pelo que só após o exercício do contraditório é que a providência será decretada ou recusada.

O princípio do contraditório, consubstanciado na possibilidade de o requerido de uma determinada providência “oferecer as suas provas e discreter sobre o valor e resultados” insere-se no direito a um processo justo e equitativo, sendo, portanto, um importante tópico.

Nas situações em que a lei não dispense expressamente o contraditório, nem imponha a audiência prévia do requerido, o requerente poderá requerer ao tribunal que a providência seja decretada sem o conhecimento do requerido.

Esta solução só será admissível nos casos em que a audiência prévia não comprometa, de forma irremediável e definitiva, o efeito útil da providência.

O contraditório prévio permite sempre decidir com maior segurança, mas em determinadas providências cautelares, a audiência prévia representa a condenação da providência ao insucesso.

Assim, sem prejuízo das situações em que é a própria lei que impõe o decretamento da providência sem o contraditório do requerido, se o tribunal entender que a audiência prévia pode colocar em causa o efeito útil da providência ou a finalidade que com ela se pretende alcançar, a providência pode ser decretada sem o contraditório do requerido (**artigo 366º/1, 2ª parte e artigo 3º/2**). Trata-se de uma **exceção** ao princípio do contraditório.

Verifica-se, então, uma inversão do contencioso, já que o contraditório é postergado para uma fase posterior ao decretamento da providência, situação em que o requerido poderá recorrer do despacho que teve decretado a providência, ou deduzir oposição.

A decisão de dispensa da audiência prévia, quer por iniciativa do juiz, quer a pedido do requerente, deve ser tomada com base na matéria de facto alegada na petição inicial e de acordo com a situação factual nela descrita.

Havendo pedido do requerente neste sentido, o juiz não fica a este adstrito:

- Sempre que o tribunal, não dispondo de elementos para indeferir liminarmente a providência cautelar concretamente requerida, considere, que a matéria de facto alegada não lhe permite formar uma convicção segura, deve promover à mesma a audiência prévia do requerido.
- Mesmo que o requerente da providência apresente de forma insuficiente os fundamentos de facto e de direito que justificam a dispensa da audiência prévia, nem por isso o tribunal deverá decidir automaticamente pelo contraditório antecipado. É que para além de o **artigo 590º/2, b e nº4** impor ao juiz o dever de convidar as partes a suprir insuficiências, o juiz pode apreciar oficiosamente se a

audiência prévia do requerido colocará ou não em risco sério o fim ou a eficácia da providência cautelar.

### **Situações em que o juiz deve optar pela dispensa de audiência prévia do requerido:**

#### **→ Urgência:**

- Quando a providência cautelar revista um caráter urgente e dessa audiência possa resultar uma demora suscetível de aumentar ou prolongar o dano;
- Quando o tribunal se aperceba objetivamente, da existência de um perigo iminente que determine a necessidade de decretamento imediato da providência;
- Estando o requerido ausente em parte incerta e não havendo lugar a citação edital nas providências cautelares, o tribunal deve dispensar a sua audiência quando se certificar que a sua citação pessoal não é viável (**artigo 366º/4**);

#### **→ Efetividade:**

- Quando a audiência prévia do requerido ponha em risco o efeito prático que, concretamente, se pretende atingir, ou seja, quando o conhecimento antecipado da providência cautelar permita ao requerido agir de forma a inutilizar o interesse ou a eficácia da providência cautelar. Neste caso, a exigência de perigo tem que ser séria, assim como o aumento do perigo de lesão deve ser objetivo e substancial (**artigo 366º/1, 2ª parte**).

A decisão de o juiz ouvir ou não o requerido não é proferida discricionariamente. Os conceitos indeterminados de “risco sério” e “fim ou eficácia da providência” (**artigo 366º/1**) hão de ser por ele preenchidos segundo critérios de razoabilidade. A decisão que proferir, fundamentada nos termos gerais é passível de recurso imediato de apelação, quando o juiz indefira o requerimento de não audição do requerido, por ser absolutamente inútil a sua impugnação com o recurso da decisão final, pela mesma razão tenho a apelação efeito suspensivo.

O recorrido que não tenha sido previamente ouvido pode, em alternativa, após a sua notificação da decisão que haja decretado a providência (**artigo 366º/6 → artigo 372º/1**):

- Recorrer, nos termos gerais da decisão
- Deduzir oposição, que inicialmente não lhe foi facultada

Estas opções são alternativas, não podendo o requerido usar as duas simultaneamente. Não pode, sequer, utilizar livremente entre os dois processos porque a utilização de um ou de outro depende do fundamento que a invoque.

- Se pretender alegar novos factos ou produzir novos meios de prova, o requerido deduzirá **oposição** (em que acessoriamente poderá invocar fundamento que, a não haver oposição, constituiria fundamento de recurso)
- Se apenas quiser pôr em causa a apreciação dos factos dados como assente, apresentar documento novo respeitante a algum deles, ou impugnar a aplicação do direito aos factos dados como provados, **recorrerá** de apelação, subindo o recurso imediatamente em separado e com efeito meramente devolutivo, a menos que o valor do procedimento ou da sucumbência não o permita, caso em que tem de ser concedido o direito à oposição.

Quando no **artigo 672º/1, b** se refere “factos não tidos em conta pelo tribunal”, refere-se a factos principais, isto é, fundamentos de exceções. Se o requerido quiser alegar factos instrumentais que visem abalar a convicção do julgador quanto à verificação dos factos que hajam constituído fundamento da providência, terá também de os provar, fazendo contraprova.

A **alínea b)** carece de ser interpretada extensivamente, de modo a abranger as situações em que seja previsível alegação de factos novos pelo requerente, em resposta à exceção deduzida pelo requerido, caso em que o requerente necessariamente terá também o direito de propor os meios de prova que entenda para demonstração dos factos que alegue.

É importante fazer também a diferenciação entre as exceções que o requerido queria invocar no exercício do contraditório:

- Se quiser deduzir uma exceção dilatória ou perentória de conhecimento oficioso e que o tribunal deveria, por isso, ter apreciado, o meio adequado é o **recurso**.
- Se quiser deduzir uma exceção propriamente dita, com base nos factos constantes do processo, que o tribunal não haja considerado nessa perspectiva por não o poder fazer, o meio adequado é o da **oposição**.

**Nota:** Se o requerido utilizar o meio errado para o exercício do contraditório, deverá aplicar-se o disposto no **artigo 193º/3**.

O **prazo** para a oposição é de 10 dias, sem prejuízo de eventual dilação (**artigo 293º/2, ex vi artigo 365º/3**). O limite de 10 dias do **artigo 366º/3** não se aplica porque a providência já está proferida.

O **prazo** para o recurso, também sem prejuízo de eventual dilação é de 15 dias (**artigo 638º/1**).

De acordo com o **artigo 372º/3**, produzidas as provas necessárias e fundamentadamente declarados pelo juiz os factos que julga provados e não provados, o juiz profere a decisão de manter, reduzir ou revogar a providência anteriormente decretada, considerando-se esta nova decisão complemento e parte integrante da inicialmente proferida.

Sobre isto existem duas perspectivas:

- 1- O núcleo da decisão, mesmo quando a oposição desemboque na revogação, continua a ser a primeira decisão;
- 2- A decisão proferida em contraditório, revestindo dignidade que a decisão sem contraditório não tem, sobrepõe-se à primeira, mesmo quando a mantém, absorvendo-a e a ela retroagindo os seus efeitos.

A decisão que na oposição mantenha a inversão do contencioso (**artigo 372º/3, 1ª parte**) é recorrível nos termos em que o é a decisão que inicialmente o inverte, sendo, também do mesmo modo, irrecorrível a decisão que revogue a inversão decretada (**artigo 370º/1**).

Também da decisão que mantenha ou revogue a inversão do contencioso, diz o **artigo 372º/3, 2ª parte**, que constitui complemento e parte integrante da inicialmente proferida se aplica o mesmo que quanto à decisão proferida sobre a providência.

Há providências cautelares nominadas que, pela sua natureza, devem ser sempre decretadas sem audiência do requerido: é o caso do arresto e da restituição provisória da posse.

#### 7.4. A caducidade

A caducidade é um modo de extinguir a relação processual, a qual tem lugar com o decurso de um certo período de tempo em estado de inatividade.

Com efeito, o regime da caducidade das providências cautelares (**artigo 373º**) tem como objetivo evitar que o requerido fique sujeito, por tempo excessivo ou indeterminado, aos efeitos danosos e nefastos de uma providência cautelar que, por assentar num juízo sumário, urgente e provisório, pode ser injusta ou ilegal.

As providências cautelares, sendo caracterizadas pela sua instrumentalidade e provisoriedade, destinam-se a ser absorvidas ou excedidas pela decisão que vier a ser adotada na ação principal de que dependem.

Nos termos do **artigo 373º/1**, o procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca:

- Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias, contados da data em que lhe tiver sido notificada a decisão que a tenha ordenado;
- Se, uma vez proposta a ação, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente;
- Se a ação vier a ser julgada improcedente, por decisão transitada em julgado;
- Se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da proposição anterior;
- Se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido;

### **A falta de propositura da ação principal (artigo 373º/1, a)**

Os procedimentos cautelares caracterizam-se, em regra, pela sua instrumentalidade e dependência em relação à ação principal. A tutela obtida pela via cautelar reveste ainda um carácter provisório em relação à ação principal, caracterizando-se, por isso, pela sua natureza necessariamente precária.

Neste contexto, a decisão do procedimento cautelar deve ser confirmada pela sentença que vier a ser proferida na ação principal, sob pena de caducidade da providência que tiver sido decretada.

Quando o procedimento cautelar tenha sido instaurado como incidente da ação declarativa ou executiva, a lei processual civil não estabelece qualquer prazo cominatório para que o requerente intente a ação principal, sob pena de caducidade da providência. Mas quando o procedimento cautelar tenha sido proposto ante causam, o requerente da providência deve intentar a ação principal no prazo de 30 dias<sup>4</sup> a contar da data em que tiver sido notificado da decisão que a decretou.

Se o requerente da providência não intentar a ação principal de que essa providência depende dentro dos prazos legalmente previstos, essa providência caduca.

De todo o modo, antes de decidir sobre a caducidade da providência cautelar, o tribunal deve ouvir o requerente para “se este não demonstrar que é inexata a afirmação, ser a providência declarada sem efeito levantada”.

### **Inércia do autor no prosseguimento da causa (artigo 373º/1, b)**

O procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca, se, uma vez proposta a ação principal, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente em promover os seus termos. A caducidade da providência cautelar encontra justificação na violação do ónus de impulso processual subsequente, nos casos em que a lei o imponha.

Não basta a verificação desse pressuposto objetivo para se poder concluir pela caducidade da providência.

- É necessário que o requerente da providência tenha agido de forma negligente, devendo atender-se, na sua apreciação, a todas as circunstâncias factuais que constem do processo e que permitam aquilatar acerca da eventual censurabilidade da conduta por ele adotada.
- É necessário que o prosseguimento da ação esteja totalmente dependente de uma concreta e determinada atuação do autor, bem como que a omissão dessa atuação lhe seja imputável, a título de dolo ou negligência.

Requerido o levantamento da providência cautelar com fundamento na inércia do autor, o tribunal, antes de tomar qualquer posição sobre esse pedido, deve ouvir o autor, situação em que este poderá produzir prova no sentido de que não agiu com negligência e/ou de que a paragem do processo não procede de culpa sua.

### **Improcedência da ação principal (artigo 373º/1, c)**

---

<sup>4</sup> Prazo reduzido pelo facto de a sua natureza urgente e provisória exigir uma apreciação igualmente rápida da relação jurídica subjacente.

O procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca, se a ação vier a ser julgada improcedente por decisão transitada em julgado.

Sendo o reu absolvido do pedido, fica comprometida a prova indiciária que foi produzida em sede de procedimento cautelar quanto à aparência do direito de que o requerente se arrogava titular. O direito acautelado é, para todos os efeitos, declarado não existir, não fazendo, portanto, qualquer sentido a manutenção da providência que visava garanti-lo.

Analogamente, sendo a ação principal julgada parcialmente improcedente, tal implica a caducidade parcial da providência cautelar que tiver sido, entretanto, decretada.

A improcedência da ação principal não significa, necessariamente, que a providência cautelar fosse injustificada ou que tivesse sido decretada de forma ilegal, já que uma e outra têm objetos distintos.

Se a ação principal tiver sido julgada improcedente, a caducidade da providência cautelar só opera depois do trânsito em julgado da respetiva sentença. Esta solução dá origem a uma situação verdadeiramente perniciosa para o requerido da providência, já que a lei consente que este continue a sofrer na sua esfera jurídica as consequências danosas resultantes da execução da providência cautelar, mesmo depois de o tribunal ter apreciado, de forma mais exaustiva, rigorosa e em contraditório pleno, as circunstâncias de facto que estiveram na origem do recurso à tutela cautelar.

O levantamento automático da providência poderia ter consequências nefastas para o requerente, designadamente nos casos em que o recurso dessa decisão lhe viesse a ser favorável, mas a providência cautelar tivesse, entretanto, sido levantada.

**Nota: o artigo 395º** estabelece um regime especial de caducidade em relação à providência cautelar de arresto. O arresto fica sem efeito não só nas situações do **artigo 373º**, mas também no caso de obtida na ação de cumprimento sentença com trânsito em julgado, o credor insatisfeito não promover execução dentro dos dois meses subsequentes, ou se, promovida execução, o processo ficar sem andamento durante mais de trinta dias por negligência do exequente.

Mesmo nas situações em que a ação principal é julgada procedente, a providência cautelar pode vir a caducar. É o que sucede, designadamente, com as providências cautelares especificadas de restituição provisória da posse e de embargo de obra nova, porquanto “a sentença confere caráter definitivo à situação provisoriamente regulada na providência, justificando que se declare esta finda”.

Diversamente, existem outras providências cautelares especificadas, como sucede, por exemplo, com o arresto, em que o reconhecimento do direito na ação principal não determina a caducidade da providência cautelar, extinguindo-se o arresto por força da sua conversão em penhora.

À luz do **artigo 373º/3**, a extinção do procedimento cautelar e o levantamento da providência devem ser determinados pelo juiz, com prévia audiência do requerente, logo que se mostre demonstrada nos autos a ocorrência do facto extintivo, nascendo, nesse momento, o direito de o requerido ser ressarcido pelos danos que lhe tiverem sido causados de forma culposa.

#### **Absolvição do reu da instância (artigo 373º/1, d)**

O procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca, se o réu for absolvido da instância e o requerente não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior.

A providência cautelar só se manterá inalterada se o requerente observar o prazo previsto no **artigo 279º/2**, quanto à propositura da nova ação judicial.

#### **Extinção do direito do requerente (artigo 373º/1, e)**

O procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca, se o direito que o requerente pretende acautelar se tiver extinguido.

Verificando-se a extinção do direito que o autor visava acautelar mediante o recurso à providência cautelar, deixa de ter fundamento a providência que, entretanto, tiver sido decretada, atenta a instrumentalidade a dependência que caracterizam esta via de composição provisória do litígio.

## Efeitos

Caducando a providência cautelar por facto imputável ao requerente, este responde pelos danos causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal (**artigo 374º/1**).

Em todos os casos, o requerente “responde pelos efeitos negativos associados ao decretamento de uma providência que, bem ou mal decretada, vem a ser levantada por facto que lhe é imputável”, sendo que “o desvalor do comportamento do requerente assenta exclusivamente na causa da caducidade”.

Tratando-se de uma responsabilidade civil do foro extracontratual, o exercício dos direitos indemnizatórios pelo requerido deve ter lugar dentro do prazo de prescrição de três anos previsto no **498º/1, CC**, o qual começa a correr logo que seja verificada a causa da caducidade da providência cautelar, independentemente da sua declaração ou reconhecimento judicial.

## 8. Providências cautelares especificadas

### 8.1. O arresto

O **arresto** consiste numa providência cautelar conservatória especificada, a qual consiste na apreensão judicial de bens do devedor, tendo em vista a garantia de um direito de crédito (**artigo 619º/1**).

Com efeito, estabelece o **artigo 391º/1** que o credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto dos bens do devedor ou dos bens adquiridos por terceiro ao devedor, consistindo essa providência numa apreensão judicial de bens cujo valor será suficiente para assegurar a situação patrimonial do crédito invocado, à qual são aplicadas as disposições relativas à penhora (**artigo 391º/2**).

Deste modo, a providência cautelar de arresto visa assegurar o efeito útil da respetiva ação condenatória a ser intentada (ou já pendente) contra o alegado devedor, porquanto, em caso de procedência dessa ação, fica garantida a execução do seu património, mediante a conversão do arresto em penhora.

Para esse propósito, o requerente deve indicar todos os bens a arrestar no requerimento inicial, com todas as indicações necessárias à realização da diligência (**artigo 392º/1, 2ª parte**), embora nada o impeça de nomear posteriormente novos bens ou direitos, ainda que após o decretamento da providência cautelar de arresto, no caso de se constatar falta ou insuficiência dos anteriormente designados. Tal deixa de lhe ser exigido se alegar e justificar a dificuldade séria na sua identificação.

Como garantia da satisfação do direito de crédito, o requerido é privado do gozo dos bens ou direitos objeto de arresto, os quais são posteriormente transferidos para o credor mediante a conversão do arresto em penhora e subsequente venda executiva.

Para que o arresto possa ser decretado é necessário o preenchimento de dois requisitos:

- A probabilidade séria de existência do direito de crédito de que o requerente se arroga titular (*fumus boni iuris*) – **artigo 392º/1, 1ª parte**;
- Existir um receio, devidamente justificado e fundado, de o credor poder vir a perder a garantia patrimonial do seu crédito (*periculum in mora*);

### **Fumus boni iuris**

Nos termos do **artigo 392º/1**, o requerente deve alegar os factos que tornem provável a existência do crédito, salvo se esses factos já tiverem sido invocados na ação principal, em relação à qual o arresto venha a ser tramitado por apenso.

O legislador não exige para este requisito a prova plena do crédito, mas tão-só que seja provável a existência desse direito. Não se exige, sequer, que a obrigação seja certa, líquida e exigível, ou que se encontre já reconhecida pelos tribunais.

Assim, a probabilidade de existência do crédito verificar-se-á quando sejam alegados factos que, ainda que sumariamente comprovados, demonstrem ser verosímil a existência do direito de crédito do requerente do arresto.

### **Periculum in mora**

O periculum in mora consubstancia-se no perigo de serem praticados atos de ocultação, disposição, alienação ou oneração do património do devedor, não sendo necessário provar que essa conduta é dolosa ou fraudulenta.

Fundamentadamente, o receio de perda de garantia patrimonial do crédito mostra-se justificado quando “está criado um período de insatisfação do crédito, por o seu titular se deparar com a ameaça de estar a ser lesado aquilo que lho garantia: o património do devedor”.

Trona-se necessário que o credor arretante alegue factos concretos e objetivos dos quais resulte o receio ou a forte probabilidade de perder a garantia patrimonial do seu crédito e/ou que, pelas regras da experiência comum ou pelo critério do bom pai de família, imponham o deferimento imediato da providência, sob pena de total ineficácia da ação judicial correlativa.

Não basta, portanto, para dar este requisito como verificado, uma mera verosimilhança a um eventual perigo de dissipação de património pelo devedor. Inclusive, deve o julgador concluir pelo não preenchimento deste requisito nos casos em que esse receio seja alicerçado em meras conjeturas, suspeições ou juízos de valor sem concretização factual.

O fundado receio tem que ser justo, ou seja, o requerente do arresto deve alegar a concreta situação de perigo que se poderá consumir se essa apreensão não for decretada. Não basta demonstrar um receio qualquer, tem que ser justo.

Fundamentalmente, aquilo que se exige para o preenchimento do periculum in mora é a verificação de uma situação de facto que seja suscetível de causar num credor o receio de não lograr receber o crédito que detém sobre o devedor.

Importa ainda referir que para que o arresto possa ser justificado, não relevam apenas as atitudes intencionais ou dolosas, mas sim qualquer circunstancialismo que, justificada e plausivelmente faça perspetivar o perigo de se tornar inviável ou altamente precária essa realização.

Têm vindo a ser consideradas como condições suficientes para a demonstração do receio da perda de garantia patrimonial de crédito, entre outras:

- A suspeita de fuga do devedor;
- A redução acentuada do património do devedor, associada à existência de dívidas de valor superior ao dos seus ativos;
- O fundado receio de ocultação de bens do devedor;
- A pendência de diversas execuções contra o devedor e/ou a oneração do seu património com penhoras;
- O risco da sociedade devedora se preparar para encerrar a sua atividade, pretendendo os seus sócios construir uma nova sociedade, para não pagar aos credores;
- O risco concreto de insolvência do devedor;
- A frustração de contactos com o devedor por facto que lhe seja imputável, associada ao risco de dissipação do sue património;

↳ ...

Uma vez que a valoração do requisito do *periculum in mora* no arresto não é encontrada sujeita a critérios rigorosamente predeterminados, caberá ao julgador valorar caso a caso se se encontra ou não preenchido esse requisito processual.

O arresto será injustificado, entre outras, nas seguintes situações:

- ↳ Se o devedor nunca pretendeu alienar, dissipar ou ocultar bens, nem está em risco de falir;
- ↳ Se o credor se limita a alegar que o devedor atravessa dificuldades económicas;
- ↳ Se o crédito se encontra suficientemente assegurado por uma garantia pessoal ou real, salvo se, por qualquer motivo, essa garantia se tiver tornado insuficiente;
- ↳ Se o credor já dispõe de um título executivo, não sujeito a condição ou a termo, que lhe permita intentar de imediato a correspondente ação executiva, com a consequente penhora de bens do devedor;
- ↳ Se o credor se limita a alegar que o devedor se recusa a cumprir a obrigação;
- ↳ ...

Tomando por referência o **princípio da proporcionalidade**, o arresto deve limitar-se aos bens cujo valor se revele suficiente e adequado para garantir a satisfação do crédito a acautelar e que sejam suscetíveis de penhora (**artigo 622º/2, CC**).

Tal não significa que não possam ser arrestados bens cujo valor ultrapasse o crédito a garantir. Há que considerar o tempo previsível até que se possa conseguir, por ação executiva, vender o bem; a desvalorização que o bem arrestado possa sofrer; o aumento que o crédito possa vir a sofrer...

O tribunal só deve reduzir o arresto aos seus justos limites, ao abrigo do princípio da proporcionalidade, nos casos em que se verifique um excesso “manifesto e exagerado” do valor dos bens arrestados por contraposição ao montante do crédito a garantir (**artigo 393º/2**).

Sendo arrestados bens de valor manifestamente superior ao crédito a garantir por facto imputável ao requerente, este deverá responder pelos danos causados ao requerido, já que a providência cautelar é injustificada no que concerne à extensão com que foi realizada.

Sendo examinadas as provas, o arresto é decretado sem audiência da parte contrária, desde que se mostrem preenchidos os requisitos legais de que a lei faz depender o decretamento da providência (**artigo 393º/1**).

O arresto tem um **caso especial de caducidade**. De acordo com o **artigo 395º**, “O arresto fica sem efeito não só nas situações previstas no artigo 373º, mas também no caso de:

- Obtida na ação de cumprimento sentença com trânsito em julgado, o credor insatisfeito não promover execução dentro dos dois meses subsequentes; ou se,
- Promovida a execução, o processo ficar sem andamento durante mais de 30 dias, por negligência do exequente”.

## 8.2. O arrolamento

O arrolamento constitui uma providência cautelar conservatória de garantia, a qual visa impedir o extravio, a ocultação ou a dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, sendo, por isso, dependente de uma ação à qual interesse (**artigo 403º**):

- A especificação de bens – assegurar bens litigiosos;
- A prova da titularidade dos direitos relativos às coisas arroladas;

No requerimento desta providência, o requerente não tem o ónus de identificar, de forma individualizada e pormenorizada, os bens que pretende arrolar. Na verdade, ainda que, sempre que possível, deva fazê-lo para facilitar a concretização do arrolamento.

Para que o arrolamento possa ser decretado é necessário o preenchimento de dois requisitos:

- A probabilidade da existência de um direito sobre bens ou documentos (**artigo 405º/1**) – *fumus boni iuris*;
- Um justo receio de que eles possam vir a ser extraviados ou dissipados (**artigo 403º/1**) – *periculum in mora*;

### **Fumus boni iuris**

Para que o arrolamento seja admitido, é necessário que o requerente alegue e faça prova sumária do direito relativo aos bens a arrolar, bem como dos factos em que se fundamenta o receio dos eu extravio, ocultação ou dissipação (**artigo 405º/1**). Isto é exige-se que o requerente demonstre um interesse jurídico relevante na conservação desses mesmos bens ou documentos. Exige-se, por isso, um “direito aparente”, o qual pode já estar constituído e reconhecido ou a aguardar pela sua declaração em ação judicial pendente ou a propor.

A lei não exige um juízo de certeza quando quanto à propriedade do bem a arrolar, sendo antes suficiente a mera aparência no que diz respeito à titularidade desse direito.

### **Periculum in mora**

Nos termos do **artigo 403º/1**, o arrolamento só pode ser decretado quando se verifique a existência de um justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos.

Assim, o arrolamento só poderá ser decretado quando, uma vez produzidas provas que forem julgadas necessárias, o tribunal adquirir a convicção de que o direito do requerente corre um risco sério, situação em que o arrolamento será realizado mediante a descrição, avaliação e depósito dos bens.

O “justo receio” e extravio ou dissipação e bens “envolve uma aceção de temor, acompanhado de incerteza, e que constitui um facto inconsumado a produzir no futuro, posto que presumível. Por conseguinte, não basta ao requerente desta providência cautelar a alegação de que existe um justo receio de extravio ou dissipação de bens, impondo-se antes a alegação e prova de factos concretos e objetivos que permitam demonstrar que esse receio é sério e real (**artigo 405º/1**).

No que toca ao **contraditório**, a lei não prevê expressamente se essa providência cautelar deve ser decretada sem a audiência prévia do requerido. Coloca-se então o problema de saber se se aplica a regra geral de audição do requerido do **artigo 366º/1**, ou se o contraditório prévio do requerido deve ser dispensado, a tenta a natureza e as finalidades desta providência cautelar.

O arrolamento visa impedir o extravio, a ocultação ou a dissipação de bens ou documentos, razão pela qual, considerando as finalidades desta providência, a mesma deve, por norma, ser decretada em o contraditório prévio do requerido, sob pena de se comprometer o efeito útil do arrolamento.

Contudo, o regime desta providência nada dispõe acerca disto, pelo que temos que seguir a regra geral devendo, por conseguinte, o juiz, através de despacho fundamentado, decidir dispensar ou não essa audiência, consoante entenda que a mesma é ou não suscetível de comprometer a urgência ou o efeito útil da providência.

Relativamente aos **efeitos** do arrolamento, dispõe o **artigo 406º/5** que lhe são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo o que não contrarie o regime do arrolamento ou a diversa natureza dessa providência.

Um dos principais efeitos da penhora que se estende, então, ao arrolamento, traduz-se na ineficácia, em relação à execução os bens, dos atos de disposição ou oneração os bens penhorados (**artigo 819º, CC**). Isto não contraria o regime do arrolamento, muito pelo contrário, pelo que este efeito lhe será aplicável.

Apesar de não poder onerar os bens arrolados, deverá ser permitido ao depositário dos bens arrolados poder continuar a utilizar e fruir deles. Neste caso, o regime da penhora deve ser aplicado com as devidas adaptações, à natureza do arrolamento.

#### **Exemplos:**

- Utilização de veículo automóvel – nada obsta a que esse bem continue a ser utilizado pelo requerido, não se aplicando o regime da imobilização (**artigo 768º/3, CC**);
- Utilização de bens móveis ou imóveis - nada obsta a que esse bem continue a ser utilizado pelo requerido, não se aplicando o regime da imobilização (**artigo 768º/3, CC**);
- Saldo de um depósito bancário – este saldo deve ficar bloqueado por aplicação subsidiária do **artigo 780º, CC**; é que se assim não se entendesse, a providência cautelar de arrolamento não cumpriria a sua finalidade, qual seja a de garantir a conservação dos bens.

#### **Arrolamento em casos especiais – artigo 409º**

De acordo com este artigo, pode ser requerido o arrolamento de bens comuns ou de bens próprios do requerente que estejam em poder do outro cônjuge como preliminar ou incidente da ação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou anulação do casamento.

Prevê-se neste artigo a possibilidade de serem decretados arrolamentos especiais, cabendo a sua especialidade na circunstância de o seu decretamento não estar dependente da alegação e prova do justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou de documentos, bastando a prova sumária quanto à probabilidade séria da existência do direito invocado.

É que, neste caso, a situação de conflito que normalmente acompanha o tipo de situação em causa faz presumir o periculum in mora, quer no plano a prova, quer no da alegação.

Esta providência depende então do preenchimento de dois requisitos:

- O cônjuge requerente deve provar que é (ou foi) casado com o cônjuge requerido;
- O cônjuge requerente deve demonstrar que existe a probabilidade séria de os bens que pretende arrolar serem comuns ou, pelo contrário, próprios, estando, no entanto, os mesmos sob a administração do cônjuge requerido;

Sendo requerido como preliminar ou incidente da ação de divórcio, o arrolamento pode ter como objeto, para além dos bens próprios do requerente que se encontrem na posse do outro cônjuge, os bens do casal a ser partilhados e “tem como finalidade garantir que tais bens existam no momento em que se efetue a partilha”.

Nos casos em que o arrolamento seja requerido após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação principal já é exigido ao requerente que alegue factos que demonstrem a existência de periculum in mora, por aplicação geral do **artigo 403º/1**. A dispensa de alegação de um justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens apenas tem lugar nos casos em que o arrolamento é requerido como preliminar ou incidente de uma ação de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou de anulação de casamento.

**Nota:** este regime especial do arrolamento não é aplicável às uniões de facto, face à inexistência de património comum que seja suscetível de ser partilhado.

### **8.3. A restituição provisória da posse**

A restituição provisória da posse é uma providência cautelar que, sendo dependente de uma ação possessória ou de reivindicação, permite ao possuidor ser restituído provisoriamente à sua posse nas situações em que se verifique um esbulho violento da coisa que ele possuía.

Nos termos do **artigo 377º**, em caso de esbulho violento, o possuidor pode pedir que seja restituído provisoriamente à sua posse, alegando, para o efeito, os factos que constituem a posse, o esbulho e a violência.



Paralelamente, dispõe o **artigo 1279º, CC** que “o possuidor esbulhado com violência tem o direito a ser restituído provisoriamente à sua posse, sem audiência do esbulhador”

Se o juiz reconhecer, pelo exame das provas, que o requerente tinha a posse e que foi dela esbulhado violentamente, deve ordenar a restituição provisória de posse, sem citação nem audiência do esbulhador (**artigo 378º**).

Assim, esta providência, além de conceder ao lesado a possibilidade de obter, e forma célere e eficaz, a devolução da posse, impede igualmente a “persistência da situação danosa e o agravamento dos danos”.

A execução da decisão e restituição provisória de posse implica uma intromissão grave na esfera jurídica do requerido, na medida em que impõe a retirada da posse da coisa alegadamente esbulhada e a sua entrega ao requerente, não havendo lugar a contraditório prévio, nem sendo admissível a substituição da providência cautelar de restituição provisória de posse por caução.

→ A providência cautelar de restituição provisória da posse assume, simultaneamente, uma **natureza declarativa e executiva**, na medida em que, uma vez decretada, efetiva-se por si mesma, sem necessidade de recurso a uma ação executiva para que o possuidor obtenha a restituição da coisa de que foi esbulhado.

A restituição provisória da posse depende do preenchimento de três requisitos:

- Posse
- Esbulho
- Violência

Com efeito, o requerente desta providência cautelar deve alegar que era detentor legítimo de um determinado bem, móvel ou imóvel, e que foi dele privado através de um esbulho praticado com violência.

O benefício da providência é concedido ao possuidor “não em atenção a um perigo de dano iminente, mas como compensação da violência de que o possuidor foi vítima (regra *spoliatus ante omnia restituendus*).

Mingua aqui, excepcionalmente, a característica de *periculum in mora*, já que o autor não carece de alegar e provar que corre um risco, que é exposto à ameaça de um dano jurídico com a demora da posse, bastando-lhe alegar e provar os pressupostos desta ação cautelar.

## A posse

A posse traduz-se no exercício de poderes de facto sobre uma coisa por forma correspondente ao direito de propriedade ou de outro direito real de gozo (**artigo 1251º, CC**), como o usufruto a servidão, o penhor, etc.

A posse<sup>5</sup> depende da existência de dois elementos:

- **Corpus – elemento material:** exercício dos poderes correspondentes ao direito sobre a coisa. Pode entender-se que este exercício de poderes pressupõe atos materiais efetivos sobre a coisa (ter efetivamente a coisa nas mãos), ou que tem de haver apenas a possibilidade e exercer atos materiais efetivos sobre a coisa. Da doutrina maioritária retira-se a conceção de corpus como relação social, não traduzida em atos materiais.
- **Animus – elemento psicológico:** vontade do possuidor de atuar como titular do direito:
  - Animus domini: intenção e atuação similar à de um proprietário;
  - Animus possidendi: intenção e atuação como possuidor;
  - Animus sibi habendi: intenção de detenção da coisa;

<sup>5</sup> A posse contrapõe-se à detenção, já que esta implica o reconhecimento do direito de outrem por parte de quem exerce o poder sobre a coisa. Embora seja idêntica à posse nas suas manifestações apenas há corpus, não há animus.

A providência cautelar de restituição provisória da posse deverá ser decretada desde que o julgador formule um juízo de mera probabilidade quanto à verificação da posse, isto é, o tribunal deve certificar-se de que o autor é, aparentemente titular do direito que invoca (*fumus boni iuris*).

**Nota:** Esta providência pode ser requerida não só pelo possuidor em nome próprio, como também por alguns possuidores em nome alheio como o locatário, o comodatário e o depositário. Tem também legitimidade ativa os herdeiros do esbulhado (**artigo 1281º/2, CC**), da mesma forma que os herdeiros do esbulhador têm legitimidade passiva.

## O esbulho

O esbulho verifica-se nos casos em que a pessoa é privada, total ou parcialmente, do exercício da retenção ou fruição do objeto possuído, ou seja, quando fica privada de exercer a sua posse ou os direitos que tinha anteriormente.

O esbulho pressupõe que o possuidor foi privado da posse, isto é, que foi colocado em condições de não poder continuar a exercer a posse. Pode ser parcial, ou seja, verificar-se só em relação a uma parte da coisa, como sucede quando alguém se apropria de uma parte de um prédio rústico que outrem possui, murando-a por exemplo.

O esbulho abrange, por isso, os atos que impliquem a perda da posse contra a vontade do possuidor e que assumam proporções de tal modo significativas que impeçam a sua conservação.

Nos termos do **artigo 1238º, CC** “é havido como nunca perturbado ou esbulhado o que foi mantido na sua posse ou a ela foi restituído judicialmente”. Assim, a restituição provisória da posse poderá ser injustificada por inexistência de esbulho, nas situações em que a coisa possuída tenha sido apreendida

- Por via do cumprimento de uma ordem judicial;
- No âmbito de uma ação executiva para entrega de coisa certa;
- Nos casos em que se verifique uma mera turbação<sup>6</sup> da posse, isto é, quando os atos de terceiro apenas dificultem o exercício do poder de facto sobre uma coisa, poder esse que, no entanto, se mantém na esfera do possuidor;

## A violência

Relativamente a violência, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a dividir-se quanto à questão de saber se a violência no esbulho só pode ser exercida sobre a pessoa do possuidor, ou se pode igualmente recair sobre a coisa possuída. Existem duas correntes:

- **Corrente mais restritiva:** a violência só pode ser exercida sobre as pessoas, isto é, haverá violência no esbulho quando tenha havido coação física ou moral diretamente sobre a pessoa do esbulhado recair sobre a própria coisa possuída;
- **Corrente mais ampla:** a violência no esbulho pode, igualmente, recair sobre as coisas, desde que, independentemente de o esbulhado ter ou não estado presente no momento do esbulho, essa ação constitua um “meio de coagir o esbulhado a suportar uma situação contra a sua vontade”, isto é, quando os contornos do ato ou meios utilizados “traduzam um cariz intimidatório, de ameaça latente, que pode vir a repercutir-se sobre o esbulhado, impedindo-o de aceder ou utilizar a coisa possuída”.

De acordo com esta orientação, ainda que o ato seja praticado sobre a coisa, não haverá violência se esse ato não produzir no esbulhado qualquer constrangimento psicológico no sentido de afetar a sua liberdade no gozo da coisa.

**Exemplos:** mudar a fechadura, derrube de um portão, etc.

---

<sup>6</sup> A turbação não priva o possuidor de continuar a possuir. “O que sucede é que o possuidor foi incomodado, viu a sua pose embaraçada e disputada” (Alberto dos Reis). A turbação é menos que o esbulho, mas mais que a simples ameaça. Para que um certo ato constitua turbação, há de prejudicar o exercício da posse, mas não tanto que o possuidor fique privado dela, pois então temos esbulho.

Aquilo que se exige para efeitos de restituição provisória e posse é que a violência seja caracterizadora do próprio esbulho. Por conseguinte, a providência cautelar de restituição provisória de posse só poderá ser decretada desde que o julgador se convença, ainda que de forma indiciária, que o requerente tinha a posse de uma determinada coisa e que foi dela esbulhado de forma violenta.

O **artigo 379º** prevê que “ao possuidor que seja esbulhado ou perturbado o exercício do seu direito sem que ocorram as circunstâncias previstas no **artigo 377º**, é facultado, nos termos gerais, o procedimento cautelar comum.

O **artigo 379º** trata sobretudo de duas situações:

1. O possuidor é esbulhado sem violência;
2. Não há esbulho, mas mera perturbação da posse;

No primeiro caso, o possuidor merece ser restituído na posse, mas não lhe é facultado o meio especificado de restituição provisória. Merece ser restituído porque houve esbulho, apesar de este não ter sido violento, o que quer dizer que houve privação total ou parcial da posse.

No segundo caso, o possuidor merece ser mantido na posse, que o ato de perturbação não eliminou.

Em ambos os casos, não se reúnem os critérios para que seja aplicável a restituição provisória da posse, só sendo possível aplicar o procedimento cautelar comum. Trata-se de providências que antecipam a decisão definitiva de restituição ou manutenção, satisfazendo provisoriamente o interesse do requerente esbulhado ou perturbado.

Três grandes diferenças de regime se observam, em comparação com a providência de restituição provisória da posse:

1. O requerido será, em princípio, previamente ouvido (**artigo 366º/1**);
2. O requerente terá de alegar e provar o periculum in mora e o princípio da proporcionalidade (**artigo 374º/2**);
3. Não têm os herdeiros legitimidade passiva para o procedimento, visto que não a têm para a ação de manutenção;

#### 8.4. A suspensão de deliberações sociais

Determina o **artigo 380º/1** que, se alguma associação ou sociedade, seja qual for a sua espécie, tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato, qualquer sócio pode requerer, no prazo de dez dias, a suspensão da execução dessas deliberações, desde que, para tal, justifique a sua qualidade de sócio e demonstre que essa execução é suscetível de causar um dano apreciável.



Esta providência cautelar permite antecipar determinados efeitos jurídicos resultantes da sentença declarativa de nulidade ou de anulação da deliberação social ao impedir a execução da deliberação inválida e a consequente produção de efeitos negativos na esfera jurídica do requerente da providência cautelar ou da própria associação ou sociedade em causa.



Para fazer valer o direito de impugnação e deliberações sociais é necessário tempo, resultando dessa morosidade o risco de as deliberações se irem desde logo executando, portanto criando direitos e obrigações que a anulabilidade que há-de vir a ser decretada não pode praticamente atingir.

Nesta perspectiva, a suspensão de deliberações sociais traduz-se num “procedimento preparatório” da ação de anulação de deliberações societárias que sejam contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato.

Nos termos da **LOSJ**, a competência material para decretar esta providência, difere consoante se a providência cautelar:

- Visar a suspensão de uma sociedade comercial ou de uma sociedade civil sobre a forma comercial, é materialmente competente para o conhecimento da providência o juízo do comércio, sendo, por isso, absolutamente incompetente o juízo cível (**artigos 78º/1, c e 128º/1, d**);
- Visar a suspensão e uma outra sociedade, associação ou pessoa coletiva de natureza diversa, é materialmente competente o juízo cível;

Para que seja admissível o recurso a esta providência cautelar, torna-se necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- Estar em causa uma deliberação societária que seja inválida, por violar a lei, os estatutos ou o contrato-fumus boni iuris;
- Ter o requerente a qualidade de sócio ou de associado da pessoa coletiva em causa;
- Não ter a deliberação sido já executada;
- Resultar da execução dessa deliberação a produção de um dano apreciável – periculum in mora;

### **Deliberação societária inválida**

A invalidade da deliberação societária que se pretende impugnar corresponde ao fumus boni iuris a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Com efeito, esta providência será justificada quando se encontre demonstrada, ainda que de forma indiciária, a invalidade da deliberação societária, por violação da lei, dos estatutos ou do contrato de sociedade. A nossa jurisprudência entende desta forma, sendo suficiente um juízo de probabilidade quanto à invalidade da deliberação societária.

Por outro lado, há quem defenda que é exigível que o juiz tenha uma convicção positiva nítida no sentido da irregularidade e, portanto, da nulidade das mesmas deliberações.

### **Qualidade de sócio ou associado**

A suspensão e deliberações sociais só pode ser requerida por um sócio da respetiva sociedade ou associação quem naturalmente, não tenha votado em sentido favorável à deliberação impugnada.

O sócio deve ter essa qualidade à data da deliberação e à data do pedido de suspensão, para o que deve fazer prova, ainda que sumária, desse facto na petição inicial.

Para a apreciação deste requisito, é suficiente um juízo de mera probabilidade e verosimilhança, ou seja, não se exige uma prova exaustiva quanto à qualidade do requerente enquanto sócio ou associado da requerida.

### **Atualidade da deliberação**

Esta providência visa paralisar uma deliberação que ainda não tenha sido executada, impedindo, dessa forma, a produção de danos futuros.

Deste modo, só podem ser suspensas as deliberações que ainda não tenham sido completamente executadas.

Há uma divergência jurisprudencial e doutrinária quanto a saber quando é que uma deliberação deve ser qualificada como já tendo ou não sido executada. Quanto a isto, a justificabilidade da providência cautelar deve ser valorada em função da distinção entre deliberações de execução imediata e deliberações de execução continua ou permanente:

- **Deliberações de execução imediata:** a mera execução da deliberação prejudica, por si só, a possibilidade de suspensão da deliberação;

- **Deliberações de execução continua ou permanente:** é admissível a suspensão de deliberações sociais já executadas quando a execução revestir um caráter contínuo e permanente ou quando aquelas, apesar de já terem sido executadas, continuem a produzir efeitos danosos.

### **Receio da produção de um dano apreciável**

Pressupõe-se a existência de um fundado receio de que venha a ser produzido um dano apreciável, em consequência da execução de uma determinada deliberação – *periculum in mora*.

Assim, para que esta providência cautelar seja decretada, não se exige a produção de danos irreparáveis ou de difícil reparação em consequência da execução da providência cautelar inválida, sendo suficiente, ao invés, a possibilidade de produção de um dano apreciável, dano esse que respeita à possibilidade de prejuízos imputáveis à demora do processo comum de anulação de deliberação social, de que o processo cautelar em causa é dependência.

A verificação de “dano apreciável” exige a alegação de factos objetivos que permitam demonstrar a existência de um receio fundado quanto ao perigo de produção desse dano. Para que seja decretada a providência cautelar, não se exige a verificação de um dano concreto e quantificável, mas sim a existência de indícios circunstanciais que levem a concluir pelo maior ou menor grau de probabilidade da ocorrência dos factos apontados como danosos, bem como da importância ou relevância do eventual dano para o poder qualificar de “apreciável”.

O dano não tem, também, que ser material, podendo, outrossim, resultar da própria natureza da deliberação (Ex: deliberação de destituição de um administrador ou de um cargo de direção).

Na apreciação deste requisito exige-se a prova da certeza ou de uma probabilidade muito forte do dano, por força da execução da deliberação. Para tanto, o requerente deve alegar factos concretos que permitam aferir da existência dos prejuízos e da correspondente gravidade.

Ao abrigo do **princípio da proporcionalidade**, mesmo que a deliberação social seja (aparentemente) contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode decidir não suspendê-la desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da sua execução (**artigo 381º/2**).

Para a apreciação do juízo de equilíbrio dos interesses, supomos razoável atender-se, não só ao grau do prejuízo que um ou outro pode sofrer, mas ao volume dos próprios interesses em jogo, quer no ponto de vista da sua extensão, quer no número dos respetivos titulares.

Assim, será dada certa preferência ao interesse social sobre o individual, e ao interesse do maior número de sócios e de ações sobre o menor número.

No que diz respeito aos **efeitos** dispõe o **artigo 381º/3** que, após a citação, e enquanto não for julgado em primeira instância o pedido de suspensão, a requerida não pode executar a deliberação impugnada. Isto é, gera-se a criação e uma obrigação de não execução da deliberação objeto da providência, suspendendo, desde logo, a eficácia executiva da deliberação.

Relativamente ao alcance deste preceito, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a dividir-se em duas teses:

- 1- A requerida, após a citação, fica impedida de executar a deliberação impugnada, ou seja, a citação produz os mesmos efeitos do decretamento da providência cautelar, sendo, por isso, ilegais os atos de execução da deliberação, praticados após a citação.
- 2- A citação da requerida não tem a virtualidade de antecipar os efeitos que são próprios da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. Se a requerida, uma vez citada, executar a deliberação social impugnada, esses atos de execução são válidos, mas a requerida e/ou os seus representantes legais respondem civilmente pelas consequências danosas que resultem da execução da deliberação.

É evidente que o efeito suspensivo da citação assegura melhor os interesses deste, pois permite-lhe, segundo certa doutrina, invalidar/travar os efeitos a quaisquer atos praticados depois da citação em execução da deliberação em causa.

De outra banda, porém, encontrar-se-ia o interesse oposto da sociedade em evitar a paralisia da vida social, por parte de um requerente movido, por vezes, por interesses egoístas ou mesmo maliciosos.

Pela opinião de Marco Carvalho Gonçalves, com a citação da requerida, torna-se ineficaz qualquer ato de execução da deliberação impugnada, sob pena de ficar definitivamente comprometido o efeito útil que se visava garantir com o recurso à providência cautelar. É certo que a paralisação da vida da requerida pode implicar a produção de danos irreparáveis ou de difícil reparação, mas há que lembrar que os interesses da requerida ficam devidamente salvaguardados pelo regime do **artigo 374º/1** já que, se a providência caducar ou vier a ser julgada injustificada, o requerente responderá pelos danos causados à requerida, quando não tenha agido com a prudência normal.

**Nota:** a suspensão de deliberações sociais não pode ser substituída por caução, não só porque a lei não o admite, mas também porque as finalidades desta diligência não se coadunam com a sua substituição por uma garantia patrimonial.

Relativamente à **improcedência da ação** principal, sendo a ação principal (de anulação da deliberação societária reputada de inválida) julgada improcedente, tudo se passa como se a providência de suspensão da deliberação não tivesse sido decretada, ou seja, verifica-se uma eliminação retroativa dos efeitos da media cautelar.

No que toca à **inversão do contencioso**, o **artigo 376º/4** prevê a aplicabilidade do regime da inversão do contencioso à providência cautelar da suspensão de deliberações sociais.

Contudo, esta providência cautelar apresenta especificidades no tocante à aplicação deste regime.

A regra prevista no **artigo 371º/1** é a de que, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido deve ser notificado para, querendo, intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado, no prazo de 30 dias, após essa notificação.

Porém, o **artigo 382º/1** estabelece que, tendo sido decretada a inversão do contencioso, o prazo de 30 dias começa a correr com a notificação da decisão judicial de suspensão da deliberação ou, sendo obrigatório, com o registo da decisão judicial.

O interesse do legislador foi o de acelerar a composição definitiva do litígio, isto é, a estabilidade da ordem jurídica quanto à deliberação societária objeto de impugnação.

A ação de impugnação da existência do direito acautelado pode ser intentada quer pela sociedade, quer por qualquer sócio que tenha votado no sentido que fez vencimento ou posteriormente aprovou a deliberação, expressa ou tacitamente.

## 8.5. O embargo de obra nova

De acordo com o **artigo 397º/1**, quem se julgar ofendido no seu direito de propriedade, em qualquer direito real ou pessoal de gozo, ou na sua posse, em resultado de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace causar prejuízo, pode requerer, no prazo de 30 dias a contar do conhecimento desse facto, que a obra, trabalho ou serviço seja mandada suspender imediatamente.

O **artigo 397º/2** permite, ainda, que o embargo de obra nova seja realizado por via extrajudicial, na presença de duas testemunhas mediante notificação verbal direta ao dono da obra, encarregado ou quem o substituir, para não continuar a obra, trabalho ou serviço.

Nesse caso o embargo extrajudicial deverá ser ratificado judicialmente no prazo de 5 dias, sob pena de caducar (**artigo 397º/3**).

Trata-se de uma providência cautelar que procura regular provisoriamente um litígio, garantindo a “estabilização da situação de facto” até que o direito seja declarado e reconhecido na ação principal de que a providência depende.

Com efeito, esta providência cautelar visa impedir a violação (ou a continuação da violação) de um direito real ou pessoal de gozo ou da posse em virtude da execução de uma obra, trabalho, ou serviço, isto é, tem como objetivo principal “suspender provisoriamente uma obra cuja suspensão definitiva ou cuja demolição possa vir a ser decretada na ação”.

Para que o embargo de obra nova possa ser decretado, torna-se necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- Execução de uma obra, trabalho ou serviço novo, que não se mostre já concluído;
- Ofensa de um direito real ou pessoal e gozo ou da posse em consequência dessa obra;
- Existência de um prejuízo ou ameaça de prejuízo;

### **Execução de uma obra, trabalho ou serviço novo, que não se mostre já concluído**

Para que seja possível decretar uma providência cautelar de embargo de obra nova é necessário, desde logo, que se tenha iniciado a execução de uma obra, trabalho ou serviço.

Neste sentido, esta providência será injustificada se a obra ainda não se tiver iniciado, como sucede nos casos em que apenas exista um projeto de construção ou em que estejam em causa atos meramente preparatórios da obra (ex: obtenção das respetivas licenças de construção, deposição no local da obra, dos materiais e equipamentos necessários à sua execução).

De igual modo, esta providência cautelar só pode ser decretada desde que a obra não se encontre concluída aquando do decretamento da providência, sendo irrelevante que o dono da obra afirme que não tenciona terminá-la ou completá-la.

Estando em causa um embargo extrajudicial de obra nova, aquilo que releva é que a obra ainda não se encontre concluída aquando da realização do embargo, sendo indiferente o facto de a obra já se encontrar concluída por ocasião da ratificação do embargo. A obra deve considerar-se concluída quando apenas lhe faltarem alguns trabalhos secundários ou complementares, tais como rebocar os interiores, proceder à colocação de portas e janelas ou pintar o exterior de um prédio.

É ainda necessário que esteja em causa uma obra, trabalho ou serviço efetivamente “novo”, isto é, que implique uma “modificação substancial da coisa”, não sendo, por isso, admissível o recurso a este meio cautelar para o embargo de uma obra que se traduza em “meras modificações superficiais ou na mera reconstrução de uma situação preexistente”. Com efeito, o embargo de obra nova só pode ser requerido contra a execução e obras relevantes, encontrando-se excluídas as meramente secundárias, os acabamentos ou o aproveitamento de obras anteriores.

Constituem obras, trabalhos ou serviços suscetíveis de embargo de obra nova, entre outros:

- A construção de um edifício;
- A abertura de um vão de porta na parede de um prédio contíguo ao do requerente;
- A demolição de uma parede meeira;
- O corte de árvores;
- A destruição da camada vegetal de um prédio rústico;
- A execução de trabalhos de terraplanagem;
- A abertura de uma cave;
- A abertura de valas;
- A extração de areia ou de outros materiais inertes do leito de um rio ou das suas margens;
- ...

### **A ofensa de um direito real ou pessoal de gozo ou da posse em consequência dessa obra**

Da execução da obra, trabalho ou serviço novo tem de resultar a ofensa de um direito real ou pessoal de gozo, ou da posse.

O embargo de obra nova encontra justificação sempre que dela decorra uma limitação ao uso e fruição da coisa, ainda que esse direito já se achasse legalmente comprimido.

O embargo de obra não será injustificado quando a ação principal correlativa não tenha por objeto a “defesa ou reconhecimento do direito de gozo ou da posse sobre a coisa”.

Pressuposta a urgência associada ao decretamento desta providência cautelar, a sua natureza não comporta uma análise aprofundada e detalhada quanto à titularidade efetiva do direito de que o requerente se arroga titular, cabendo ao julgador da ação principal a tarefa de apreciar circunstanciadamente a titularidade de tal direito. É, então, suficiente, a verosimilhança do direito que se diz ameaçado.

O prejuízo associado ao embargo de obra nova encontra justificação na ofensa de direito alheio, não sendo necessária a prova de que da obra resultam “perdas e danos” para o requerente.

Importa ainda salientar que não constitui obstáculo ao decretamento da providência cautelar o facto de a obra se encontrar devidamente licenciada pela respetiva licença de construção.

### **Existência de um prejuízo ou ameaça de prejuízo**

Pressupõe-se a existência de uma obra, trabalho ou serviço novo que cause ou ameace causar prejuízo. O embargo pode ser decretado desde que se verifique, pelo menos, a possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, ou seja, não pode ser decretado o embargo de obra nova se o prejuízo já se verificou, ainda que possa vir a ser agravado pela obra em curso.

Para que este requisito se encontre preenchido, isto é, para que a obra cause um prejuízo, basta que ofenda o direito de propriedade, a posse ou a fruição do embargante, não exigindo a ocorrência de danos efetivos.

Se o elenco de factos alegados e provados não permitir demonstrar a existência de um justo receio de lesão iminente, nesse caso o tribunal não deve decretar o embargo de obra nova.

Com efeito, ainda que o requerente do embargo de obra nova se encontre dispensado de alegar e provar os danos concretos que para ele resultam do começo de uma obra, trabalho ou serviço novo, já o deve fazer em relação aos factos em que se traduz ou virá a traduzir a violação do seu direito, isto é, da forma como será prejudicado ou ofendido esse direito através da execução da obra nova.

Formando o julgador um juízo de verosimilhança quanto ao preenchimento destes requisitos processuais, deve ser deferida a providência cautelar sem o contraditório prévio do requerido, procedendo-se ao decretamento do embargo de obra nova ou à ratificação do embargo que tiver sido efetuado extrajudicialmente. Nesse caso, o embargo é feito ou ratificado através de um auto, no qual se deve proceder à descrição, tão minuciosa quanto possível, do estado da obra e da sua medição, sendo o dono da obra ou o encarregado notificado para não a continuar (**artigo 400º/1**).

Se, à revelia da providência decretada, o embargado continuar a obra, o embargante pode requerer ao tribunal que a parte inovada seja destruída, situação em que o requerido, uma vez comprovada a continuação da obra será obrigado a fazê-lo (**artigo 402º**).

Nesse caso, o despacho que ordene a reposição da obra no estado anterior à inovação constitui um título executivo.

Nos termos do **artigo 401º**, o requerido pode ser autorizado a continuar a obra embargada quando se reconheça que a sua demolição restituirá o embargante ao estado anterior à continuação ou quando o prejuízo resultante da paralisação da obra é muito superior ao que poderá advir da sua continuação, desde que preste caução.

Por prejuízo resultante da paralisação da obra, entende-se todo e qualquer prejuízo a que fica exposto o dono da obra pelo facto de ela não continuar, não só o prejuízo que se repercute na obra em si mesma (ex: porque a demora inutiliza os materiais ou põe em perigo a construção), como os extrínsecos à mesma, derivados da suspensão.

Ponderados os interesses de todos os intervenientes, o embargo de obra nova não deve ser decretado quando os prejuízos do embargante e do embargado sejam sensivelmente iguais ou quando a superioridade resultante da paralisação seja pouco acentuada.

## 8.6. Arbitramento de reparação provisória

A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória permite antecipar o efeito jurídico pretendido na ação principal e visa garantir a tutela do direito em situações manifestamente graves.

Esta providência assume uma natureza marcadamente social face à comprovada insuficiência da tutela jurisdicional para prevenir todas as consequências danosas.

Esta providência cautelar permite:

- Evitar o protelamento da decisão final
- Garantir a sustentabilidade económica do requerente, até que essa decisão revista um carácter definitivo;

Daí que a lei, através desta providência, possa impor a quem é presumivelmente responsável pela obrigação de indemnizar o sacrifício de, antecipadamente, reparar provisoriamente os danos sofridos pelo lesado em consequência da lesão.

Dispõe o **artigo 388º, CC** (+ **artigo 565º, CC**) que como dependência da ação de indemnização fundada em morte ou lesão corporal, os lesados, bem como os titulares do direito a que se refere o **artigo 495º/3, CC**, podem requerer o arbitramento de quantia certa, sob a forma de renda mensal, como reparação provisória do dano.

Nos termos do **artigo 388º/4**, este regime é igualmente aplicável aos casos em que a pretensão indemnizatória se funde em dano suscetível de pôr seriamente em causa o sustento ou a habitação do lesado.

Esta providência, pela sua natureza, só se aplica às pessoas singulares.

O decretamento desta providência cautelar depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

- Existência de indícios suficientemente fortes quanto à obrigação de indemnizar por parte do requerido;
- Verificação de uma situação de necessidade;
- Nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo requerente e a situação de necessidade que fundamenta o recurso à tutela cautelar;

### **Existência de indícios suficientemente fortes quanto à obrigação de indemnizar por parte do requerido**

O **artigo 388º** pressupõe a existência de uma obrigação de indemnizar, desde que a ação de indemnização e que essa providência depende se funde em morte ou lesão corporal, ou ainda em dano que seja suscetível de pôr seriamente em risco o sustento e a habitação do lesado.

Neste contexto, o arbitramento de reparação provisória só será justificado se se encontrar suficientemente indiciada a obrigação de indemnizar por parte do requerido.

Esta providência depende de uma ação principal que tem por objeto o pagamento de uma indemnização, pelo que basta ao requerente da tutela cautelar fazer prova sumária da titularidade do direito à indemnização.

A providência será manifestamente injustificada se a ação principal já tiver sido decidida em sentido desfavorável ao requerente.

### **Verificação de uma situação de necessidade**

Para que a tutela cautelar seja concedida sob a forma de uma quantia mensal provisória aos titulares do direito à indemnização, o lesado tem de se encontrar numa situação de carência económica resultante do facto de ter sofrido determinados danos em consequência do facto lesivo.

Com efeito, o periculum in mora inerente a esta providência cautelar reside, precisamente, na verificação de uma situação de necessidade (**artigo 388º/2**). Esta será uma situação de “necessidade económica”, que toma por referência, em princípio, o sustento, habitação e vestuário do lesado. Tem-se também em conta as

situações em que a morte ou lesão corporal grave é acompanhada de uma redução nos ganhos que afete seriamente a satisfação das necessidades básicas do lesado e do seu agregado familiar.

Não é possível requerer-se o arbitramento e uma reparação provisória tendo em vista o ressarcimento dos danos de natureza patrimonial que, apesar de serem importantes para o requerente, não assumem a grandeza dos direitos e valores que o legislador quis tutelar.

Importa ainda salientar que a indemnização a ser fixada provisoriamente não tem de se circunscrever às necessidades do lesado em sede de sustento, habitação e vestuário. Deve igualmente contemplar qualquer outra necessidade do lesado, tomando por referência o seu estilo de vida, desde que este não disponha de outro meio económico para se satisfazer.

A questão fundamental que aqui se levanta é a de saber qual a **medida da “situação de necessidade”**. Na apreciação deste requisito deve ser utilizado um critério de razoabilidade – a medida do arbitramento de reparação provisória deve ser fixada segundo um critério de equidade, sendo certo que o tribunal, na avaliação da situação de necessidade, deve atender de modo particular às condições normais da vida do lesado e avaliar em que medida os danos sofridos em consequência da lesão condicionaram a vida do lesado e das pessoas que dele estão dependentes.

A prova relativa à situação de necessidade não tem de ser exaustiva, sendo suficiente um juízo de probabilidade quanto ao facto de o requerente se encontrar nessa situação.

### **Nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo requerente e a situação de necessidade que fundamenta o recurso à tutela cautelar**

Deve verificar-se um nexo de causalidade entre a situação atual de necessidade em que se encontra o lesado e os danos que o mesmo sofreu em consequência do facto danoso, ou seja, o estado de necessidade deve resultar do dano gerador de uma das obrigações de indemnização previstas no **artigo 388º**.

Assim, se o requerente já se encontrava em situação de necessidade antes de recorrer à tutela cautelar, não terá direito, em princípio, ao arbitramento de uma quantia mensal a título de reparação provisória.

Contudo, o recurso à providência cautelar será já admissível não só nas situações em que, existindo outras causas, o facto danoso contribuiu ou agravou a situação de carência, como também nos casos em que o facto danoso agravou a situação de carência pré-existente.

Em suma, se a matéria de facto constante do processo permitir ao tribunal concluir, num juízo sumário, que o requerido será condenado, com um alto grau de probabilidade, a ressarcir os danos sofridos pelo requerente e que a situação de necessidade em que se encontra não é compatível com a delonga normal do processo judicial, tal será suficiente para que o tribunal arbitre uma reparação provisória a ser liquidada ao requerente, cujo montante deverá ser suficiente para garantir a sua subsistência até que seja proferida uma decisão com carácter definitivo na ação principal.

Para além desses requisitos específicos, é ainda necessário que se encontrem preenchidos os requisitos gerais das providências cautelares à probabilidade de existência do direito à indemnização do requerente (*fumus boni iuris*) bem como a verificação de uma situação de carência que não se compadeça com as delongas do processo judicial (*periculum in mora*).

No respeitante aos **efeitos** da decretação da providência, é importante ter em atenção o montante indemnizatório.

Dispõe o **artigo 388º/3** que este deve ser fixado equitativamente pelo tribunal, para o que poderá tomar em consideração vários critérios ponderativos tais como as circunstâncias particulares do caso concreto, o rendimento auferido pelo lesado antes da produção do facto danoso, o estilo de vida do lesado e o valor provável da indemnização que será arbitrada na ação principal.

Contudo, tendo em conta os riscos decorrentes da apreciação sumária que caracteriza a tutela cautelar, a renda mensal deve ser arbitrada de forma regrada, prudente e com recurso à equidade, impondo-se que se atendam na sua fixação não só às necessidades do requerente, como também aos meios que o requerido dispõe para prover à satisfação das carências do requerente.

Mostrando-se esgotado o capital máximo fixado numa providência cautelar de arbitramento de reparação provisória e se o requerente continuar em situação de necessidade, nada obsta a que seja requerida uma nova providência cautelar de arbitramento de reparação provisória, desde que se encontrem preenchidos os requisitos de que a lei faz depender o seu decretamento.

Não sendo efetuado o pagamento da quantia arbitrada mensalmente, a decisão judicial que tiver decretado o arbitramento de reparação provisória é imediatamente exequível, nos termos do **artigo 389º/2**.

## 8.7. Entrega judicial de locação financeira

Para obviar à ocorrência generalizada de situações de *periculum in mora* decorrentes de incumprimento de contratos de locação financeira, para permitir aos agentes económicos o acesso mais fácil a determinado tipo de bens e para proteger os interesses de mercado associados a esta nova forma de financiamento, reduzindo os riscos para o locador com a deterioração ou perda da coisa locada, o legislador instituiu uma providência cautelar especificada de natureza antecipatória, consistente na entrega judicial do bem locado ao requerente nos casos em que o locatário não procedesse à restituição do bem locado, depois de extinta a relação contratual, por resolução ou por caducidade.

Prevê o **artigo 21º do DL 149/95** que “se, findo o contrato por resolução ou pelo decurso do prazo sem ter sido exercido o direito de compra, o locatário não proceder à restituição do bem ao locador, pode este, após o pedido de cancelamento do registo da locação financeira, a efetuar por via eletrónica sempre que as condições técnicas o permitam, requerer ao tribunal providência cautelar consistente na sua entrega imediata ao requerente.”

A providência tem apenas como objeto a entrega imediata da coisa locada ao requerente. O cancelamento que anteriormente fazia parte do objeto da providência, passou a ser efetuado em momento posterior à propositura do procedimento cautelar, sendo suficiente para esse efeito a prova da comunicação da resolução do contrato de locação financeira à outra parte, nos termos gerais (**artigo 17º, DL**).

Por outro lado, o **artigo 21º/7** estatui que o tribunal pode antecipar a apreciação do mérito da causa no próprio procedimento cautelar, evitando-se dessa forma, a propositura desnecessária de ações judiciais com vista ao reconhecimento do incumprimento e da resolução do contrato e locação financeira.

Com efeito, estabelece este artigo que “Decretada a providência cautelar, o tribunal ouve as partes e antecipa o juízo sobre a causa principal, exceto quando não tenham sido trazidos ao procedimento, nos termos do **n.º 2º**, os elementos necessários à resolução definitiva do caso.”

Deixou de se justificar a imposição ao requerente da obrigação de intentar a ação principal, de que a providência cautelar depende, apenas para se impedir a caducidade da providência e a eventual responsabilização do requerente, salvo nos casos em que o julgador entenda que o procedimento cautelar não reúne todos os elementos necessários indispensáveis à antecipação da decisão de mérito, situação em que, mediante despacho devidamente fundamentado, deverá ordenar a notificação do requerente para os efeitos previstos nos **artigos 373º e 374º**.

Trata-se, por conseguinte, de um regime especial que, derogando a regra geral, visou antecipar o conhecimento do mérito da causa em sede cautelar, ao abrigo dos princípios da economia e da celeridade processuais.

Por força da alteração de regime que sofreu este DL ao longo do tempo, o procedimento previsto no **artigo 21º** deixou de revestir a natureza de procedimento cautelar *stricto sensu*, passando a configurar, ao invés, um procedimento abreviado ou simplificado de condenação definitiva do locatário a entregar a coisa locada ao respetivo locador.

---

<sup>7</sup> Com o requerimento, o locador oferece prova sumária dos requisitos previstos no número anterior, exceto a do pedido de cancelamento do registo, ficando o tribunal obrigado à consulta do registo, a efetuar, sempre que as condições técnicas o permitam, por via eletrónica.

## 8.8. Apreensão de veículos automóveis

A necessidade de conferir ao credor um mecanismo expedito que possibilitasse a recuperação do crédito, perante a inadequação ou a insatisfatória resposta fornecida pelos restantes meios, determinou a previsão de um procedimento cautelar específico - a apreensão e veículo automóvel contida no **DL 54/75**.

Esta providência só abarca determinados veículos, excluindo-se máquina agrícolas, aeronaves ou embarcações.

A providência de apreensão e veículos tutela duas situações:

- Existência de um crédito de natureza pecuniária que se encontre garantido por hipoteca sobre veículo automóvel, estando esse crédito vencido e verificando-se a falta do cumprimento da obrigação correspondente;
- Existência de contrato e alienação e veículo em que tenha sido convencionada a reserva de propriedade, e incumprimento das obrigações assumidas pelo adquirente que tenham condicionado essa reserva;

Atenta a relação de instrumentalidade quanto à ação de resolução do contrato a promover nos termos do **artigo 18º**, é necessário que se verifiquem antecipadamente os requisitos de que depende a procedência dessa ação, sendo necessária uma situação que se possa qualificar como incumprimento definitivo e não como simples mora.

Por opção do legislador, a providência de apreensão apenas serve as situações em que o credor se tenha precavido com uma cláusula de reserva de propriedade, já que o **artigo 15º/1** exige a verificação de uma situação de incumprimento das obrigações que originaram essa reserva.

Ao ter-se regulado autonomamente o processo de apreensão e veículo, surge a pertinente questão a determinação do regime jurídico processual aplicável, já que as regras especialmente criadas para este procedimento não esgotam toda a tramitação processual. Para os atos processuais em geral deve adotar-se as normas do CPC.

**Legitimidade ativa:** aquele que de acordo com o registo automóvel seja beneficiário da hipoteca ou titular da reserva de propriedade (**artigo 15º/1**)

**Legitimidade passiva:** aquele que tenha celebrado o contrato e efetuando-se a mesma independentemente de quem detenha o veículo.

Conforme a situação que se verificar e a relação de dependência quanto ao processo principal, assim devem ser alegados os factos de que a lei faz depender a resolução do contrato de alienação com reserva de propriedade ou a execução hipotecária para pagamento de quantia certa.

O pedido consistirá na apreensão do veículo e do certificado de matrícula<sup>8</sup>.

Para além da identificação e localização do veículo, nada obsta a que seja solicitada a sua colocação num local julgado apropriado para efeitos do **artigo 17º/1**, tal como não deve enjeitar-se a indicação de alguém com idoneidade para ser judicialmente designado seu depositário.

Quanto à possibilidade de ser determinada a audição do requerido, deve prevalecer a aplicação do regime especialmente previsto no diploma regulador da apreensão e veículos.

Daí concluímos no sentido de proceder de acordo com o **artigo 16º**, o qual, uma vez comprovados certos factos, normalmente por via documental, “o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo” com o significado de impedir a inserção da audiência do requerido entre um momento e outro.

---

<sup>8</sup> Em ordem à determinação da proibição de circulação do veículo.

Apesar do silêncio da lei, se não existirem documentos suficientemente esclarecedores da situação objetiva de incumprimento, nada obsta a que se indique prova testemunhal destinada a convencer o juiz da verificação dos factos de que a lei faz depender a apreensão.

Quanto à prova dos factos de que depende o decretamento da providência, basta-se com a formulação de um juízo de séria probabilidade acerca dos factos que lhe servem de fundamento.

A natureza do bem a apreender e a sua fácil mobilidade ou ocultação são suscetíveis de dificultar a rápida execução da diligência. Por isso, a lei previu a intervenção das autoridades policiais ou administrativas para este efeito.

Imediatamente após a efetivação da apreensão a secretaria deve extrair certidão do respetivo auto, documento que servirá para instruir o pedido de registo da apreensão na conservatória competente.

Conquanto não venha expressamente previsto na lei, o contraditório deve ser observado após a efetivação da apreensão, entregando-se ao requerido cópia da decisão e abrindo-lhe a possibilidade de a impugnar. É facultado ao requerido o uso dos meios de defesa do **artigo 388º**

## 8.9. Tutela urgente da personalidade

Frequentemente vemos os direitos de personalidade ameaçados ou mesmo postos em causa. Para fazer face a estas situações o **artigo 70º/2, CC** prevê a possibilidade de o indivíduo requerer as providências que se mostrem adequadas às circunstâncias do caso e que tenham por objetivo evitar a consumação ou, nos casos em que a ofensa já se mostre concretizada, atenuar os efeitos da mesma.

O processo especial de tutela da personalidade revela-se o meio idóneo para requerer as providências adequadas a evitar a consumação de ameaça ou atenuar os efeitos de ofensa já cometida aos direitos de personalidade (**artigo 878º e ss**).

Este regime jurídico privilegia uma tutela definitiva processual geral da personalidade humana fora das pretensões indemnizatórias. De facto, o autor fica impedido, face a uma violação iminente ou consumada de direitos de personalidade, e cumular, no âmbito deste processo especial, o pedido condenatório na abstenção de conduta ou na cessação de comportamento com um pedido indemnizatório de reparação de dano, isto é, o efeito útil pelo alegado lesado não pode consistir na condenação no pagamento de uma quantia a título de indemnização pelo dano sofrido.

Nesta confluência, e para além das vias já referidas, pode o lesado lançar mão do processo especial de tutela da personalidade de forma a evitar a consumação de ameaça ou atenuar os efeitos de ofensa já cometida quando estejam em causa ameaças/ofensas a direitos de personalidade.

Este é processo destinado a pessoas singulares que visa a tutela de todo e qualquer direito de personalidade – física ou moral.

Visa-se, por exemplo, a proibição ou inibição:

- De acesso a registos de informações ou dados da vida privada;
- De utilização, reprodução ou divulgação abusiva de imagem alheia;
- da publicação de livros, filmes ou outras criações intelectuais lesivas de direito de autor ou contenham graves ofensas à identidade ou à honra;
- Da colocação de máquinas ou maquinismos produtores de ruídos, cheiros, fumos, etc.);
- De condutas alegadamente ofensivas da honra, bom nome ou reputação
- A eliminação de registos ou de ficheiros, em linha, fora de linha, materiais ou digitais;
- A cessação da ofensa ao direito moral de autor;
- A condenação na declaração de desmentido;
- A condenação na cessação de ofensas à vida, integridade física, bom nome, reputação, identidade ou intimidade da vida privada, ou à liberdade das pessoas;

- A condenação na cessação da ofensa a outros *bens pessoais não tipificados*, protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça assumem um significado ilícito com a evolução da ciência e da tecnologia;
- A condenação na comunicação de factos a terceiros, ou de publicação nos meios de comunicação social, etc.).
- ...

Podem ser requeridas, ao abrigo do processo especial de tutela da personalidade, providências quer anteriores, quer posteriores à consumação da ofensa. Ou seja, podem ser requeridas providências quer preventivas, quer atenuantes. Desta forma, as providências de tutela da personalidade visam prevenir as ofensas ainda não cometidas ou atenuar as ofensas já consumadas.

- As **providências preventivas** impõem a necessidade de tutela antecipatória;
- As **providências atenuantes** são decretadas quando já não é possível evitar a consumação da ofensa, mas apenas atenuar os efeitos da ofensa já cometida

Para que seja decretada uma providência (preventiva ou atenuante) no âmbito do processo especial de tutela da personalidade, exige-se que o facto seja voluntário e ilícito, mas não se exige que seja culposo ou sequer danoso.

Exige-se, ainda que a ameaça seja direta, visando impedir proteção, por esta norma, das agressões patrimoniais as quais resultem danos não patrimoniais.

No tocante à concreta providência a adotar, estabelece o **artigo 878º** que deve ser decretada a providência concretamente adequada a evitar a consumação de qualquer ameaça ou a fazer cessar os efeitos da ofensa já cometida. Destarte, e apesar de já não estarmos perante um processo de jurisdição voluntária, é deixada ao julgador uma larga margem de discricionariedade que lhe permite decretar a providência que considere mais adequada para o caso sub judice, mas nunca ultrapassando o necessário para acautelar o direito de personalidade em questão, lesando o menos possível terceiros.

Decisivo para o efeito da boa ou da má qualificação da medida de tutela da personalidade requerida, quer nos termos do **artigo 70º, CC**, quer nos termos do **artigo 381º, CPC.**, é a sua *adequação às concretas circunstâncias do caso*, de modo a assegurar a efetividade do direito ameaçado ou a remoção da lesão já consumada

### **A cumulação de pedido indemnizatório com o pedido de decretamento de providências tutelares da personalidade**

Na prática, a verdade é que essa cumulação de pedidos continua impossibilitada devido à tramitação incompatível que revestem os pedidos. Esta é uma das razões (se não a principal razão) pelas quais o processo especial de tutela da personalidade é tão pouco utilizado na prática.

Na vida prática, e para contornar esta impossibilidade de cumular o pedido indemnizatório com o processo especial de tutela da personalidade, opta-se não raras vezes por um procedimento cautelar comum (que permite decretar a providência tutelar da personalidade, em substituição do processo especial de tutela da personalidade) e por uma ação principal comum que possibilite desde logo a formulação do pedido indemnizatório, permitindo apenas de uma vez a tutela da personalidade e a tutela indemnizatória. Assim, este processo especial é muitas vezes desconsiderado.

### **A possibilidade de cumulação da referida tutela da personalidade através do processo especial de tutela da personalidade com o requerimento de providências cautelares**

É uniforme na doutrina e na jurisprudência que se admite o decretamento de providências cautelares no âmbito do processo especial de tutela da personalidade. Desde que se mostrem cumpridos os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, pode ser decretada a providência que se mostre adequada a acautelar a situação concreta

As providências cautelares não se confundem com as providências que podem ser requeridas no âmbito do processo especial de tutela da personalidade, já que estas não contêm as características das providências cautelares.

O **procedimento** deste processo segue os termos do **artigo 879º**.

### **Artigo 879.º**

#### **Termos posteriores**

**1** - Apresentado o requerimento com o oferecimento das provas, se não houver motivo para o seu indeferimento liminar, o tribunal designa imediatamente dia e hora para a audiência, a realizar num dos 20 dias subsequentes.

**2** - A contestação é apresentada na própria audiência, na qual, se tal se mostrar compatível com o objeto do litígio, o tribunal procura conciliar as partes.

**3** - Na falta de alguma das partes ou se a tentativa de conciliação se frustrar, o tribunal ordena a produção de prova e, de seguida, decide, por sentença, sucintamente fundamentada.

**4** - Se o pedido for julgado procedente, o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento, bem como a sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

**5** - Pode ser proferida uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo, quando o exame das provas oferecidas pelo requerente permitir reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral e se, em alternativa:

**a)** O tribunal não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa;

**b)** Razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem prévia audição da parte contrária.

**6** - Quando não tiver sido ouvido antes da decisão provisória, o réu pode contestar, no prazo de 20 dias, a contar da notificação da decisão, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 1 a 4.

## **8.10. Suspensão de titulares de órgãos sociais**

O processo especial de suspensão e destituição de titulares de órgãos sociais (gerente) previsto no **artigo 1055º, CPC**.

Este processo especial comporta dois procedimentos autónomos e independentes entre si:

- um procedimento de natureza cautelar, decretado a título provisório e antecipatório, que tem por objeto a pretensão de suspensão de funções do gerente;
- um procedimento ou ação, sujeita às regras dos processos de jurisdição voluntária, que tem por objeto a pretensão principal de destituição do cargo de gerente.

Entre ambos os procedimentos existe a relação que intercede, nos termos gerais, entre uma decisão cautelar e a posterior decisão da ação principal, com a particularidade de o procedimento cautelar correr termos e ser decidido, autonomamente, no próprio (e único) processo principal.

No âmbito dos procedimentos de natureza cautelar, o legislador sempre que pretendeu afastar a regra do contraditório prévio do requerido, nos termos do art. 366º, n.º 1 do CPC, fê-lo de forma expressa e inequívoca.

A especialidade do procedimento cautelar de suspensão de gerente ou o seu carácter de procedimento urgente não constituem, de per si, razões bastantes para o afastamento do princípio estruturante do processo civil (e com expressão constitucional ao nível do princípio do Estado de Direito) do princípio do contraditório prévio ao decretamento da providência.

Assim, quanto a esta matéria é aplicável o **artigo 366º/1**, nomeadamente a sua regra geral, sendo aplicável a exceção nos casos em que se verifiquem os seus pressupostos – quando a audiência puser em risco o fim ou a eficácia da providência.

Nomeadamente, de acordo com o **1055º/2**, “se for requerida a suspensão do cargo, o juiz decide imediatamente o pedido de suspensão, após realizadas as diligências necessárias”. Concretamente, O requerido é citado para contestar, devendo o juiz ouvir, sempre que possível, os restantes sócios ou os administradores da sociedade (**artigo 1055º/3**).

A expressão “imediatamente” empregue pelo legislador não traduz uma vontade inequívoca no sentido do estabelecimento da regra absoluta de exclusão da audiência prévia do requerido em procedimento de suspensão de funções de gerente, antes pretendendo enfatizar o carácter urgente do procedimento e a circunstância de o mesmo ser decidido autonomamente e em momento anterior à decisão do pedido principal de destituição.

Não excluindo o legislador o contraditório do requerido, o juiz apenas pode afastar a audiência prévia do requerido se a sua audição colocar «em risco sério o fim ou a eficácia da providência», nos termos consignados no **artigo 366º/1**.

Fazendo-se uso da exceção e da inversão do contencioso, sendo a imediata suspensão das suas funções de gerente decretada, sem a prévia audição do requerido, ao requerido assiste o direito de reverter essa decisão cautelar por meio de recurso, em particular se o mesmo não foi citado para os efeitos previstos no **artigo 372º/1, b**, aplicável, em termos subsidiários, ao procedimento cautelar de suspensão de gerente.

Afastando o juiz a audição prévia do requerido mediante despacho que não contenha qualquer fundamentação ao nível do aludido critério legal, não só o respetivo despacho está ferido de nulidade, em conformidade com o disposto no **artigo 615º/1, b**, como, ainda, a própria decisão de decretamento da suspensão é nula por a inobservância do formalismo legal (audição prévia do requerido) ter manifesta influência na decisão da causa, em conformidade com o disposto no **artigo 195º/1**.

Para efeitos de justa causa de suspensão e/ou destituição não é bastante a simples violação de deveres de conduta impostos ao gerente ou o impedimento, por razões de doença, do exercício das suas funções, sendo mister que essa violação ou impedimento assumam foros de gravidade que comprometam a confiança dos sócios no gerente, tornando inexigível à sociedade ou aos demais sócios a permanência do gerente no seu cargo.

Qualquer processo de jurisdição voluntária, como processo especial, regula-se pelas disposições que lhe são próprias e pelas disposições gerais e comuns, e, subsidiariamente, pelas normas do processo comum (**artigo 549º/1**).

No processo de jurisdição voluntária dirigido à suspensão ou destituição de titulares de órgãos sociais, o Tribunal não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável, não está sujeito a critérios de legalidade estrita (**artigo 987º**). Há, pois, uma prevalência da conveniência e da oportunidade sobre a legalidade estrita.

Inclusive, o Tribunal tem o poder-dever de investigar livremente os factos, coligir provas, ordenar inquéritos e recolher as informações convenientes (**artigo 986º/2**) - o material de facto, sobre o qual há-de assentar a resolução, é não só o que os interessados ofereçam, senão também o que o juiz conseguir trazer para o processo pela sua própria atividade.

Em vez de se orientar por qualquer conceito abstrato de justiça, o Tribunal deve olhar o caso concreto e procurar a solução que melhor serve os interesses em causa, que dá a esses interesses a resposta mais conveniente e oportuna.

## 8.11. Tutela cautelar da propriedade industrial

A propriedade industrial e os direitos de autor e direitos conexos abarcam realidades diversas, tendo em comum o facto de se referirem a direitos com características específicas, em que fatores intangíveis coexistem com a materialização de tais direitos, designadamente sob a forma de patentes, marcas, modelos, produtos ou obras artísticas ou culturais.

A natureza mista de tais direitos é bem evidenciada através da expressão “propriedade intelectual” que enuncia não apenas a “realidade” de tais direitos, como ainda a sua vertente pessoal.

Os direitos de propriedade intelectual não dispensam instrumentos de natureza jurisdicional. Aliás, atenta a sua natureza específica: o facto de a sua violação poder ocorrer em diversos locais e sob diversas formas e poder ser da responsabilidade de uma multiplicidade de agentes reclama, mais do que noutros casos, a possibilidade de ser solicitada a intervenção dos tribunais para prevenir ou fazer cessar a sua violação ou para reparar os prejuízos causados.

De entre os mecanismos jurisdicionais capazes de exercer uma tutela útil e célere e, por isso, eficaz, contam-se os procedimentos cautelares.

A legislação existente neste sentido resulta da transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva 2004/48/CE, que resultou em várias normas e alterações no CDADC - Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – e no CPI – Código de Propriedade Industrial.

Desde logo, o **artigo 340º do CPI** estabelece que: “Sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de propriedade industrial ou de segredo comercial, pode o interessado requerer medidas provisórias urgentes e eficazes que se destinem a preservar provas da alegada violação.”

Temos depois a concretização deste artigo em medidas cautelares no **artigo 345º**

### **Artigo 345.º**

#### **Providências cautelares**

**1** - Sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de propriedade industrial ou de segredo comercial, pode o tribunal, a pedido do interessado, decretar as providências adequadas a:

- a) Inibir qualquer violação iminente; ou
- b) Proibir a continuação da violação.

**2** - O tribunal exige que o requerente forneça os elementos de prova para demonstrar que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial, ou que está autorizado a utilizá-lo, e que se verifica ou está iminente uma violação.

**3** - As providências previstas no n.º 1 podem também ser decretadas contra qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial ou segredos comerciais.

**4** - Pode o tribunal, oficiosamente ou a pedido do requerente, decretar uma sanção pecuniária compulsória com vista a assegurar a execução das providências previstas no n.º 1.

**5** - Ao presente artigo é aplicável o disposto nos artigos 341.º a 343.º

**6** - A pedido da parte requerida, as providências decretadas a que se refere o n.º 1 podem ser substituídas por caução, sempre que esta, ouvido o requerente, se mostre adequada a assegurar a indemnização do titular.

**7** - Na determinação das providências previstas no presente artigo, deve o tribunal atender à natureza dos direitos de propriedade industrial ou do segredo comercial, salvaguardando, nomeadamente, a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos.

Este artigo foi acompanhado pelo **artigo 358º** de acordo com o qual “Em tudo o que não estiver especialmente regulado na presente secção, são subsidiariamente aplicáveis outras medidas e procedimentos previstos na lei, nomeadamente no Código de Processo Civil.”

O deferimento das providências cautelares ao abrigo do artigo 345º do CPI e do art., quando incidam sobre situações em que já tenha havido violação de direitos de propriedade intelectual, persistindo essa situação, prescinde do requisito da gravidade da lesão ou da sua irreparabilidade ou difícil reparabilidade. Já quanto às situações de violação iminente de direitos, a lei é mais rigorosa, exigindo, que se verifique o perigo de ocorrência de “lesão grave e dificilmente reparável”.

Sem embargo dos aspetos de ordem meramente formal, mostra-se relevante a integração da causa de pedir integrada pelos factos reveladores:

- a) Do direito invocado;
- b) Da situação de periculum in mora, subdividida, como já anteriormente se disse, em duas situações:
  - i) Violação efetiva do direito e perigo de continuação da violação;
  - ii) Violação iminente do direito suscetível de causar lesão grave e dificilmente reparável do direito.

Ao requerente cumpre formular a providência ou providências que considera adequadas à concreta situação de violação atual ou iminente.

Ainda que o juiz não esteja vinculado ao pedido formulado, devendo ajustar a decisão à situação carecida de tutela (**artigo 376º/3, CPC**), o requerente não pode limitar-se a formular um pedido genérico, devendo assumir, em termos expressos e inequívocos, que efeitos práticos pretende que sejam declarados pelo tribunal.

A prova faz-se por meio de “títulos, correspondentes às suas diversas modalidades”, devendo estes “conter os elementos necessários para uma perfeita identificação do direito a que se referem”.

Uma vez que a procedência da pretensão não pressupõe apenas a prova do direito, mas ainda da situação de violação ou de perigo de violação do mesmo, pode revelar-se necessária a apresentação de outros meios probatórios, tais como documentos e testemunhas, ou a realização de perícias, a partir dos quais o tribunal possa formar um juízo de verosimilhança sobre os requisitos.

Cumpre ao juiz decidir se o procedimento corre ou não com contraditório prévio, nos termos do **artigo 341º/1, CPI** de acordo com o qual “sempre que um eventual atraso na aplicação das medidas possa causar danos irreparáveis ao requerente, ou sempre que exista um risco sério de destruição ou ocultação da prova, as medidas previstas no artigo anterior podem ser aplicadas sem audiência prévia da parte requerida”.

Daqui segue-se a tramitação do **artigo 341º/2, 3 e 4, CPI**:

- Quando as medidas de preservação da prova sejam aplicadas sem audiência prévia da parte requerida, esta é imediatamente notificada.
- Na sequência da notificação prevista no número anterior, pode a parte requerida pedir, no prazo de 10 dias, a revisão das medidas aplicadas, produzindo prova e alegando factos não tidos em conta pelo tribunal.
- Ouvida a parte requerida, o tribunal pode determinar a alteração, a revogação ou a confirmação das medidas aplicadas.

A legislação específica nada refere sobre esta intervenção do requerido antes de ser proferida a decisão, seguindo-se as regras gerais que resultam da conjugação entre o art. 385º e os arts. 303º e 304º do CPC.

É legítimo ao requerido invocar na oposição prévia todos os meios de defesa, quer a título de exceção, quer de impugnação dos factos, devendo apresentar os meios de prova com as mesmas limitações aplicáveis ao requerente.

A falta de oposição determina a admissão dos factos alegados pelo requerente, o que reclama a intervenção das regras prescritas para as situações de revelia no processo comum.

É aplicável o disposto no **artigo 376º/3, do CPC**, nos termos do qual o tribunal não está necessariamente condicionado pelas providências concretamente requeridas, devendo optar pelas que considerar mais adequada a assegurar a efetividade do direito, nos termos do **artigo 362º/1, do CPC**, dentro do princípio da proporcionalidade que vigora em sede de tutela cautelar.

O disposto no **artigo 368º/2, do CPC**, que estabelece, para efeitos do indeferimento da providência, a ponderação dos prejuízos que a providência pode determinar na esfera do requerido, não se aplica ao procedimento cautelar que especificamente tutela os direitos de propriedade intelectual.

Esta solução decorre, desde logo, de um elemento literal, pois que, nos termos do **artigo 376º/1, do CPC**, a aplicação de tal preceito se restringe ao procedimento cautelar comum, excluindo-se, assim, os procedimentos cautelares específicos previstos na secção seguinte e, por maioria de razão, os regulados em legislação avulsa.

O **artigo 345º/7, do CPI** determina que o tribunal deve atender à natureza dos direitos, “salvaguardando, nomeadamente, a possibilidade de o titular continuar a explorar, sem qualquer restrição, os seus direitos”.

Ainda assim, o princípio da proporcionalidade não deixa de marcar também os procedimentos em causa, devendo o juiz optar pelas medidas que, em concreto, se mostrem ajustadas a tutelar aqueles direitos, sem causar danos escusados na esfera do requerido.

Para o efeito, pode mostrar-se especialmente adequada a fixação de sanção pecuniária compulsória que pode constituir um meio eficaz de assegurar o respeito pelo direito do requerente (**artigo 345º/4**). Trata-se de uma medida complementar e que pode servir para dar eficácia à medida cautelar decretada.

O juiz pode, ainda, condicionar a execução da providência à prestação de caução ou outra garantia, nos termos do **artigo 343º CPI**, cujo objetivo visa acautelar o eventual pagamento de indemnização a favor do requerido se acaso a providência vier a ser julgada injustificada ou caducar por motivos imputáveis ao requerente.

A fixação de caução condicional pode ser decretada oficiosamente ou sob impulso do requerido quando seja ouvido antes da decisão cautelar, sendo especialmente ajustada a situações em que se suscitem algumas dúvidas quanto à existência do direito, mas que não sejam de molde a determinar pura e simplesmente o indeferimento da providência cautelar.

Para efeitos de fixação da caução ter-se-ão em consideração os fatores relevantes, entre os quais se destaca a situação económica do requerente.

Prevê a lei que o requerido solicite a substituição da providência por caução quando esta se revelar adequada a assegurar a indemnização que provavelmente venha a ser reconhecida ao titular do direito na ação principal (**artigo 345º/6**).

Em termos semelhantes aos que decorrem do **artigo 368º/2, CPC**, trata-se de um incidente. Este deve ser deduzido através de requerimento apresentado no prazo de 10 dias, no âmbito do qual o requerido invoca os motivos por que requer a substituição, o valor a caucionar e o modo de prestação da caução.

A autorização da substituição por caução depende, nos termos da lei, da constatação de que se “mostre adequada a assegurar a indemnização do titular”.

A falta de autonomia dos procedimentos cautelares leva a que a tutela provisória neles declarada tenha de obter confirmação através de uma decisão de mérito, no âmbito de um processo mais solene.

Para o efeito, uma vez notificado da decisão cautelar favorável, o requerente tem o prazo de 10 dias ou de 30 dias para instaurar a ação, sob pena de caducidade da providência ou de extinção do procedimento cautelar.

Uma vez instaurada a ação, o requerente tem o ónus de promover o seu andamento, sujeitando-se a semelhantes consequências em casos de negligência.

Temos um artigo especial sobre o arresto - **artigo 346º**

## Artigo 346.º

### Arresto

**1** - Em caso de infração à escala comercial, atual ou iminente, e sempre que o interessado prove a existência de circunstâncias suscetíveis de comprometer a cobrança da indemnização por perdas e danos, pode o tribunal ordenar a apreensão preventiva dos bens móveis e imóveis do alegado infrator, incluindo os saldos das suas contas bancárias, podendo o juiz ordenar a comunicação ou o acesso aos dados e informações bancárias, financeiras ou comerciais respeitantes ao infrator.

**2** - Sempre que haja violação de direitos de propriedade industrial ou de segredos comerciais, pode o tribunal, a pedido do interessado, ordenar a apreensão dos bens que se suspeite violarem esses direitos ou segredos, incluindo os bens importados a fim de prevenir a sua entrada ou circulação no mercado, ou dos instrumentos que apenas possam servir para a prática do ilícito.

**3** - Para efeitos do disposto nos números anteriores, o tribunal exige que o requerente forneça todos os elementos de prova razoavelmente disponíveis para demonstrar que é titular do direito de propriedade industrial ou do segredo comercial, ou que está autorizado a utilizá-lo, e que se verifica ou está iminente uma violação.

**4** - Ao presente artigo é aplicável o disposto nos artigos 341.º a 343.º

O legislador regulou em moldes específicos o procedimento de arresto. Porém, tal não significa que o interessado (ou o requerente) não possa recorrer ao procedimento de arresto tal como vem regulado no CPC.

Relevam dois tipos de arresto:

- Arresto preventivo, para efeitos de assegurar a garantia patrimonial relativamente ao crédito de indemnização que venha a ser reconhecido na ação principal;
- Arresto repressivo, para efeitos de evitar o prosseguimento da atividade ilícita;

## 9. Medidas cautelares arbitrais

Esta matéria encontra-se nos **artigos 20º - 29º da LAV**.

Este é um tema altamente controverso na arbitragem e que traz bastantes problemas. É que esta matéria situa-se no limiar dos poderes do tribunal arbitral, da sua jurisdição. A aptidão para decretar medidas cautelares é, sem dúvida, uma expressão de autoridade de quem decide na medida em que se trata da possibilidade de ditar regras antes de as partes terem exaurido a demonstração das suas razões e pontos de vista. Daí que a concessão e poderes cautelares aos tribunais arbitrais necessite de ponderação.

Vejam os dois aspetos:

- ➔ Poderia pensar-se que decidir cautelarmente é um menos em relação à decisão final e que se se atribui ao tribunal poderes para julgar definitivamente, se atribui o menos – poderes para julgar cautelarmente, mas esta não seria uma forma de pensar correta. A decisão cautelar não está necessariamente contida na decisão definitiva. Pelo contrário, é uma expressão de jurisdição e de autoridade de grau superior, porque decide indiciariamente ou sem exercício do contraditório só pode ser admitido a quem se reconhece uma especial autoridade legal e social. Essa competência não decorre automaticamente da concessão de poderes para decidir a final.
- ➔ Há ainda a questão de o tribunal arbitral que decreta a medida cautelar ser o mesmo que decide a final. Há, neste caso, ao contrário do que é a regra (em termos práticos) nos tribunais estaduais, uma verdadeira antecipação da decisão de fundo porque proferida exatamente pelas mesmas pessoas que vão decidir a final. É certo que a lei dispõe que o juízo sobre o direito não vincula de forma alguma a decisão final (**artigo 21º/2, LAV**), mas também é verdade que o mesmo tribunal arbitral que, perante determinadas prova e argumentação, decidiu num sentido, só perante outra ou mais prova e outra ou mais argumentação, reverterá o seu juízo.

## **Pode o tribunal judicial ordenar providências cautelares apesar da existência de uma convenção de arbitragem?**

Relembre-se que a convenção de arbitragem tem a vertente positiva e negativa, sendo que a negativa impede as partes de procurar a resolução de um litígio abrangido pela convenção junto de um tribunal estadual.

Porém, existem exceções e esta é uma delas. Apesar da existência de uma convenção de arbitragem, é possível ir a um tribunal judicial e solicitar uma providência cautelar e isso não será uma violação da convenção. A lei estabelece esta possibilidade nos **artigos 7º e 29º, LAV**, havendo também acolhimento da regra na **LMUNCITRAL, artigo 9º**.

Assim sendo, é seguro dizer que solicitar uma providência cautelar num tribunal estadual não representa uma renúncia à convenção de arbitragem. A maioria das regras de arbitragem são explícitas na confirmação e que o pedido de medidas provisórias de um tribunal não é incompatível com uma convenção de arbitragem.

Mas qual é a razão de conferir a possibilidade de recorrer a tribunais estaduais para solicitar providências cautelares? Podem haver momentos em que a intervenção de um juiz do estado é necessária para assegurar o bom desenrolar da arbitragem. É importante não esquecer que os tribunais estaduais têm um papel importante na arbitragem, nomeadamente:

- Função de controlo
- Função de suporte/apoio

Esta possibilidade de requerer o decretamento de providências cautelares ao tribunal estadual é um dos exemplos da função de suporte. Nomeadamente, nas seguintes situações:

- ➔ Quando o tribunal arbitral ainda não existe ou não está constituído, o tribunal arbitral não pode emitir providências cautelares;
- ➔ Uma providência cautelar decretada pelo tribunal arbitral não pode afetar terceiros, pelo que se a intenção for o decretamento de uma providência neste sentido pode ser necessário recorrer ao tribunal estadual;
- ➔ Há a possibilidade de o tribunal arbitral não ter poder para decretar este tipo de medidas, ou porque a lei aplicável ou as regras institucionais não o preveem, ou porque na convenção essa possibilidade foi excluída.

Assim sendo, é seguro afirmar que os tribunais arbitrais não têm exclusividade neste assunto, podendo um pedido de providências cautelares ser dirigido quer a um tribunal estadual, quer ao tribunal arbitral.

Qual será então a melhor escolha? Tem que se ponderar a lei relevante, a natureza das medidas solicitadas e as circunstâncias do caso.

A relevância das decisões dos tribunais estaduais ao conceder ou negar providências cautelares para procedimentos arbitrais é que pode levar um tribunal estadual a concluir que a parte que procurou a providência cautelar o tribunal estadual fica impedida de procurar o mesmo no tribunal arbitral.

**Nota:** este é um dos tópicos onde mais se verifica o desenvolvimento da arbitragem nos últimos anos. Historicamente, proibia-se o decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral por aplicação do princípio de que os árbitros não podiam emitir medidas coercivas, nas quais se incluíam as providências cautelares.

## **Pode um tribunal arbitral emitir uma providência cautelar ou uma ordem preliminar?**

A LAV confere poder ao tribunal arbitral para decretar medidas cautelares ao estabelecer no **artigo 21º** que “salvo disposição em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objeto do litígio”.

Esta formulação é importante porque ressalva:

- A possibilidade de as partes concordarem em contrário na convenção de arbitragem – “salvo disposição em contrário”;
- O facto de ao contrário da lei processual civil não haverem medidas provisórias sem que a outra parte seja ouvida – “e ouvida a parte contrária” -, sendo aqui que entram as ordens preliminares;

As **providências cautelares** são diligências destinadas a manter uma situação de facto ou de direito com a finalidade de salvaguardar o direito cujo reconhecimento é solicitado ao juiz de mérito. Têm natureza provisória, acautelando o direito ou o efeito útil da ação.

A LAV define providência cautelar no **artigo 20º/2** como “uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma”, enunciando depois, exaustivamente, os quatro fins que as medidas cautelares podem prosseguir:

- Conservar a situação existente
- Assegurar a estabilidade do processo arbitral
- Garantir a execução da sentença arbitral
- Preservar a prova

A **ordem preliminar** é uma medida que pretende garantir que a providência cautelar obtém o seu efeito útil. De acordo com o **artigo 22º** qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, em simultâneo uma ordem preliminar. A ordem preliminar é decidida sem prévia audição da contraparte e tem como fim não frustrar a providência cautelar.

Trata-se de uma decisão do tribunal que, de acordo com o pedido da parte que requer a providência cautelar, visa prevenir a frustração desta.

Esta dependência da ordem preliminar face à providência cautelar faz com que a ordem preliminar pedida possa ser exatamente igual ou diferente da providência cautelar, mas não possa ter um fim diverso mais amplo que o da providência. Assim, só será admitida uma ordem preliminar que se enquadre na enumeração exaustiva do **artigo 20º/2** que seja idêntica ou instrumental à providência cautelar concomitantemente requerida.

As providências cautelares que o tribunal arbitral pode declarar não necessitam de qualquer correspondência com as admitidas no processo civil. Por outro lado, o tribunal arbitral também não tem qualquer impedimento legal ao decretamento de medidas de conteúdo idêntico, ainda que sem utilização da nomenclatura processualista.

Os **requisitos para o decretamento de providências cautelares** encontram-se no **artigo 21º**, de acordo com o qual “uma providência cautelar requerida ao abrigo das alíneas ), b) e c) do nº2 do artigo 20º é decretada pelo tribunal arbitral desde que:

- a) Haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e
- b) O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar;”

Em suma, os requisitos são:

- O *fumus boni iuris*;
- O *periculum in mora*;
- A proporcionalidade;

Quanto às ordens preliminares, estabelece o **artigo 22º**:

- 1- Salvo havendo acordo em sentido diferente, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem

preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada.

- 2- O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.
- 3- Os requisitos estabelecidos no artigo 21.º são aplicáveis a qualquer ordem preliminar, considerando-se que o dano a equacionar ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 21.º é, neste caso, o que pode resultar de a ordem preliminar ser ou não emitida.

A característica mais importante das ordens preliminares é o facto de a outra parte não ser ouvida, o que vai completar o regime das medidas provisórias.

Devido à sua estreita ligação, a ordem preliminar tem de ser solicitada juntamente com a medida provisória. Têm que ser simultâneas. Não podemos ter uma ordem preliminar sem ter uma providência cautelar.

A ordem liminar é basicamente:

- (i) Uma “medida pré-cautelar”
- (ii) Que não requer a notificação da parte contrária
- (iii) Visando evitar a frustração do propósito da medida provisória

## 10. A inversão do contencioso

O **artigo 369º** instituiu na tutela cautelar o regime da inversão do contencioso, permitindo-se, em determinados casos, que a providência cautelar proceda à composição definitiva do litígio. O requerente fica, assim, dispensado de intentar a ação principal de que a providência cautelar depende, transferindo-se para o requerido o ónus de demonstrar, “em ação por ele proposta a impulsionada, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade.

Não havendo qualquer reação do requerido em relação à composição do litígio, tal composição consolida-se definitiva, ou seja, o litígio fica resolvido de forma definitiva, em virtude da inação do próprio requerido.

Este modelo permite, assim, assegurar não só a efetividade da tutela jurisdicional, como também economizar os meios judiciais, impedindo que o decretamento de uma determinada providência cautelar tenha sempre de ser seguido de uma ação principal, a qual, na generalidade dos casos, é uma mera repetição do procedimento cautelar antecedente.

Dispõe o **artigo 369º/1** que “mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação 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”.

Assim, o deferimento do pedido de inversão do contencioso, isto é, a dispensa do ónus de propositura de ação principal pelo requerente depende da verificação de três requisitos cumulativos:

- a) Pedido expresso do requerente no sentido de o contencioso ser invertido;
- b) A matéria adquirida no procedimento cautelar deve permitir ao julgador formar uma convicção segura acerca da existência do direito; e
- c) A natureza da providência deve ser adequada à realização da composição definitiva do litígio;

Deste modo, a decisão do julgador tem que ser adotada segundo um critério de legalidade – e não de oportunidade e conveniência- quanto ao preenchimento cumulativo destes três requisitos.

### **Pedido expresso do requerente no sentido de o contencioso ser invertido**

O legislador faz depender a decisão da inversão do ónus do contencioso de um pedido expresso do requerente nesse sentido.

Com efeito, a inversão do contencioso não pode resultar da iniciativa oficiosa do tribunal.

O requerimento de inversão do contencioso deve conter as razões de facto e de direito que permitam convencer o julgador de que a matéria e a prova carreadas para os autos do procedimento cautelar são mais do que suficientes para a formação de uma convicção segura quanto à existência do direito, bem como que a natureza da providência cautelar é adequada a permitir a composição definitiva do litígio.

### **A matéria adquirida no procedimento cautelar deve permitir ao julgador formar uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado**

Ao invés do que sucede com o regime tradicional da tutela cautelar, em que o juiz, com base numa apreciação sumária da matéria de facto alegada e da prova produzida (*summaria cognitio*), funda a sua convicção num juízo de probabilidade séria ou de verosimilhança quanto à existência do direito alegado (**artigo 368º/1**), na inversão do contencioso, o juiz, partindo da “matéria adquirida no procedimento”, tem de formar uma “convicção segura” acerca da verificação do direito que o requerente visa tutelar. Exige-se, por conseguinte, que o juiz alcance, num procedimento formatado para ser célere, simples e urgente, o mesmo grau de convicção quanto à existência do direito de que o requerente se arroga titular que, em condições normais, apenas seria suscetível de ser conseguido num processo principal, dotado de uma estrutura mais complexa e morosa.

Não basta, por isso, que o juiz considere verificada a existência de um *fumus boni iuris*, isto é, de que se encontre indiciada, com base num juízo sumário, a existência do direito. Diferentemente, o juiz tem de considerar que o direito existe efetivamente.

A circunstância de a lei exigir que o tribunal forme uma “convicção segura” acerca da existência do direito de que o requerente se arroga titular implica que a prova produzida seja, também ela, apta a garantir a formação desse juízo. Por via disso, o requerente que peça, igualmente, a inversão do contencioso tenderá a produzir mais do que a mera prova sumária do direito ameaçado – tenderá a produzir no procedimento cautelar a mesma prova que, em condições normais, apenas seria produzida na ação principal.

### **A natureza da providência deve ser adequada à realização da composição definitiva do litígio**

A inversão do contencioso só pode ser concedida nas situações em que, pela natureza da providência, a tutela cautelar seja suscetível de se substituir à tutela definitiva mediante uma convolação *ex lege*.

Por via disso, o campo privilegiado da inversão do contencioso centra-se na tutela cautelar da natureza antecipatória. Pode, portanto, ser aplicado às providências cautelares inominadas de natureza antecipatória, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova e às demais providências em legislação avulsa que se coadunem com o instituto.

À luz do **artigo 369º/2** o pedido de inversão do contencioso deve ser formulado pelo requerente da tutela cautelar:

- ➔ até ao encerramento da audiência final (se houver contraditório prévio do requerido);
- ➔ até ao termo da audiência em que tenham sido produzidas as provas apresentadas pelo requerente (se não houver contraditório prévio);

Deste modo, independentemente de ter ou não havido contraditório prévio do requerido, não pode ser deduzido um pedido de inversão do contencioso depois de o tribunal decretar a providência cautelar.

O juiz, na própria decisão em que decreta a providência cautelar, deve verificar se, no caso concreto, estão preenchidos os requisitos legais para que seja deferido o pedido de inversão de contencioso. Por conseguinte, se não se pronunciar acerca deste pedido – o que no limite pode gerar nulidade da decisão por omissão de pronúncia – não poderá fazê-lo em momento posterior, atento o princípio do esgotamento do poder jurisdicional após o proferimento da decisão de decretamento da providência cautelar.

Por outro lado, o pedido de inversão do contencioso só pode ser deduzido se a ação principal ainda não se encontrar pendente, ou seja, se o procedimento cautelar tiver sido instaurado como preliminar de ação

declarativa ou executiva. Seria absolutamente contraditório e inútil requerer-se a inversão do contencioso estando a ação principal já pendente.

A formulação de um pedido de inversão do contencioso no âmbito de um procedimento cautelar impede o requerente de propor uma ação principal, já que não pode estar simultaneamente pendente um procedimento cautelar no qual o requerente solicita, através da inversão do contencioso, a transformação da tutela cautelar em tutela definitiva e uma ação destinada a obter esta mesma tutela definitiva.

A inversão do contencioso só pode ser concedida se o tribunal decretar a providência cautelar: se se indeferir a providência cautelar, não pode haver inversão do contencioso.

No que concerne à oposição do requerido em relação à inversão do contencioso, impõe-se distinguir consoante exista ou não contraditório prévio do requerido.

→ Se houver contraditório prévio, a oposição ao pedido de inversão terá lugar em função do momento em que esse pedido for deduzido:

- Se o pedido foi formulado no requerimento inicial, o requerido deverá contestar no articulado de oposição;
- Se o pedido foi formulado após a apresentação do requerimento inicial, a oposição deverá ser deduzida no próprio ato ou no prazo de dez dias;

→ Se não houver contraditório prévio, o requerido poderá opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.

Se o requerido deduzir oposição, caberá ao juiz decidir da manutenção, redução ou revogação da providência, assim como da manutenção ou revogação da inversão do contencioso.

Dispõe o **artigo 369º/3** que “se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido”.

Neste contexto, muito embora a lei preveja a possibilidade de a inversão do contencioso ser requerida até ao encerramento da audiência final, se o direito de que o requerente se arroga titular estiver sujeito a um prazo de caducidade, tal justifica que o pedido de dispensa da propositura da ação principal seja deduzido logo no requerimento cautelar inicial.

Se a dispensa de propositura da ação principal vier a ser concedida através de decisão transitada em julgado, fica definitivamente prejudicado o prazo de caducidade a que se encontrava sujeito o direito acautelado; diversamente, se a inversão do contencioso vier a ser negada, a contagem do prazo de caducidade do direito acautelado reinicia-se com o trânsito em julgado de tal decisão.

Uma vez transitada em julgado a decisão que tenha decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido é notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência se consolidar como composição definitiva do lítio (**artigo 371º/1**).

Esta ação assumirá, tendencialmente, a veste de uma ação de simples apreciação negativa, já que o requerido solicita a declaração da inexistência do direito acautelado com base na inexistência dos factos que levaram o juiz do procedimento cautelar a inverter o contencioso.

A ação pode também ter por objeto um direito incompatível com o direito acautelado através da inversão do contencioso que foi decretada no procedimento cautelar. Por exemplo, o juiz concedeu a inversão do contencioso em relação a uma restituição provisória da posse – o requerido pode intentar uma ação em que solicita o reconhecimento de um direito incompatível com a posse do requerente.