

A Inversão do Contencioso

Felgueiras

abril. 2016

Título de Especialista em Processo Civil

ESTGF – ESCOLA SUPERIOR DE TECNOLOGIA E GESTÃO DE FELGUEIRAS

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO

TÍTULO DE ESPECIALISTA EM PROCESSO CIVIL

Candidata: Márcia Passos

RESUMO

O tema que nos propomos desenvolver insere-se no âmbito dos procedimentos cautelares e aborda a nova figura da inversão do contencioso que o Código de Processo Civil de 2013 acrescentou. Acompanhando a evolução a que assistimos em sede de Direito Comparado e satisfazendo compromissos europeus, o legislador português, com a inversão do contencioso, consagrou uma verdadeira exceção à regra da instrumentalidade dos procedimentos cautelares em relação à ação judicial principal e definitiva.

Como o conseguiu, quais os pressupostos de que fez depender esta figura e quais as consequências processuais e para as partes, é o que nos oferecemos explicar com este trabalho.

Palavras-chave:

Procedimentos cautelares

Inversão do Contencioso

Dependência

ABSTRACT

The subject that we propose to develop is part of the interlocutory proceedings and discusses the new figure of the reversal of the litigation that the “Código de Processo Civil” of 2013 has added. Following the evolution that we observe in Comparative and Foreign Law and fulfilling european commitments, the Portuguese legislator, with the reversal of the litigation, contemplated a mainly exception to the rule of the instrumentality of interlocutory proceedings in relation to the main and final judicial action.

How you got it, what are the assumptions that it depends on and what are the procedural and consequences for the parts, are the subjects that we offer to explain with this work.

Keywords:

Precautionary procedures

Reversal of the Litigation

Dependency

SIGLAS E ABREVIATURAS

art. – artigo

cfr. – confrontar

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil (refere-se ao CPC de 2013)

CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos

DL – Decreto-lei

DR – Diário da República

FDL – Faculdade de Direito de Lisboa

N.º/n.º - número

Prof. - Professor

p. – página

pp. - páginas

ss. – seguintes

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vol. – volume

Outras notas e metodologia utilizada

- Quando se refere “antigo CPC”, significa que a referência é feita ao CPC anterior a 2013, ou seja, ao CPC de 1961
- As expressões em latim são escritas em itálico.
- Todo o texto é escrito segundo as regras do novo acordo ortográfico, exceto as notas de rodapé que citam textos redigidos sob o antigo acordo ortográfico.

Índice	
RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I -	10
A reforma do processo civil: o novo Código de Processo Civil de 2013.....	10
CAPÍTULO II	16
A inversão do contencioso nos procedimentos cautelares.....	16
1. A figura jurídica: origem, justificação e definição e regime	16
1.1 Origem da figura: fontes de inspiração.....	16
1.2. A justificação da figura.....	18
1.3. Definição da figura e o seu regime jurídico	23
1.3.1. Definição.....	23
1.3.2. Regime jurídico.....	27
1.3.2.1. A convicção segura.....	28
1.3.2.2. O ónus que recai sobre o requerido.....	32
CAPÍTULO III	41
Análise de situações práticas.....	41
CONCLUSÃO.....	60
BIBLIOGRAFIA	64

INTRODUÇÃO

A inversão do contencioso, figura trazida para o ordenamento processual civil português com o Código de Processo Civil de 2013, motiva, pela novidade e por isso pela curiosidade, o estudo sobre a sua origem, o seu regime e as suas consequências.

O trabalho que se apresenta justifica-se, antes de mais, pela novidade e pela atualidade do tema. A pesquisa incidiu em três pontos fundamentais: perceber a necessidade da consagração desta figura no atual CPC, descobrir a origem da figura, inspiração nacional e/ou estrangeira e compreender o seu regime em sede de pressupostos para a sua verificação e implicações legais.

Para isso, procedeu-se à consulta dos textos que vários autores nacionais foram disponibilizando acerca da matéria desde os trabalhos preparatórios do Novo Código de Processo Civil, bem como à análise da jurisprudência existente até ao momento em que se terminou este trabalho. Em ambas, pretendeu-se que o trabalho fosse exaustivo em termos de estudo de tudo aquilo que já estivesse disponível para consulta.

Recorreu-se algumas vezes a exemplos práticos, sem com isso pretender perder o rigor jurídico, o que se fez com uma intenção bem concreta, a de facilitar a leitura e a compreensão da exposição.

Com a certeza de que a matéria carece de mais e melhor reflexão para o que necessariamente contribuirão os estudos futuros, nomeadamente de situações que venham a ser objeto de decisões dos nossos tribunais de recurso, tentou-se apontar caminhos alternativos para alguma eventual fragilidade, não da figura em si mesma, mas do seu regime.

Partindo de uma tentativa de definição da inversão do contencioso, o trabalho procura dar uma explicação de cada um dos seus pressupostos e da forma como cada um dos intervenientes processuais se posicionam.

Analisar situações concretas, na tentativa de explicar as consequências, enunciar problemas, procurando encontrar respostas, foi também o objetivo deste trabalho.

Para o efeito, recorreu-se à análise da, ainda diminuta, jurisprudência existente sobre a matéria bem como à análise crítica de uma situação decorrente da experiência profissional como advogada.

Este texto contém uma introdução, encontra-se, posteriormente, dividido em três capítulos, e termina com a conclusão.

Começando por uma referência genérica à reforma do processo civil de 2013, no capítulo I, passa-se, no capítulo seguinte à análise da inversão do contencioso nos procedimentos cautelares, explicando a sua origem, a justificação do seu aparecimento e a definição e explicação do seu regime.

O capítulo III centra-se na análise de situações concretas que nos permitem perceber como é que os nossos tribunais têm vindo a encarar esta novidade e que são as primeiras referências jurisprudenciais acerca desta figura.

CAPÍTULO I - A REFORMA DO PROCESSO CIVIL: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2013

O Código de Processo Civil (CPC) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961, foi objeto de revogação pelo artigo 4.º, alínea a) da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, a qual aprovou o novo Código de Processo Civil e substituiu o CPC de 1961¹.

Com entrada em vigor no dia 1 de setembro de 2013, este diploma trouxe novidades importantes em várias matérias, ressaltando desde logo a renumeração e a alteração da sistematização, ideias que inicialmente² não estavam previstas³, duas das características que, só por si, fizeram deste Código de Processo Civil um Novo Código⁴.

As novidades porém, sob o ponto de vista dos procedimentos cautelares, não foram tão significativas, nomeadamente no que respeita à sistematização onde não há alteração significativa⁵. Contudo, são de realçar alterações na disciplina dos

¹ Concordamos neste ponto com a posição refletida no texto de PIMENTA, Paulo, *in* Tópicos para a reforma do processo civil português, *in* *Julgar* n.º 7, Coimbra Editora (mai/ago 2012), ISSN 1646-6853, p. 110, onde se lê, "...o nosso 1.º CPC data de 1876, tendo surgido na sequência do 1.º Código Civil (Código de Seabra) que remonta a 1867. O 2.º CPC é o de 1939 (DL n.º 26 637, de 28 de maio), sendo muitas vezes referido como o "código do Professor José Alberto dos Reis", O 3.º CPC é o de 1961 (DL n.º 44 129, de 28 de dezembro), que vigorou até 31-12-1996. Sucede que, na vigência do CPC de 1961, a partir de 1984 e até hoje, é possível detectar um imparável (e, tantas vezes, tortuoso) movimento de intervenções legislativas que parece não ter fim, a ponto de ser possível dizer que o legislador também não tem ajudado muito no sentido de termos um regime processual civil devidamente estabilizado e assimilado."

² Durante os primeiros trabalhos de revisão do Código.

³ Vide CORREIA, João, PIMENTA, Paulo, CASTANHEIRA, Sérgio, *in* *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5324-0, p. 13, do que se cita: "...os trabalhos de revisão do código, durante largo período, orientaram-se pela ideia de que seria mantida a numeração dos preceitos ao longo do diploma, bem como a sistematização." ... "Numa fase mais adiantada dos trabalhos, a opção acabou por ser diferente."

⁴ Vide, CORREIA, João, PIMENTA, Paulo, CASTANHEIRA, Sérgio, *in* *Introdução*, p. 13, "Além disso, e necessariamente, deixaria de haver correspondência entre a matéria tratada em cada preceito e o respectivo número, no confronto com aquilo a que estamos habituados há várias décadas."

⁵ Ao contrário do que sucedeu com o DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, o qual, este sim, consagrou importantes alterações em termos sistemáticos. Como se pode ler no preâmbulo deste

procedimentos cautelares, as quais revestem particular importância e que se concretizam no aparecimento da figura da inversão do contencioso e no arresto especial.

De notar também o aparecimento de uma nova providência cautelar autónoma⁶ dentro de um processo especial próprio⁷ – a tutela da personalidade⁸ –

diploma “Igualmente relevantes e aprofundadas são as alterações introduzidas em sede de procedimentos cautelares. Desde logo, em termos sistemáticos, institui-se um verdadeiro processo cautelar comum – em substituição das actuais e subsidiárias providências cautelares especificadas -, comportando a regulamentação dos aspectos comuns a toda a justiça cautelar. Institui-se por esta via uma verdadeira acção cautelar geral para a tutela provisória de quaisquer situações não especialmente previstas e disciplinadas, comportando o decretamento das providências conservatórias ou antecipatórias adequadas a remover o *periculum in mora* concretamente verificado e a assegurar a efectividade do direito ameaçado, que tanto pode ser um direito já efectivamente existente, como uma situação jurídica emergente de sentença constitutiva, porventura ainda não proferida. Referentemente ao regime deste procedimento cautelar comum, procuraram acentuar-se duas vertentes essenciais da justiça cautelar, garantindo, na medida do possível, a urgência do procedimento e a efectividade do acatamento da providência ordenada. Com tal objectivo, consagrou-se expressamente a “urgência” dos procedimentos cautelares, estabelecendo-se um prazo máximo para a sua decisão em 1.ª instância, determinando-se, conseqüentemente, uma gestão do andamento do processo, quer para as partes, quer para o tribunal, compatível com o respeito por tal prazo máximo, e impondo-se um dever de justificação perante o presidente da Relação nos casos em que tenha ocorrido impedimento ao acatamento daquele prazo máximo. No mesmo sentido, prescinde-se da citação edital – necessariamente geradora de delongas na tramitação da providência-, dispensando o juiz a audiência do requerido quando se certificar da impossibilidade de o citar pessoalmente, regulamenta-se, em termos restritivos, a possibilidade de adiamentos da audiência final, privilegiando a suspensão da mesma, e substitui-se o complexo sistema de impugnação do decretamento da providência, mediante embargos ou agravo, constante da lei de processo em vigor, por um sistema que se limita a assegurar supervenientemente o contraditório, sempre que o requerido não tenha sido previamente ouvido, facultando-lhe a dedução da defesa que não teve oportunidade de produzir e consentindo ao juiz a eventual alteração da decisão proferida, face às razões aduzidas pelo requerido: procura, por esta via, obviar-se não só a que os embargos possam ter lugar nos casos em que já houve prévia audiência do requerido como ainda a que, no procedimento cautelar em questão, acabe por se enxertar a verdadeira acção declaratória em que os embargos à providência decretada actualmente se traduzem. No que se reporta à garantia da efectividade da providência cautelar, propõe-se a incriminação como desobediência qualificada do acto traduzido no respectivo desrespeito, estabelecendo-se ainda, em termos amplos, a possibilidade de recurso à figura da sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil. Quanto às providências cautelares especificadas, para além de se inserirem soluções praticamente e de há muito pacíficas – eliminação da injustificada proibição de arresto contra comerciantes, derrogação de limitações ao uso de meios probatórios ou imposição de efeitos cominatórios plenos desproporcionados, máxime no âmbito dos alimentos provisórios, limitação da injustificada prerrogativa do Estado e autarquias locais no que se refere ao embargo de obras ilegalmente efetuadas, etc. -, merece especial relevância a instituição da inovadora providência de arbitramento de reparação provisória, ampliada em termos de abranger não apenas os casos em que se trata de reparar provisoriamente o dano decorrente da morte ou lesão corporal como também aqueles em que a pretensão indemnizatória se funde em dano susceptível de por seriamente em causa o sustento ou habitação do lesado.”

⁶ CRUZ, Rita, no seu texto *Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade*, in Revista do Ministério Público, Cadernos II / 2012, Debate A Reforma do processo civil 2012, Contributos, ISBN 978-972-9363-II-5, pp. 63 a 72, faz uma reflexão acerca deste processo, tecendo algumas críticas ao procedimento, nomeadamente no que concerne à falta de garantia de igualdade processual entre as partes (*vide* p. 69).

processo este que, apesar de não ter sido expressamente qualificado como urgente⁹ salvo no que respeita aos recursos¹⁰, apresenta uma tramitação rápida¹¹.

Para além da questão de forma e renumeração, o novo CPC, sem nunca por em causa alguns dos princípios que sempre constituíram as traves-mestras do ordenamento jurídico, não deixou de reforçar outros. Referimo-nos, em concreto, aos princípios da cooperação, da gestão processual e da adequação processual, o que permite concluir que estamos perante um novo padrão orientador na aplicação prática do processo civil, numa diferente forma de estar e de pensar o processo civil, referindo muitos autores a este propósito que se está perante uma mudança de paradigma¹² do processo civil e perante uma forma de agir mais exigente e mais responsável¹³. Os sinais são vários, destacando-se, aqui, alguns deles: a nova

⁷ Pode o requerente optar entre o processo especial da tutela da personalidade e um procedimento cautelar.

⁸ Previsto nos artigos 878.º e ss..

⁹ Ao contrário dos procedimentos cautelares que revestem sempre um carácter urgente – vide Ac. STJ n.º 9/2009, 31 de março, publicado no DR, I Série, de 19 de maio de 2009, que uniformizou jurisprudência neste sentido.

¹⁰ Vide artigo 880.º, n.º 1

¹¹ Não podendo, em nosso entender, deixar de ser considerado como urgente no seu todo, sendo que a consagração expressa da urgência no que concerne aos recursos serve apenas para reforçar o seu carácter de urgência na fase recursal e para efeitos do disposto no artigo 638.º, n.º 1 do CPC. Na verdade, não faria sentido que na fase inicial, o processo não revestisse carácter urgente, ali onde é mais premente que a providência requerida seja decretada. Tal como refere NETO, Abílio, *in Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª edição revista e ampliada, Lisboa, Ediforum Editora, Edições Jurídicas Lda., janeiro de 2014, ISBN 978-989-8438-10-2, p. 962, anotação 3., “O processo de “tutela da personalidade” representa uma exigência constitucional *ex vi* do disposto no n.º 5 do art. 20.º da CRP, ao prescrever que “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 violações desses direitos.”

¹² A este propósito, cita-se a reflexão de GERALDES, António Abrantes, no seu texto *Temas da nova reforma do processo civil (2012)*, in Julgar n.º 16, Coimbra Editora, janeiro-abril 2012, ISSN 1646-6853, p.48, onde se lê: “...não estou seguro de que as alterações das regras processuais determinem, por si, uma mudança de paradigma e a inversão da situação que se verifica que depende, em larga medida, do factor humano (incluindo factores quantitativos e qualitativos), dos meios logísticos e ainda da reestruturação da orgânica judiciária.”

¹³ Vide a este propósito, CORREIA, João no texto “Reformar o C.P.C., para quê?”, in Julgar 16, Coimbra Editora, janeiro-abril 2012, ISSN 1646-6853, p. 135, onde se lê: “...a 1.ª Instância passa a ter consciência da existência de um outro modelo de apreciação e análise da sua decisão e, basta isso, para que as cautelas decisórias aumentem e, por consequência, se aperfeiçoe o julgamento da matéria de facto em 1.ª Instância.” E, mais à frente, continua o autor: “O que posso adiantar, como sentimento pessoal face à Reforma, é o seguinte: Juizes e Advogados terão mais sérias e profundas responsabilidades, sempre em função da dignidade da sua função, em homenagem ao cidadão, à empresa e, acima de tudo, à Democracia.”

Sempre que se reforma ou que se altere (se não entendermos como reforma propriamente dita) impõe-se um esforço por parte dos operadores judiciários na adaptação da novas regras e a novos

forma de interpretar e aplicar o princípio do dispositivo, referindo-se agora o diploma ao ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal¹⁴, o dever de gestão processual^{15 16}, a gravação das audiências finais¹⁷ e, sempre que possível da audiência prévia¹⁸, a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares¹⁹, o arresto especial²⁰, a prova por declarações de parte²¹ e as verificações não judiciais qualificadas²², ambas em sede de instrução, a audiência prévia²³, com caráter obrigatório na generalidade dos casos e o conceito de identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova²⁴.

No âmbito dos procedimentos cautelares, a reforma do processo civil que foi iniciada pelo XVIII²⁵ Governo Constitucional e concluída pelo XIX²⁶ Governo

conceitos. Foi isso que, por exemplo, se exigiu aquando das alterações introduzidas pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, a propósito das quais António Montalvão Machado, no seu livro “O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo código de processo civil”, Almedina, 2001, ISBN 978-972-401-4906, p. 372, reconhecendo nessas alterações uma reforma do processo civil e a existência de um novo código, diz o seguinte: “O Novo Código de Processo Civil alterou o estabelecido, “mexendo” em hábitos e privilégios. E só isso já é difícil...”.

¹⁴ Artigo 5.º cuja epígrafe é “Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal” e que contempla o que antes (CPC de 1961) estava vertido nos artigos 264.º com a epígrafe de “Princípio do Dispositivo” e 664.º “Relação entre a atividade das partes e a do juiz”.

¹⁵ Previsto expressamente no artigo 6.º e que tem correspondência com o antigo artigo 265.º sob a epígrafe “Poder de direção do processo e princípio do inquisitório”.

¹⁶ Citando CORREIA, João, PIMENTA, Paulo, CASTANHEIRA, Sérgio, *in Introdução ao estudo...*, p. 23, “Gestão processual é a direção activa e dinâmica do processo, tendo em vista quer a rápida e justa composição do litígio, quer a melhor organização do trabalho do tribunal.”

¹⁷ Artigo 155.º com a epígrafe “Gravação da audiência final e documentação dos demais atos presididos pelo juiz”.

¹⁸ Artigo 591.º, n.º 4, onde se lê, “A audiência prévia é, sempre que possível, gravada, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.º.”

¹⁹ Tema deste trabalho e que, como se verá, vem criar uma exceção à regra da instrumentalidade do procedimento cautelar relativamente à ação principal.

²⁰ Previsto no artigo 396.º, n.º 3, vem dispensar um dos pressupostos típicos do arresto - a prova do justo receio de perda da garantia patrimonial - numa determinada situação específica, quando o bem que o credor pretende arrestar é o bem que foi transmitido mediante negócio jurídico e quando está em dívida no todo, ou em parte, o preço da respetiva aquisição.

²¹ Regulada no artigo 466.º.

²² Previstas no artigo 494.º.

²³ Artigo 591.º cujo paralelo se faz com o antigo artigo 508.º-A e artigos 592.º e 593.º.

²⁴ Previsto no artigo 596.º

²⁵ Como se lê *in Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*, de CORREIA, João, PIMENTA, Paulo e CASTANHEIRA, Sérgio, p. 6, “Tal Comissão era presidida pelo então secretário de Estado da Justiça João Correia e integrava mais nove elementos: António Abrantes Galdes, juiz desembargador, Armindo Ribeiro Mendes, advogado, Carlos Lopes do Rego, juiz conselheiro, Gabriela Cunha Rodrigues, juíza de direito, João Cardoso Alves, procurador-adjunto, João Paulo Remédio Marques, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Júlio

Constitucional, consagra uma inovação no regime dos procedimentos cautelares – a consagração da inversão do contencioso -, a que subjaz a ideia²⁷ de, mediante determinados pressupostos, evitar a repetição de uma causa, possibilitando assim às partes lograr obter uma decisão definitiva num curto espaço de tempo e com economia de meios.

Questão controversa²⁸ foi a que se relacionou com o facto da decisão de dispensar o requerente da providência, do ónus de ter que apresentar a ação principal – situação de deferimento da inversão do contencioso –, ser tomada sem que tenha existido contraditório prévio por parte do requerido. Porém, como se constata pelo corpo do n.º 2 do artigo 369.º, a inversão do contencioso pode ser decretada sem contraditório prévio do requerido.

Cumprirá, então, questionar se a decisão, independentemente do seu sentido, tomada sem o contraditório prévio do requerido, é passível de ser alterada após a realização deste contraditório, à semelhança do que acontece com a decisão sobre a providência cautelar. A resposta é afirmativa e está consagrada na lei, no artigo

de Castro Caldas, advogado, Miguel Teixeira de Sousa, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Paulo Pimenta, professor do Departamento de Direito da Universidade Portucalense e advogado. A Comissão era secretariada por Sérgio Castanheira, adjunto do secretário de Estado da Justiça.”

²⁶ Como se lê no texto citado na nota anterior – nota 25 – na mesma página, “Tendo havido eleições legislativas e mudança de Governo, a ministra da Justiça do XIX Governo Constitucional reconduziu a Comissão com todos os seus membros, atribuindo as funções de coordenação a João Correia e as funções de secretariado a Sérgio Castanheira, adjunto da ministra... . No essencial, do que se tratava era de possibilitar que a Comissão desse sequência ao seu trabalho e viesse a concluir a revisão do Código de Processo Civil.”

²⁷ Ideia esta plasmada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII da qual veio a resultar a Lei n.º 41/2013, de 26 de junho (Lei que sofreu uma alteração no seu artigo 989.º através da Lei n.º 122/2015 de 1 de setembro). Lê-se na referida Exposição de Motivos: “Quanto à disciplina dos procedimentos cautelares, quebra-se o princípio segundo o qual estes são sempre dependência de uma causa principal, proposta pelo requerente para evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício, evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar – obstando os custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efetivamente opunha as partes. Para alcançar tal objetivo, consagra-se o regime da inversão do contencioso.”

²⁸ Vide Parecer do Conselho Superior da Magistratura, a propósito da nova reforma, *in* <http://www.csm.org.pt>, onde se lê “Não vemos, na verdade, qualquer bondade ou interesse, que o Juiz desde logo decida, sem contraditório prévio, pela inversão do contencioso e depois, na decisão que aprecie a oposição subsequente do requerido venha a decidir novamente da manutenção ou revogação da inversão do contencioso inicialmente decretada.”

372.º, n.º 3 que ora se transcreve: “No caso a que se refere a alínea b) do n.º 1, o juiz decide da manutenção, redução ou revogação da providência anteriormente decretada, cabendo recurso desta decisão, e, se for o caso, da manutenção ou revogação da inversão do contencioso; qualquer das decisões constitui complemento e parte integrante da inicialmente proferida.”

CAPÍTULO II – A INVERSÃO DO CONTENCIOSO NOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES

1. A figura jurídica: origem, justificação e definição e regime

1.1. Origem da figura: fontes de inspiração

Não se conhecendo com elevado grau de certeza qual a origem desta figura, sabe-se, contudo, que o seu aparecimento no processo civil, apesar de original, não é livre de influências anteriormente conhecidas. Na verdade, no sistema jurídico português, podemos encontrar duas fontes de inspiração deste regime da inversão do contencioso.

O primeiro remonta ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) de 2002, onde, pela primeira vez, se prevê a possibilidade de, em sede de procedimento cautelar, se obter uma decisão definitiva sem necessidade da instauração da respetiva ação principal²⁹. Nesse contexto, isso acontece sempre que sejam carreados para o procedimento cautelar todos os elementos necessários que possibilitem, desde logo, ao julgador decidir *de meritis da causa* principal³⁰.

O segundo, que muito provavelmente se inspirou no supra referido regime do CPTA³¹, aparece no ano de 2006 no âmbito do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de

²⁹ Vide artigo 121.º do CPTA, sob a epígrafe “Decisão da causa principal”, onde no seu n.º 1 se lê “Quando a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos permita concluir que a situação não se compadece com a adoção de uma simples providência cautelar e tenham sido trazidos para o processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal.”

³⁰ Conforme refere SOUSA, M. Teixeira de, no texto subordinado ao título As providências cautelares e a inversão do contencioso, in <http://blogjppc.blogspot.pt>, p. 9, “A primeira expressão no ordenamento jurídico português da convolação da tutela cautelar em tutela definitiva consta do disposto no art. 121.º, n.º 1 do CPTA (2002) no âmbito do contencioso administrativo...”.

³¹ Opinião do citado autor M. Teixeira de Sousa, no texto referido na nota 30, quando, referindo-se ao regime previsto no artigo 121.º, n.º 1 do CPTA, diz “Pode presumir-se que este regime inspirou o que veio a ser estabelecido, no âmbito do processo civil, no art. 16.º RPCE (de 2006), no qual se prescreve que “quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal”.

junho, diploma que veio consagrar o regime processual civil experimental, regime esse expressamente revogado pelo artigo 4.º alínea d) da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Ali, em sede de procedimentos cautelares, era também possível ao julgador antecipar a decisão definitiva quando, em sede cautelar, estivessem já reunidas provas entendidas como suficientes para julgar a ação principal³².

Ambos os diplomas refletem objetivos de economia processual e preocupação de celeridade processual, sem nunca beliscar a razão última da lide, a justa composição definitiva, e são estes objetivos que também nortearam a consagração³³ da figura da inversão do contencioso, os quais se podem resumir no seguinte: desnecessidade de uma repetição de ações (uma cautelar e uma principal) onde se discute exatamente a mesma matéria e onde o fim é exatamente o mesmo, ou seja, onde a causa de pedir e o pedido são os mesmos e os meios de prova são, regra geral, também os mesmos e não outros.

Porém, apesar das semelhanças entre os regimes referidos, algo há que os distingue.

Enquanto nos primeiros (regime do CPTA e do regime processual civil experimental), existe sempre o contraditório prévio, nomeadamente sobre a intenção, por parte do julgador, de antecipação da decisão definitiva, na inversão do contencioso ora consagrada no CPC verificamos que a figura pode ter lugar sem o contraditório prévio por parte do requerido.

Por outro lado, nos primeiros, trata-se sempre de uma antecipação da decisão definitiva por parte e por opção do julgador que entende ter já reunidas as condições para, em sede cautelar, julgar em definitivo a causa principal, enquanto na inversão do

³² Vide artigo 16.º do DL n.º 108/2006, de 8.06 subordinado à epígrafe “Decisão da causa principal”, e cujo corpo do artigo é o seguinte: “Quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal.”

³³ Os objetivos são desde logo perceptíveis na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, onde se lê “Quanto à disciplina dos procedimentos cautelares, quebra-se o princípio segundo o qual estes são sempre dependência de uma causa principal, ...evitando que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar – obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos...”

contencioso, tal como está consagrada no novo CPC, tal opção não é da iniciativa do julgador e não pressupõe que o mesmo tenha já todos os elementos que poderia ter e que certamente se exigiria, na ação principal.

Sendo o fim o mesmo, o de evitar a repetição de causas, com evidentes ganhos na celeridade processual, os meios são, como se viu e como melhor resultará explanado ao longo deste texto, diferentes.

Contudo, não se encontra no direito português outra origem para o aparecimento desta figura no âmbito do CPC de 2013.

1.2. A justificação da figura

Já vimos³⁴ quais as razões que nortearam a consagração da figura da inversão do contencioso no nosso sistema processual civil, bem como os regimes mais próximos³⁵, inspiradores do seu aparecimento.

³⁴ O que se pretendeu foi, como é fácil de concluir, dar celeridade aos processos, agilizando, sempre que possível e obter a decisão final do litígio, de uma forma muito mais simples.

Vide a este propósito GERALDES, António Abrantes, no citado texto *Temas da nova reforma...*, pp. 48 e 49: “Em bom rigor, o Código de Processo Civil já não deveria suportar qualquer outra revisão. Assente num modelo criado em 1939, as modificações entretanto operadas a todos os níveis (político, social, sócio-profissional, económico, etc.) aconselhariam que se optasse pela elaboração de um novo Código estruturado a partir de um conjunto de princípios comumente aceites e guiado por objectivos programáticos que correspondessem às necessidades do sistema e de uma Administração da Justiça sensível aos problemas emergentes da sociedade e da economia”. E, continua o autor, “... a solução ideal passaria pela concentração de esforços na elaboração de um novo Código de Processo Civil, sustentado em determinados princípios consensualizados e que, de modo coerente, privilegiasse as normas que efectivamente exigem uma codificação... .. Porém, a prossecução de um tal objectivo, para além de uma firme vontade política, ... carecia ainda de tempo. Tempo de que não se dispõe, já que esta revisão (oxalá, a derradeira) ocorre numa conjuntura em que se mostra necessária a demonstração, a nível interno e externo, de uma firme vontade de modificar o actual paradigma processual, ajustando-o à efectiva tutela de direitos e às necessidades de uma economia processual.”

Não pode deixar de se referir as preocupações plasmadas no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (comumente designado por Memorando da Troika) e nas suas sucessivas atualizações, preocupações que refletem a imposição de medidas concretas a adotar pelo Estado Português. Cite-se, a título exemplificativo, o exposto na Terceira Atualização, de 15 de março de 2012, a propósito das ações civis nos tribunais:

“Continuar a melhorar a eficiência e agilizar o processo civil nos tribunais:

7.7. Apresentar, em junho de 2012, as propostas de alterações ao Código de Processo Civil, com base na proposta apresentada no final de 2011, que identifica áreas suscetíveis de melhoria, nomeadamente (i) consolidar a legislação para todos os aspetos dos processos de execução presentes a tribunal; (ii) conferir ao juiz poderes para agilizar os processos; (iii) reduzir as funções administrativas dos juízes; (iv) implementar prazos máximos para a resolução de processos nos

Importa agora perceber se seria assim tão premente trazer para o processo civil este novo regime.

Se pensarmos no regime dos procedimentos cautelares antes do Código de 2013, constatamos que estes apresentavam sempre a característica de instrumentalidade³⁶ face à ação principal³⁷. Aliás, também é assim em vários outros sistemas jurídicos como, por exemplo, o brasileiro³⁸, o italiano³⁹ e o espanhol⁴⁰.

Para além desta constatação, existe uma outra não menos importante e que tem a ver com o seguinte: por um lado, verificamos que um certo tipo de providências cautelares consubstancia, em si própria, a mesma situação jurídica que o ali requerente quererá ver definida em sede de ação principal, sendo que o recurso ao

tribunais, especialmente injunções, ações executivas e insolvências e (v) estabelecer um sistema de juiz singular para processos de pequeno valor, tendo em conta a audição das partes interessadas e uma análise de direito comparado.”

³⁵ A este propósito refere GONÇALVES, Marco Carvalho *in Providências Cautelares*, Almedina, janeiro de 2015, ISBN 978-972-40-5855-9, p. 158, “... importa salientar que a solução de estreitamento e/ou de afastamento do nexo de instrumentalidade das providências cautelares não é nova, aproximando-se antes, ainda que com as particularidades próprias do regime da inversão do contencioso previstas nos arts. 369.º a 371.º, da tendência legislativa de dispensa de propositura de uma ação principal que tem vindo a ser seguida nos demais ordenamentos jurídicos europeus, designadamente na Itália, na França e na Alemanha.”

³⁶ Assim o disse, por exemplo, GERALDES, António Santos Abrantes, *in Temas da reforma...*, Almedina, p. 330 e que ora se cita: “A instauração do procedimento não dispensa o requerente de propor a acção de que é instrumental ou de promover a mesma acção que já tenha sido instaurada.”

³⁷ Lembre-se o corpo do antigo artigo 383.º, n.º 1 do antigo CPC: “O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.”

³⁸ Vide artigo 308. do Novo CPC brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, onde se lê “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá que ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias...”, e parágrafo 1.º onde consta que “O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.” O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.” Contudo, o CPC brasileiro prevê, no seu artigo 307. que “Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.”

³⁹ A este propósito, CALAMANDREI, Piero defende, *in Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería El Foro SA, 1996, ISBN 950-826-028-9, p.44: “...en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o, como han dicho otros, de subsidiariedad, queliga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva...”

⁴⁰ A este propósito, LLOBREGAT, José Garberí *in Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch SA, 1.ª edição, janeiro de 2011, ISBN 978-84-9790-826-9, p. 435, escreveu: “Las medidas cautelares, ..., no presentan por sí mismas autonomía alguna. Ni constituyen proceso autónomo alguno desligado de cualquier referencia a una pretensión litigiosa a cuyo aseguramiento se hallan preordenadas, ni ostentan virtualidad ni vida propia extramuros del proceso cuyo buen fin pretenden garantizar. En suma, esta clase de medidas judiciales no poseen un fin independiente en sí mismas consideradas, sino que se encuentran siempre en directa conexión con un proceso declarativo principal.”

procedimento cautelar apenas se justifica em virtude de ser um procedimento mais célere do ponto de vista processual⁴¹; por outro lado e, por consequência do primeiro aspecto indicado, verifica-se que a matéria levada para os autos principais pelo autor é a mesma que foi⁴² ou será⁴³ levada aos autos do procedimento cautelar.

Falamos pois de providências cautelares que têm um caráter antecipatório⁴⁴, pretendendo, como o próprio nome indica, antecipar aquela que será a decisão definitiva. No leque dos procedimentos cautelares especificados⁴⁵, encontramos algumas providências que têm essa característica de antecipação, como a restituição provisória da posse⁴⁶, a suspensão de deliberações sociais⁴⁷, os alimentos provisórios⁴⁸ e o embargo de obra nova⁴⁹. Na verdade, facilmente se constata que, nestes casos, e salvo alguma alteração superveniente das circunstâncias iniciais, a matéria alegada em sede cautelar, no âmbito dos respetivos procedimentos, é a mesma que foi ou será alegada em sede de ação principal, não sendo previsível que exista alguma diferença significativa entre o requerimento que inicia o procedimento cautelar e a petição inicial da ação declarativa ou, ainda, o requerimento inicial no âmbito da ação executiva.

⁴¹ Trata-se, como sabemos, de um processo considerado urgente (artigo 363.º), o que significa que os prazos processuais para além de serem mais reduzidos (por exemplo o prazo de recurso (artigo 638.º, n.º 1), não suspendem nas férias judiciais (artigo 138.º, n.º 1 do CPC e artigo 28.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto)

⁴² Situação do procedimento cautelar que é preliminar à ação declarativa ou executiva.

⁴³ Situação do procedimento cautelar que é incidente da ação declarativa ou executiva. Cumpre referir que a expressão “incidente” aqui utilizada distingue-se dos incidentes da instância propriamente ditos e regulados no artigo 292.º e ss., pois como bem referem FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão e PINTO, Rui, *in Código de Processo Civil anotado*, vol. 2.º, 2.ª edição, Coimbra, 2008, ISBN 978-972-32-1616-5, p.7, “Estas providências cautelares são solicitadas nos procedimentos cautelares; não se trata, rigorosamente, de acções, ainda que preparatórias de outras ..., nem de incidentes, por terem lugar à margem do tratamento do objecto do processo e não terem, consequentemente, incidência na decisão final...”

⁴⁴ As providências cautelares podem ser antecipatórias ou conservatórias como prevê o artigo 362.º, n.º 1, onde se lê “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

⁴⁵ Previstos nos artigos 377.º e ss.

⁴⁶ Regulada nos artigos 377.º a 379.º

⁴⁷ Regulada nos artigos 380.º a 383.º

⁴⁸ Regulada nos artigos 384.º a 387.º

⁴⁹ Regulada nos artigos 397.º a 402.º

Sabemos⁵⁰ quantas vezes os articulados – requerimento inicial no âmbito do procedimento cautelar e petição inicial da ação – são praticamente a cópia um do outro, tal como são similares a oposição do requerido e a contestação do réu. Repetem-se, pois, tantas vezes, as peças processuais no que concerne ao seu conteúdo. E quantas vezes criticámos esta situação, lamentando não existir uma forma de evitar tal repetição, com o inerente impacto financeiro para as partes com pagamentos de taxas de justiça e com o inerente desperdício de tempo por parte do julgador que acaba por julgar, duas vezes⁵¹, a mesma situação jurídica, quando a podia ter decidido logo em sede cautelar.

Foi isto que o legislador pretendeu evitar com a consagração no CPC da figura da inversão do contencioso, possibilitando que uma decisão provisória se torne definitiva sem necessidade de ser “reapreciada” numa outra ação.

Não o fez nos mesmos termos que já o fizera, quer no CPTA, quer em sede de processo civil experimental, pois nestes regimes existia de facto uma antecipação por parte do julgador, da decisão que podia ser provisória mas que, perante determinadas circunstâncias⁵² e após a audição de ambas as partes, era, afinal, definitiva.

Neste novo regime trazido para o processo civil, existe uma decisão e existem dois momentos: um em que a decisão é provisória e outro em que a mesma decisão se torna definitiva, como adiante melhor se explicará.

A intenção é clara, perceptível e, a nosso ver, feliz⁵³: evitar a duplicação de ações com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido e contribuir para uma maior

⁵⁰ Referimo-nos maioritariamente aos aplicadores do direito processual civil, nomeadamente advogados e juizes.

⁵¹ Em bom rigor, às vezes até três, pois se considerarmos que a providência foi decretada sem o contraditório prévio, o julgador foi chamado a julgar, pelo menos três vezes, caso tivesse havido oposição em sede de procedimento cautelar, como maioritariamente há.

⁵² Explanadas supra no ponto 1 do capítulo II.

⁵³ Apesar de entender que o regime poderia ter sido outro, como adiante tentaremos explicar, mas, mesmo assim, esperando que os nossos tribunais o queiram, aplicar, sem receios, pois como afirma GERALDES, António Abrantes – *Temas da...*, p. 48, “Com frequência se verifica que não são propriamente as leis, mas determinadas perspetivas com que são encaradas pelos diversos intervenientes processuais as principais responsáveis pela ineficiência, pelo desperdício de meios ou pela abusiva utilização dos instrumentos processuais que interferem negativamente nos verdadeiros objetivos do processo civil: a justa composição do litígio em tempo razoável, com a necessária segurança jurídica.”

economia e celeridade processual, com a característica, também de realçar, de desonerar as partes dos custos com duas ações judiciais⁵⁴.

A inversão do contencioso só é possível quando o que o requerente pretende em sede cautelar é o mesmo que pretende na ação principal⁵⁵.

Já assim não é nas providências com características conservatórias, pois, nestas, o requerente pretende apenas assegurar a eficácia da decisão que, em sede de ação principal, venha a obter relativamente ao direito que aqui pretende ver acautelado, mas a causa de pedir num (procedimento cautelar) e noutra (processo principal) é diferente. Nas providências conservatórias, a preocupação principal do requerente é acautelar o *periculum in mora* e, com isso, assegurar-se que a decisão final que espera obter na ação principal seja passível de ser cumprida pelo réu, ali requerido. A função destas providências é uma função de garantia de algo que é futuro, incerto, apesar de previsível⁵⁶.

Assim, se, por exemplo, pensarmos no arresto⁵⁷, verificamos que, em sede cautelar, o requerente pretende prevenir a falta de eficácia de uma eventual e futura decisão favorável na ação principal. No procedimento cautelar de arresto⁵⁸, o requerente pretende, através da prestação de uma garantia a ser conferida pelo património do devedor, assegurar-se que o direito de crédito⁵⁹ que se arroga será

⁵⁴ Como bem refere SILVA, Paula Costa e, *in* Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar, *in* Revista do Ministério Público, Cadernos II de 2012, ISBN 978-972-9363-II-5 pp.138 e 139, "...um sistema que faça depender a vigência – não temporalmente limitada – de uma decisão cautelar de uma ulterior decisão definitiva confirmativa, porque propiciaria o desperdício e a desadequada afetação de recursos humanos, seria um mau sistema processual de realização de Justiça. Havia que mudá-lo. Foi este o ponto de partida da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil."

⁵⁵ A este propósito, *vide* SOUSA, M. Teixeira de, no citado texto *As providências cautelares...*, onde se lê: "Pode assim concluir-se que, nos casos em que a tutela definitiva e a tutela cautelar cumprem uma função totalmente distinta e prosseguem objectivos completamente diferentes, nunca se pode verificar a inversão do contencioso; ou, dito pela positiva: a inversão do contencioso só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a tutela definitiva que, se não tivesse havido inversão do contencioso, o requerente teria o ónus de requerer na subsequente acção principal."

⁵⁶ Para ver a providência decretada, o requerente tem sempre que fazer uma prova sumária do direito que se arroga e, por outro lado, tem que demonstrar que tem um fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito (cfr. artigo 362.º, n.º 1).

⁵⁷ Providência cautelar prevista no artigo 391.º e ss..

⁵⁸ *Vide* supra, nota 12, as novidades trazidas pela reforma de 2013 no âmbito do procedimento cautelar de arresto.

⁵⁹ O direito pode encontrar-se já reconhecido ou ser um direito que se pretende ver reconhecido em ação própria. *Vide* a este propósito o artigo 362.º, n.º 2.

satisfeito. Por outro lado, na ação principal, o, aqui, autor pretende ver reconhecido aquele direito de crédito.

A propósito das diferenças entre as providências cautelares antecipatórias e as providências cautelares conservatórias e, conseqüentemente, a propósito da aplicação da inversão do contencioso naquelas e não nestas, decidiu o Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do Acórdão de 19.05.2014⁶⁰, que “A inversão do contencioso prevista no artigo 369.º, n.º 1 do CPCivil só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a definitiva e, tendo em conta o elenco previsto no artigo 376.º, n.º 4 do mesmo diploma legal, apenas se a providência cautelar requerida de carácter nominado ou inominado – não tiver um sentido manifestamente conservatório.”

Aliás, esta conclusão resulta expressamente do disposto no artigo 376.º, n.º 4, já supra aludido.

1.3. Definição da figura e seu regime jurídico

1.3.1. Definição

Antes da tentativa de definição da figura, e porque se trata de um regime totalmente novo no nosso código de processo civil, cumpre indicar as disposições legais que se referem a esta figura. Iremos verificar que existem três artigos⁶¹ totalmente novos, sendo que as demais referências à inversão do contencioso aparecem em artigos já existentes no âmbito dos procedimentos cautelares e que, por isso⁶², foram alterados.

São as seguintes disposições legais sob as respetivas epígrafes:

⁶⁰ Como sabemos, na data da finalização da elaboração deste trabalho (fim de 2015 – início de 2016) o CPC de 2013 tem pouco mais de dois anos de vigência, pelo que ainda não é, nem podia ser, vasta a jurisprudência sobre as novidades da reforma, como a inversão do contencioso. Porém, existe já, nomeadamente, o acórdão aludido, no âmbito do processo n.º 2727/13.8TBPVZ.P1, relatado pelo Des. Manuel Domingos Fernandes.

⁶¹ Artigos 369.º, 371.º e 382.º.

⁶² Alguns deles seriam sempre alterados em virtude da renumeração dos artigos do CPC e da conseqüente alteração das remissões entre artigos.

- artigo 364.^o - Relação entre o procedimento cautelar e a ação principal

Refere-se, no seu número 1, à inversão do contencioso, criando uma exceção à regra da instrumentalidade entre o procedimento cautelar e a causa principal.

- artigo 369.^o - Inversão do contencioso (artigo novo)

Prevê os pressupostos da figura e consagra o seu regime.

- artigo 370.^o - Recursos

Prevê o regime da figura em sede de recorribilidade.

- artigo 371.^o - Propositura da ação principal pelo requerido (artigo novo)

Prevê as consequências quando é invertido o contencioso.

- artigo 372.^o - Contraditório subsequente ao decretamento da providência

Prevê a possibilidade de manutenção ou revogação da inversão do contencioso consequente ao contraditório, em sede de procedimento cautelar.

- artigo 376.^o - Aplicação subsidiária aos procedimentos nominados

Indica, no seu número 3 quais as providências cautelares, no âmbito dos procedimentos cautelares nominados, às quais se aplica a inversão do contencioso.

- artigo 382.^o - Inversão do contencioso

Prevê o regime do prazo para a propositura da ação de impugnação por parte do requerido, quando é decretada a inversão do contencioso em sede de procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Todas as disposições encontram-se no Livro II⁶³, Título IV⁶⁴, o qual é composto por dois capítulos, o primeiro dedicado ao procedimento cautelar comum⁶⁵ e o segundo aos procedimentos cautelares especificados⁶⁶.

Dediquemos agora a nossa atenção à tentativa de definição de inversão do contencioso.

⁶³ Subordinado ao título “Do processo em geral”.

⁶⁴ Subordinado ao título “Dos procedimentos cautelares”.

⁶⁵ Composto pelos artigos 362.^o a 376.^o.

⁶⁶ Composto pelos artigos 377.^o a 409.^o.

Fruto dos valiosos contributos dos Autores⁶⁷ que já se dedicaram a esta matéria, é possível adiantar uma definição, simples e clara⁶⁸, da figura da inversão do contencioso.

A definição⁶⁹ da inversão do contencioso extrai-se do disposto no artigo 369.º, onde estão previstos os seus requisitos⁷⁰. Através da análise desta disposição legal, é legítimo definir inversão do contencioso como a figura jurídica que, dependendo do pedido do requerente e do seu deferimento pelo juiz, origina que uma decisão provisória se torne definitiva, mediante o decurso do tempo e a falta de impulso processual por parte do requerido.

Identificamos, assim, cinco elementos nesta definição, os quais estão intrinsecamente relacionados com os requisitos dos quais a inversão do contencioso depende.

Vejamos os cinco elementos:

1. Impulso do requerente

A inversão do contencioso depende sempre de requerimento da parte que assume o papel de requerente no procedimento cautelar⁷¹. Não é, assim,

⁶⁷ Destacando-se, entre outros, Miguel Teixeira de Sousa, cujo texto, citado *As providências cautelares e a inversão do contencioso* é um importante contributo para a compreensão da figura; João Correia, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira, a propósito da explanação das alterações consagradas no novo CPC, na obra citada *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*; Rita Lynce de Faria, no texto *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela comissão de reforma do código de processo civil*, in *Revista do Ministério Público, Cadernos II de 2012, Debate A reforma do processo civil de 2012, Contributos*, p. 46-47; Paula Costa e Silva, in *Cautela e Certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*, in *Revista do Ministério Público, Cadernos II de 2012, Debate A reforma do processo civil de 2012, Contributos*, p. 139; Marco Carvalho Gonçalves, na sua obra *Providências Cautelares*.

⁶⁸ A definição seria até dispensável, já que a alusão e explicação dos seus pressupostos e regime, como bem fizeram os Autores referidos, tornam fácil a compreensão da figura. Assim o entendo também, mas prevendo que este trabalho possa vir a revestir o interesse de jovens alunos que se iniciam nas teias do direito, vou deixar-me levar pela tentação de, tentar (perdoem-me o aparente pleonasmo) definir a figura.

⁶⁹ Que não nos é dada de uma forma direta pelo diploma legal.

⁷⁰ E que nos faz perceber em que consiste. Como afirma NETO, Abílio, in *Novo Código de Processo Civil Anotado*, Ediforum Edições Jurídicas Lda., janeiro de 2014, ISBN 978-989-8438-10-2, p. 437, nota 6. “A inversão do contencioso consiste no seguinte: em vez de ser o requerente da providência a ter o ónus de propor uma acção principal destinada a confirmar ou consolidar a tutela decretada, cabe ao requerido dessa mesma providência instaurar uma acção de impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da tutela provisória.”

⁷¹ Veja-se o n.º 1 do artigo 369.º: “Mediante requerimento, o juiz,...

possível que seja o juiz a decidir a inversão do contencioso sem que antes disso lhe seja pedido – não pode ser decretado *ex officio*. E esse requerimento pode ser feito, *ab initio*, logo no requerimento com que se inicia⁷² o procedimento cautelar, mas pode ser feito também até ao encerramento da audiência final⁷³.

2. Deferimento pelo juiz

O juiz tem que deferir o pedido do requerente, decidindo pela inversão do contencioso. Para isso acontecer é necessário que se verifiquem dois requisitos⁷⁴, cumulativos, a saber:

- a) a matéria adquirida no procedimento tem que permitir ao juiz formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado; e
- b) a natureza da providência decretada há-de ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio⁷⁵.

3. Decisão provisória tornada definitiva

Através da inversão do contencioso, uma decisão que era tendencialmente provisória, consolida-se em definitiva.

Esta consolidação apenas acontece se se verificarem, cumulativamente, os dois elementos referidos em 4 e 5.

4. Decurso do tempo

⁷² Conforme dispõe o artigo 369.º, n.º 4, o pedido de inversão do contencioso interrompe o decurso do prazo de caducidade a que o direito acautelado esteja sujeito. Assim, será de toda a conveniência para o requerente, nestas situações, que o requerimento seja apresentado com o requerimento inicial. Neste sentido, *vide* Marco Carvalho Gonçalves, *in* obra citada *Providências Cautelares*, p. 162, “... 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 de propositura da ação principal seja deduzido logo no requerimento cautelar inicial.”

⁷³ Assim, n.º 2 do artigo 369.º: “A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final;...”

⁷⁴ Requisitos a desenvolver neste trabalho em momento posterior.

⁷⁵ GONÇALVES, Marco Carvalho, *in* *Providências...*, p. 162, refere tratar-se de um “... pressuposto óbvio da inversão do contencioso, pois só assim se conseguiria conceber a viabilidade de composição definitiva do litígio através de uma providência que, em regra, não se encontra formatada para tal finalidade.”

Após o trânsito em julgado que decretou a providência e a inversão do contencioso, o requerido dispõe do prazo de 30 dias para impugnar tal decisão.

5. Falta de impulso processual do requerido

É da responsabilidade do requerido impugnar esta decisão provisória, caso não se conforme com a mesma⁷⁶. Após o trânsito em julgado que decretou a providência e a inversão do contencioso, o requerido dispõe, como se indicou no ponto 4., do prazo de 30 dias para impugnar tal decisão. Se não o fizer, aquela decisão que *ab initio* era provisória tornar-se-á definitiva.

É certo que o requerido não tem que impugnar a decisão e só o fará se não se conformar com a mesma pois, conformando-se, aceitará que aquela seja definitiva. Faz-se notar que o requerido já teve, antes, seja em sede de contraditório, prévio ou não, no âmbito do próprio procedimento cautelar, oportunidade de deduzir a sua oposição à pretensão do requerente, pelo que, após ter terminado esse percurso, é previsível que entenda que uma eventual impugnação da decisão cautelar, onde os mesmos factos e argumentos já aduzidos antes não surtiram o efeito eventualmente desejado, seja absolutamente dispensável e desnecessária. Daí que seja de esperar que, em tais circunstâncias, o requerido, se conforme com o julgado, não intentando a correspondente ação.

1.3.2. Regime jurídico

É partindo dos elementos supra elencados, desenvolvendo-os, que podemos analisar o regime jurídico desta figura.

Assim, a inversão do contencioso depende sempre de uma manifestação de vontade do requerente da providência, o qual pede ao juiz que inverta o contencioso e, conseqüentemente o dispense do ónus de propor a ação principal.

⁷⁶ Vide artigo 371.º, sob a epígrafe “Propositura da ação principal pelo requerido”, onde no seu n.º 1 se lê “...logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido 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 decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.”

Tal requerimento pode ser apresentado até ao encerramento da audiência final o que significa, por um lado, que a inversão do contencioso nunca pode ser decretada oficiosamente e, por outro lado, que é ao requerente que se impõe ponderar se lhe interessa que a decisão que pretenda obter pela via cautelar, seja definitiva, decidindo, assim, se lhe interessa requerer ou não a dispensa de propor a ação principal.

Por seu lado, para que o juiz decida inverter o contencioso, têm que se verificar, cumulativamente, os dois requisitos acima apontados: por um lado, a matéria adquirida no âmbito do procedimento tem que lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e, por outro lado, a natureza da providência cautelar tem que ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

1.3.2.1. A convicção segura

Com o primeiro requisito – **o de a matéria adquirida no procedimento permitir ao juiz formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado** – deparamo-nos com um conceito vago, o qual carece de ser concretizado e preenchido, caso a caso, pelo juiz. Referimo-nos ao conceito de “convicção segura”.

Mas, quando é que o juiz forma convicção segura?

Não quererá isto dizer que se passará a exigir ao requerente que, ao invés de uma prova sumária do direito que se arroga, como é pressuposto no âmbito dos procedimentos cautelares, faça uma prova segura e plena daquele direito? E mesmo fazendo-o, o juiz poderá sempre considerar que, apesar dessa prova, ainda não formou convicção segura acerca da existência do direito invocado. Desde logo, assim se poderá concluir, maioritariamente, em sede de procedimentos cautelares sem contraditório prévio por parte do requerido. Isto porque, equaciona-se, como é que é possível formar convicção segura sem ouvir a outra parte?

Mas, a ser assim, esta convicção segura transformava-se num requisito de certeza absoluta (se é que se pode falar de certeza absoluta do juiz), o que levava a

que a inversão do contencioso fosse quase sempre indeferida, maioritariamente quando não existisse contraditório prévio.

Não nos parece que tivesse sido esta a intenção do legislador, ou seja, duvidamos que a intenção do legislador tivesse sido alterar os pressupostos para a providência ser decretada (prova plena do direito que o requerente se arroga, em vez de prova sumária), e também não nos parece que, para que o requerente seja dispensado do ónus de apresentar a ação principal, o juiz tenha que ter certeza acerca da existência do direito acautelado. Tais alterações e exigências significariam subverter o cariz dos procedimentos cautelares, nos quais não se exigem certezas mas, tão só, probabilidades sérias.

Com efeito, entendemos que o legislador continua a exigir que o juiz, nas providências cautelares, emita um juízo de probabilidade séria sobre a veracidade dos factos alegados. O que acontece é que, perante um pedido de inversão do contencioso, o juiz passará a ser mais exigente consigo próprio e só decretará a peticionada inversão do contencioso se, e apenas, se puder formar uma convicção segura acerca da veracidade da factualidade alegada e provada. Isto significa que, perante um pedido de inversão do contencioso, o juiz deixará de se contentar apenas com um *fumus boni iuris*, para exigir de si próprio a convicção de que a sorte da demanda não pode deixar de ser outra, mesmo que, *ad futurum*, a parte requerente intente uma ação com base nos mesmos fundamentos. Não estando seguros disso, apesar do pedido de inversão do contencioso, o juiz, caso não tenha formado uma “convicção segura da existência do direito acautelado”, outra solução não terá que não seja a de não deferir o pedido de inversão do contencioso.

Com isto, voltamos a enunciar o conceito em análise. Esta “convicção segura”, referida no n.º 1 do artigo 369.º, não é o mesmo que “probabilidade séria da existência do direito”, pressuposto necessário para o juiz decretar uma providência cautelar⁷⁷?

Parece-nos que não é a mesma coisa, sendo certo que a probabilidade séria é necessariamente um meio, senão o meio, de alcançar a convicção segura. Se, ao invés, considerássemos que as expressões eram sinónimas, era dispensável o pressuposto da convicção segura pois, sendo decretada a providência, pressupondo a

⁷⁷ Ver artigo 368.º onde, no n.º 1 se lê que “A providência é decretada desde que haja probabilidade seria da existência do direito...”

probabilidade séria da existência do direito, seria sempre também deferida a dispensa do ónus de propositura da ação pelo requerente⁷⁸.

Vemos que assim não é. A “convicção segura” é algo mais profundo, representa algo de mais exigente do que o mero juízo perfunctório que o juiz emite na generalidade das providências cautelares, no que respeita à segurança, à certeza de que o direito acautelado, de facto, existe⁷⁹. Exige, pois, ao juiz, que aprofunde a matéria que é trazida para os autos cautelares, que a compreenda e que, em virtude da mesma, lhe seja possível concluir, com algum grau de certeza, que o direito acautelado existe. Há como que uma tomada de consciência forte por parte do julgador⁸⁰ que, perante a matéria carreada para o procedimento, poucas ou nenhuma dúvida lhe restam de que os factos alegados são verdadeiros e que os mesmos suportam o pedido. Note-se que a verdade que o juiz procura é epistemológica e nunca poderá ser ontológica.

Mas, como será isto possível em sede cautelar quando a prova que se faz é uma prova sumária?⁸¹

Não cremos ser impossível que, apesar disso, tal aconteça em sede cautelar⁸², parecendo, porém, evidente que a convicção segura da existência do direito acautelado, a existir, será sempre consequência do juízo de probabilidade séria da existência do direito. Ou seja, concluindo o juiz pela probabilidade séria da existência

⁷⁸ Posição esta defendida no final deste trabalho.

⁷⁹ A este propósito, vários autores: por exemplo, *vide* por exemplo SOUSA, M. Teixeira de, no texto citado *As providências...*, p. 11, “...o que conta é que o juiz forme convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência.”

⁸⁰ Consciência essa para a qual contribuirão certamente as regras de experiência do juiz, como bem afirma RANGEL, Rui Manuel de Freitas, na sua dissertação de mestrado sobre o *O ónus da prova no processo civil*, 3.^a ed., Almedina, 2006, ISBN 9789724029283, p. 57, onde se lê “As regras de experiência são o resultado da combinação dos vários elementos (científico, artístico, técnico, social e económico) que formam a experiência da vida de qualquer pessoa, no caso, o juiz, que o habilita a olhar atentamente e a observar o mundo exterior e a conduta humana de uma certa maneira, o que lhe confere uma outra tranquilidade e serenidade, na sua apreciação, valoração e fixação dos factos provados e na aplicação da lei aos factos provados.”

⁸¹ *Vide* a este propósito, SILVA, Paula Costa e, no texto citado *Cautela e certeza...*, p. 146, onde se lê “...a ideia de um juízo de certeza dificilmente se compatibiliza com uma instrução que o decisor sabe ser amputada.”

⁸² Como afirma DAUDÍ, Vicente Pérez, *in Las Medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier Libros Juridicos, 2012, ISBN 978-84-1590-08-5, p. 70, “Para establecer el grado de conocimiento debemos analizar si em función de la mayor o menor injerencia en la esfera jurídica del demandado el órgano jurisdiccional debe conocer con más intensidad de la cuestión litigiosa para decidir si procede o no la adopción de la medida cautelar solicitada.”

do direito, poderá vir a formar, ou não, convicção segura da existência desse direito, mesmo em sede de um procedimento em que a instrução assume características sumárias⁸³.

Quanto ao segundo requisito, de verificação cumulativa - a natureza da providência cautelar ter que ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio -, remetemos para o exposto supra no ponto "1.2. justificação da figura". Assim, a inversão do contencioso só é passível de ser aplicada nas providências cautelares que têm um carácter antecipatório, como ali se disse, e não às de carácter conservatório. Naquelas, o que o requerente efetivamente pretende é antecipar a decisão definitiva, sendo certo que o direito que se arroga em sede cautelar, a causa de pedir e respetivos fundamentos e, maioritariamente, os meios de prova, são exatamente os mesmos que se arrogaria e utilizaria em sede definitiva⁸⁴.

No que respeita aos procedimentos nominados, a figura é aplicável, conforme já se disse, àqueles que se encontram indicados no artigo 376.º: restituição provisória da posse, suspensão de deliberações sociais, alimentos provisórios, embargo de obra nova, bem como outras providências previstas em legislação avulsa⁸⁵ cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio.

Já no que concerne aos procedimentos cautelares inominados, podia começar por se levantar o problema de saber se a inversão do contencioso lhes seria aplicável. Parece não haver dúvidas de que a resposta é afirmativa, desde logo pela organização sistemática quanto à inserção da figura. Como se vê, a mesma encontra-

⁸³ Desenvolveremos um pouco melhor este assunto, mais à frente.

⁸⁴ Como refere M. T. de Sousa, no mesmo texto já citado, p. 5, "*Em geral, o objecto do procedimento cautelar é um minus e um aliud em relação ao objecto da acção principal: as providências cautelares não visam obter o mesmo que se pretende alcançar através da acção principal. A excepção a esta regra é constituída pelas providências com uma finalidade de antecipação: estas providências constituem um tantus e um similis em relação ao objecto da acção principal.*" Quando assim é, o autor fala de uma "*instrumentalidade satisfativa.*"

⁸⁵ Citando NETO, Abílio, no já referido Novo CPC anotado, p. 453, anotação 2 ao artigo 376.º, "De entre os procedimentos cautelares previstos em legislação avulsa destacámos, pela sua relevância prática, os relativos à apreensão de veículos automóveis (arts. 15.º a 22.º do DL n.º 54/75, de 24-2), à locação financeira (art. 21.º do DL n.º 149/95, de 24-5, na redacção do DL n.º 30/2008, de 25-2), e ao direito de propriedade industrial (art. 338.º-I do DL n.º 143/2008, de 25-7)".

se prevista no capítulo I do título IV, ou seja, no conjunto das normas respeitantes ao procedimento cautelar comum⁸⁶.

No âmbito desta questão, há quem vá um pouco mais longe e duvide da inaplicabilidade da figura ao arresto⁸⁷ "...se o pedido compreender a condenação do requerido no cumprimento da obrigação..."⁸⁸. Na verdade, apesar de criticável, não podemos esquecer que o arresto configura também ele próprio, uma providência antecipatória, não do direito que se pretende acautelar mas sim antecipatória do receio da perda da garantia patrimonial do credor/requerente.

1.3.2.2. O ónus que recai sobre o requerido

Uma vez transitada em julgado a decisão que decretou a providência cautelar e inverteu o contencioso, o requerido, caso pretenda impugnar a existência do direito

⁸⁶ A este propósito, *vide* Acórdão do TRP, de 19.05.2014, *in* <http://www.dgsi.pt/tjrp>

⁸⁷ Citando Abílio Neto, Novo CPC Anotado, p. 454, anotação 8.

⁸⁸ A este propósito, *vide* SILVA, Paula Costa e, *Cautela e certeza...*, p. 142, onde se lê: "...se, em providência cautelar de arresto, o requerente carrear para o processo todos os elementos que permitam ao juiz atingir um juízo de certeza acerca do direito de crédito que se alega perigar, e se, para além deste requisito, for viável que, numa qualquer fase do procedimento, ao pedido de arresto acresça o pedido de condenação do requerido/réu no cumprimento da obrigação, pergunta-se: porque não poderá o juiz proferir imediatamente decisão condenatória do réu no cumprimento, acrescida do decretamento do arresto?"

Tentando compreender o alcance desta solução que é proposta pela autora, com o sentido de cumprir uma das preocupações subjacentes à reforma do processo civil, a de combater "...a morosidade das ações que visam obter a definitiva composição dos litígios...", citando REGO, Carlos Lopes do, no texto Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso, *in Revista Julgar* N.º 16, (jan/abr 2012), ISBN 978-216-5482-90-7, p. 107, temos, porém, alguma dificuldade em perspetivar que no procedimento cautelar de arresto, o requerente faça o pedido de condenação do requerido (ainda não réu, pelo menos em sede de procedimento cautelar) no cumprimento da obrigação, uma vez que isso não se enquadra nos fundamentos de tal providência cautelar (*vide* artigo 391.º). A não ser que se tivesse procedido também a uma alteração de tais fundamentos, o que, como sabemos, não ocorreu. Equaciona-se se isso, existindo em sede cautelar, podia eventualmente ser aproveitado ao abrigo do dever de gestão processual previsto no artigo 6.º, mas confessa-se que se tem igual dificuldade em chegar a tal conclusão. É certo que a autora refere "numa qualquer fase do procedimento" e por isso ficaremos todos na expectativa de concretização deste momento e do modo de o conseguir em sede cautelar. Receia-se, porém, que imbuídos pela tentativa de agilizar procedimentos e preocupados sobretudo com a celeridade processual, nos possamos precipitar ao tentar abarcar tudo no mesmo processo, desvirtuando a característica de urgência que está na sua essência e que justifica dispensar muito do que é exigido em sede de ação principal, definitiva e não cautelar no que respeita a providências conservatórias.

A este propósito, *vide* também FARIA, Paulo Ramos de, LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, 2014, ISBN 978-972-4057-45-3, p. 344. Para estes autores, "a mera apreensão de um bem nunca é idónea à composição definitiva da relação creditícia."

acautelado, tem o ónus de apresentar a ação judicial respetiva⁸⁹. Para o efeito, dispõe do prazo de 30 dias a contar da notificação.

Não tem que o fazer, ou seja, pode não apresentar esta ação e, como já se referiu supra (em 1.3.2.1., ponto 5, falta de impulso processual do requerido), prevê-se que, na maior parte dos casos, não o faça, desde que tenha exercido⁹⁰ o contraditório em sede de procedimento cautelar.

De seguida, no sentido de melhor analisar as possibilidades ao dispor do requerido, opta-se por esquematizar e distinguir: procedimento cautelar sem contraditório prévio e com contraditório prévio.

a) Procedimento cautelar sem contraditório prévio

Uma vez decretada a providência sem contraditório prévio, o requerido pode reagir contra a decisão que a decretou, recorrendo⁹¹ da decisão ou opondo-se à decisão⁹². Em qualquer das reações, o requerido pode impugnar a decisão que tenha invertido o contencioso, com refere o artigo 372.º, n.º 2.

É certo que a norma refere “pode impugnar”, o que significa que não tem que o fazer necessariamente. Então, podemos ter situações em que o requerido apresenta recurso da decisão que decretou a providência ou opõe-se à mesma, não impugnando a decisão sobre a inversão do contencioso. E, esgotada esta fase na primeira instância, pode o requerido, após decisão do trânsito em julgado da decisão que confirmou a providência decretada, vir a impugnar a existência do direito acautelado, requisito que, alicerçado na convicção segura da existência desse direito, terá determinado a inversão do contencioso.

O requerido tem, pois, ao seu dispor dois momentos para impugnar a decisão da inversão do contencioso - o momento da oposição e o momento do recurso (com ou

⁸⁹ Vide artigo 371.º, n.º 1

⁹⁰ Na verdade, poderá não usar o contraditório em sede de procedimento cautelar, não se opondo, nem recorrendo e optar apenas por impugnar, em ação própria, a existência do direito.

⁹¹ Se verificados os pressupostos plasmados no artigo 372.º, n.º 1, alínea a).

⁹² Nos termos do artigo 372.º, n.º 1, alínea b).

sem oposição) – e tem um momento para impugnar a existência do direito acautelado - o momento da ação de impugnação – com a apresentação da respectiva ação.

Em sede de recurso, o requerido, como não pode deixar de ser, tem a oportunidade de impugnar a decisão que decretou a providência. E isto quer tenha tomado posição prévia à decisão, quer só a tenha tomado após o decretamento.

E no que diz respeito ao pedido de inversão do contencioso, pode tomar posição quer na oposição deduzida (antes ou depois), quer em sede recursiva, caso o juiz mantenha a posição de inversão do contencioso.

Naqueles irá certamente discutir a bondade da decisão que inverteu o contencioso, se os pressupostos estavam preenchidos ou não, se, eventualmente, face à prova produzida podia o juiz ter formado convicção segura acerca da existência do direito. Neste – momento da ação de impugnação - o requerido terá a oportunidade de impugnar a própria existência do direito acautelado.

b) Procedimento cautelar com contraditório prévio

Existindo contraditório prévio, o requerido tem oportunidade de se pronunciar sobre o pedido de inversão do contencioso, caso o requerente já o tenha peticionado, pois, como já referido, este poderá fazê-lo até ao encerramento da audiência final.

Além disso, o requerido poderá ainda recorrer da decisão de inversão do contencioso, caso entenda recorrer da decisão sobre a providência requerida⁹³.

Até aqui, temos igualmente dois momentos de reação contra a inversão do contencioso, sendo que apenas o primeiro deles é diferente do anteriormente referido, pois enquanto aquele prevê uma reação, em sede de oposição, à inversão do contencioso já decidida, neste (com contraditório prévio), o primeiro momento ocorre como reação apenas ao pedido de inversão, pois que o mesmo ainda não foi objeto de decisão.

Quanto ao terceiro momento de reação, tudo se passa como supra se expôs: já não é a reação à decisão de inversão do contencioso, mas a reação à existência do direito acautelado, em sede de ação de impugnação.

⁹³ É o que refere o disposto no artigo 370.º, cujo número 1 foi acrescentado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de junho, sendo que o número 2 corresponde, com alterações, ao antigo artigo 387.º-A.

Voltando à disposição legal do artigo 370.º, n.º 1⁹⁴, impõe-se retirar duas conclusões que decorrem da norma e enunciar uma terceira:

- a primeira é que a decisão da inversão do contencioso só é recorrível se houver recurso da decisão sobre a providência requerida;

- a segunda é que a decisão que indefira a inversão do contencioso é sempre irrecorrível⁹⁵;

- a terceira, a que ora se enuncia, é de saber se é possível recorrer da decisão de inversão do contencioso quando se recorre da decisão sobre a providência decretada, quando esta difere da providência requerida.

Conforme dispõe o número 3 do artigo 376.º, “o tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida...”, sendo possível que venha a decretar uma providência cautelar suscetível de, segundo o seu entendimento, cumprir melhor os objetivos que o requerente pretende ver atingidos⁹⁶. Então, pergunta-se, caso a providência decretada seja diferente da requerida, pode a inversão do contencioso ser objeto de recurso?

A resposta afirmativa afasta-se de uma interpretação meramente literal da norma e é aquela que, no nosso entender, está de acordo com o espírito do legislador. Acredita-se que a sua intenção não terá sido a de limitar o recurso da decisão da inversão do contencioso para além da situação em que a mesma é indeferida, mas sim a de prever que tal decisão só é suscetível de recurso, quando há recurso da própria decisão que decretou a providência cautelar, seja a providência que foi requerida, seja aquela que foi decretada, quando diferente da requerida.

Sob uma outra perspetiva, mas ainda em sede de recursos, uma outra questão se enuncia.

⁹⁴ Que se transcreve: “A decisão que decreta a inversão do contencioso só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida; a decisão que indefira a inversão é irrecorrível.”

⁹⁵ Regra esta para a qual se encontra uma exceção prevista no artigo 372.º, n.º 3. Se, em sede de recurso, o juiz decidir pela revogação da inversão do contencioso, teremos duas decisões opostas (a da primeira instância e a do tribunal de recurso) o que legitimará a possibilidade de recorrer.

⁹⁶ Neste sentido *vide* AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 12ª ed., 2015, ISBN 978-972-40-5952-5, p. 52 onde se lê que “O tribunal não está vinculado a decretar a medida cautelar concretamente requerida, podendo antes decretar a providência cautelar que julgue mais adequada ao caso concreto. Trata-se de uma exceção ao princípio dispositivo consagrado no art.º 609.º.”

Considerando que a medida cautelar decretada é diferente (seja diferente propriamente dita, seja diferente pela extensão) da requerida e o juiz decide pela inversão do contencioso, podemos considerar a hipótese do requerente pretender recorrer da inversão do contencioso mas não da decisão que decretou uma providência diferente da que foi requerida.

Exemplifiquemos para facilidade de compreensão.

Considere-se um procedimento cautelar em que o requerente pretendeu ver decretada a providência cautelar de alimentos provisórios⁹⁷, prevista no artigo 384.º. Do seu requerimento conclui-se que o requerente pretende ver decretada a providência cautelar de alimentos provisórios na quantia de 300,00 € mensais, bem como a dispensa do ónus de propor a ação principal (ou seja, pretende que seja invertido o contencioso).

Produzida a prova, a decisão que vem a ser proferida é a seguinte: decreta a providência cautelar de alimentos provisórios fixando a prestação de alimentos mensais na quantia de 100,00 € e inverte o contencioso.

A decisão – valor da prestação de alimentos – interessa (na hipótese que estamos a considerar) ao requerido que, por se conformar com a mesma, não pretende impugnar o direito acautelado através da ação própria e, por isso, se não o fizer, a decisão consolidar-se-á como definitiva⁹⁸.

Contudo, a medida da providência decretada – 100,00 € em vez dos 300,00 € requeridos não interessa ao requerente. Resulta da decisão proferida que o requerente decaiu em 200,00 €.

Porém, entende o mesmo que não tem fundamento para recorrer da medida provisória, dado que considera que, face aos elementos apurados em sede de procedimento cautelar, o julgador decidiu bem. Porém, a expectativa do requerente era que o julgador pudesse decidir de forma diferente, até porque, enquanto ali o requerente se preocupou com a prova sumária do seu direito, aqui, outros critérios são exigíveis em termos de prova.

⁹⁷ Como sabemos uma das providências para as quais o legislador pensou a inversão do contencioso, por aplicação do disposto no artigo 376.º.

⁹⁸ Sem prejuízo do estatuído no n.º 2 do artigo 619.º.

Em suma, porque não pretende recorrer da medida decretada⁹⁹, mas também porque não se conforma com a mesma (pois tinha a expectativa de lhe ser decretada a providência cautelar em valor superior), cumpre saber se, neste caso, o requerente ainda pode apresentar a ação principal no sentido de obter a pretendida prestação de alimentos de valor superior.

Na verdade, a figura da inversão do contencioso, uma vez decretada pelo tribunal, dispensa o requerente de apresentar a ação principal mas será que afasta a possibilidade deste o fazer, querendo?

Entendemos que a questão é pertinente e podemos sugerir várias hipóteses de resposta, sem contudo as esgotar.

Desde logo, e tendo sempre como ponto de partida o exemplo aqui indicado, o requerente para ver a prestação de alimentos ser fixada em montante superior àquele que foi fixado em sede cautelar, tem que tentar convencer o tribunal de que o valor fixado a título provisório é insuficiente e isso só o conseguirá em sede de ação principal. Mas, tendo-lhe sido deferida a inversão do contencioso, pode este mesmo requerente apresentar uma ação tendente a obter uma prestação de valor superior?

Podemos considerar que a nova ação só terá sucesso caso haja alteração de circunstâncias. Neste caso, não temos dúvidas mas a questão prende-se em saber se é possível o requerente apresentar uma ação para tentar obter uma prestação de alimentos de valor equivalente ao que requereu em sede cautelar, mas que não logrou ver decretada.

Sem prejuízo de mais e melhor reflexão, tendemos a responder que no que respeita ao valor decretado em sede cautelar, tendo sido deferida a inversão do contencioso, tal valor consolidar-se-á em definitivo se não for impugnado pelo requerido. Mas para lograr obter valor superior, o requerente poderá apresentar ação declarativa destinada a tal objetivo, não só por alteração das circunstâncias, mas também por, face às mesmas circunstâncias, entender que em ação declarativa tem mais possibilidades para demonstrar o direito que se arroga, nomeadamente em termos de produção de prova, possibilidades que não teve em sede cautelar.

⁹⁹ Não porque concorde com ela, mas antes porque não identifica fundamentos para o recurso.

Outra hipótese seria considerar que o juiz não pode decretar a inversão do contencioso se não decretar a providência cautelar no seu todo e então, neste caso, só poderíamos ter uma de duas soluções: ou o juiz defere a inversão do contencioso e decreta a providência tal como foi requerida ou, caso entenda decretar a providência num *quantum* diferente do peticionado, não poderá decretar a inversão do contencioso¹⁰⁰.

Ou será que devemos analisar o assunto sob uma outra perspetiva, a da convicção segura do direito acautelado na sua total extensão? Será que este direito acautelado é o direito a alimentos, enquanto tal (no exemplo usado), ou é o direito a alimentos no valor de 300,00 € mensais?

Se entendermos que é esta última a solução, então certamente a inversão do contencioso nunca seria decretada, pois o julgador não formaria convicção segura da existência do direito a alimentos no valor de 300,00 €, mas tão só no valor de 100,00 €. A ser assim, estamos perante um falso problema¹⁰¹, o que não nos parece corresponder ao regime vigente.

Voltando à questão do ónus que impende sobre o requerido, refira-se que o mesmo confere coerência¹⁰² à figura da inversão do contencioso. Isto porque se a figura pressupõe que a pretensão que o requerente fez em sede cautelar é a mesma que faria em sede de ação principal (por isso recorreu ao pedido de dispensa da propositura da ação principal, pedindo o deferimento da inversão do contencioso) e se pressupõe evitar a duplicação de ações com o mesmo objeto e o mesmo fim, então

¹⁰⁰ Vide neste sentido SOUSA, Miguel Teixeira de, *paper* sob o tema *Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares*, disponível in <http://blogippc.blogspot.pt/>, onde se lê que “Se o juiz decidir no plano da inversão do contencioso, só pode decretar ou não decretar (no todo ou em parte) essa inversão quanto à providência cautelar pedida pelo requerente, não podendo decretar a inversão do contencioso quanto a uma providência cautelar diferente daquela que o requerente solicitou.”

¹⁰¹ Não nos parece, contudo, que assim seja, considerando antes que, no exemplo referido, o que se pretende ver acautelado em sede cautelar é o direito a alimentos e não tanto a proporção com que os mesmos são determinados. São muitas, ainda, as dúvidas acerca das implicações geradas pela criação da figura da inversão do contencioso, havendo pois um longo caminho a percorrer, evoluindo necessariamente com a jurisprudência dos nossos tribunais, a qual, sobre esta matéria, neste momento é praticamente inexistente.

¹⁰² Apesar de criticável, a figura da inversão do contencioso é, a nosso ver e como já referido, uma boa solução para o fim último (ou primeiro) que se pretendeu alcançar – o de evitar mais uma ação judicial com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, tudo em prol do princípio da economia processual.

parece lógico impor a quem não se conforma com a decisão e, porventura, pretende demonstrar que o direito acautelado não existe, que acione os meios legais aptos a tal demonstração e, no caso, o meio legal é a ação de impugnação da existência do direito acautelado.

Por outro lado, caso também o requerido se conforme com a decisão em sede cautelar, então é porque também ele reconhece que o direito acautelado existe, estando, assim ambas as partes conformadas (o requerente está mais do que conformado, está satisfeito por ver o seu pedido decretado) com a decisão, sendo dispensável a necessidade de confirmação (do lado do requerente) da mesma ou de impugnação (do lado do requerido), sendo suficiente que ambos deixem que, pelo decurso do tempo, aquela decisão, que era provisória, se consolide em definitiva.

Esta consolidação obtém-se também no caso de o processo estar parado mais de 30 dias por negligência do autor (que foi requerido) ou no caso de absolvição do réu (que foi requerente) da instância e o autor não propuser nova ação em tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior¹⁰³.

Não se conformando e pretendendo impugnar, cumpre referir que se mantêm as regras da distribuição do ónus da prova¹⁰⁴, sendo que “àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado”, conforme dispõe o artigo 341.º do Código Civil.

No caso dos procedimentos cautelares, isto significa que é sempre do requerente o ónus de provar os factos que alegou e que são constitutivos do seu direito, mesmo assumindo a qualidade de réu, como assume na ação de impugnação da existência do direito acautelado, na qual o requerido, em sede de procedimento cautelar, assume a posição de autor.

Por revestir tais características e por continuar a recair sobre o agora réu o ónus da prova dos factos que consubstanciam o seu direito¹⁰⁵, há quem classifique tal ação

¹⁰³ Vide artigo 371.º, n.º 2

¹⁰⁴ Como afirma FARIA, Rita Lynce de no seu livro *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, p. 9, “A noção corrente de ónus da prova ou ónus probandi identifica-o com o encargo que é atribuído a uma das partes de provar certo facto, sob pena de ver a sentença proferida contra a sua pretensão.”

¹⁰⁵ A propósito das razões da inversão do ónus da prova, vide FARIA, Rita Lynce, na obra citada, p. 659 e ss.

de impugnação, como uma ação de apreciação negativa em que, além de tal ónus, cabe também ao autor a prova do “facto extintivo, impeditivo ou modificativo que serve *de causa pretendi* ao pedido de apreciação negativa¹⁰⁶.” Mas se for apresentada uma ação onde o pedido seja incompatível com o direito que foi acautelado com a inversão do contencioso, a prova já incidirá sobre os factos constitutivos daquele pedido¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Citação de parte do citado texto de SOUSA – *As providências cautelares...*, p. 15, onde se lê também que “...é claro que, na ação de apreciação negativa que é instaurada pelo requerido para evitar a consolidação da providência cautelar em relação à qual se verificou a inversão do contencioso, o ónus da prova tem que pertencer ao autor da acção.”

No mesmo sentido, ver REGO, Carlos Lopes do - *O novo processo declarativo, in Revista do CEJ*, Caderno II, ISBN 9782165482907, (nov 2013), p. 30 e 31 onde o autor referindo-se à ação de impugnação pelo requerido, diz “...o fim desta ação é impugnar a existência do direito acautelado, o que significa – no nosso entendimento pessoal ... - que recai sobre o A. o ónus de demonstrar a ilegalidade ou inadequação da decisão que considerou como tendencial composição definitiva do litígio a providência decretada, infirmo-a: não se trata, pois, de uma acção de simples apreciação negativa, em que, com base numa situação de incerteza objetiva, o A. se possa limitar a negar o direito reconhecido ao requerente da providência, fazendo recair inteiramente sobre este o ónus de provar os factos constitutivos do direito invocado...”

¹⁰⁷ Neste sentido, *vide* SOUSA – *As providências cautelares...*, pp. 14 e 15.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DE SITUAÇÕES PRÁTICAS

Neste capítulo, dedicaremos a nossa atenção à análise de algumas situações práticas, com a limitação evidente em termos da pouca experiência da figura nos nossos tribunais – como já se referiu, desde o momento da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil até hoje, decorreram pouco mais de dois anos.

Localizamos, assim, com interesse para este trabalho¹⁰⁸, três acórdãos que abordam o tema da inversão do contencioso: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.05.2014, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.11.2014 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.03.2015.

Para além desta jurisprudência, analisaremos também uma situação que resulta da nossa experiência profissional no âmbito de um procedimento cautelar onde foi requerida a inversão do contencioso.

1. Começemos então pela jurisprudência dos Tribunais da Relação.

- a) No primeiro acórdão – Acórdão do TRP, de 19.05.2014¹⁰⁹, é abordada a questão da aplicabilidade da figura da inversão do contencioso à providência cautelar de arrolamento. Em causa, *inter alia*, estava saber se na providência cautelar de arrolamento era possível fazer funcionar a inversão do contencioso. Perante a recusa do juiz da 1.ª instância, a requerente recorreu, muito embora sem êxito.

Para tanto, o tribunal de recurso fez saber que a inversão do contencioso não é aplicável às providências cautelares conservatórias, como é o caso do arrolamento, ideia esta que ressalta da leitura do preceituado no n.º 4 do artigo 376.º do CPC.

¹⁰⁸ A jurisprudência aqui indicada não esgota (na verdade, não é muito mais do que esta) a existente nesta data, sendo porém aquela que nos pareceu mais relevante para a análise que se tem vindo a fazer.

¹⁰⁹ Proferido no âmbito do processo n.º 2727/13.8PBPVZ.P1, em que é Relator o Desembargador Manuel Domingos Fernandes, disponível in <http://www.dgsi.pt/tjrp>.

VII- A decisão assim proferida é nula nos termos consignados no artigo 615.º, nº 1 al. e) por ser diversa da solicitada.

Flui do já exposto que a decisão do Tribunal da Relação foi de encontro ao já defendido, razão pela qual o mesmo merece o nosso aplauso.

No que respeita a este aspeto, ora se transcreve parte do respetivo sumário:

“I- A inversão do contencioso prevista no artigo 369.º, n.º 1 do CPCivil só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a definitiva e, tendo em conta o elenco previsto no artigo 376.º, n.º 4 do mesmo diploma legal, apenas se a providência cautelar requerida de carácter nominado ou inominado – não tiver um sentido manifestamente conservatório.

II- A inversão não é, deste modo, aplicável às restantes providências especificadas previstas no CPCivil, nomeadamente ao Arresto, ao Arrolamento e ao Arbitramento de Reparação Provisória.”

Como já se disse ao longo deste texto, a inversão do contencioso não é aplicável a providências cautelares com carácter conservatório e de garantia (lá está o arresto), como é o caso do arrolamento, mas tão só a providências cautelares com características antecipatórias e, no caso das providências especificadas, é o próprio legislador que refere a quais é que se aplica o regime da inversão do contencioso, excluindo-se o arrolamento¹¹⁰.

- b) Por seu lado, no segundo acórdão referido – Acórdão do TRL, de 20.11.2014¹¹¹ - é abordada a questão de saber se o tribunal pode, *ex officio*, decretar a inversão do contencioso, questão a que o tribunal de recurso respondeu negativamente.

Lê-se assim no referido acórdão: *“Não constando, no caso vertente, nem do requerimento inicial apresentado pelo requerente, nem resultando dos autos que este haja formulado tal pedido, posteriormente, no decurso do procedimento cautelar, impedida estava a Exma. Juíza do Tribunal a quo de determinar a inversão do contencioso, imputando aos requeridos o ónus da propositura da impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da providência decretada.”*

¹¹⁰ Vide artigo 376.º, n.º 4 do CPC

¹¹¹ Proferido no âmbito do processo n.º 1972/13.0TVLSB.L1-2, de que foi relatora a Desembargadora Ondina Carmo Alves, in <http://www.dgsi.pt/tjrl>

E, do respetivo sumário, consta, em sintonia com tal raciocínio, o seguinte:

“3. O artigo 368.º do nCPC, em vez de permitir a convolação ex officio da tutela cautelar numa tutela definitiva, possibilita que, no procedimento cautelar, de natureza instrumental e provisória, o requerente seja dispensado do ónus de propositura da ação principal, destinada a confirmar a tutela cautelar, atribuindo-se ao requerido o ónus de instaurar uma ação de impugnação com a finalidade de obstar à consolidação da providência decretada.

4. São dois os pressupostos cumulativos para que o requerente seja dispensado do ónus de propor a ação principal, por aplicação do instituto da inversão do contencioso:

a. a matéria adquirida no procedimento permita ao juiz formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado;

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

Está vedado ao julgador aplicar ex officio o instituto da inversão do contencioso, já que a sua aplicação pressupõe o requerimento da parte interessada, como decorre do n.º 2 do artigo 369.º do CPC, concedendo à parte contrária, a possibilidade de deduzir oposição.”

E o mencionado acórdão, em reforço da sua posição, não deixou de se referir aos pressupostos que determinam a inversão do contencioso: *“Decorre do estatuído que é a lei que define quais as condições que devem estar verificadas para que seja decretada a inversão. Trata-se, por isso, de uma decisão vinculada do Tribunal, e não de uma decisão tomada no uso de um poder discricionário. O Tribunal não inverte o contencioso segundo um critério de oportunidade ou de conveniência, mas de acordo com aqueles critérios legais.”*

Pelo que ficou dito, e sobretudo pelo que claramente resulta do n.º 1 do artigo 369.º do CPC, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa merece a nossa inteira concordância.

Como sabemos, os pressupostos, cumulativos, para a inversão do contencioso constam do artigo 369.º, n.º 1, sendo o primeiro deles a existência de requerimento da parte para o efeito.

- c) O terceiro Acórdão - Acórdão do TRP, de 10.3.2015,¹¹² debruça-se com particular incidência sobre a convicção do julgador quando decide admitir a inversão do contencioso, distinguindo perfeitamente do mero juízo baseado no *fumus iuris* exigido para o decretamento de uma qualquer providência cautelar e a que é determinante para que a inversão do contencioso seja decretada, dizendo *expressis verbis*: “Quanto ao primeiro, temos como certo que a sua verificação exige que a convicção do Julgador seja mais forte, mais consistente, que a que normalmente é necessária para o decretamento das providências cautelares; e para que tal aconteça, a prova não pode ser meramente perfunctória, baseada no «*fumus boni juris*», que basta para o deferimento das providências cautelares em geral, sem a inversão do contencioso. Tal prova tem de situar-se num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas ações de processo comum, pois só assim é admissível que o Julgador fique com a convicção segura da existência do direito acautelado e, por via disso, dispense o

¹¹² Proferido no âmbito do processo n.º 560/14.9T8AMT.P1, cujo relator foi o Desembargador M. Pinto dos Santos, in <http://www.dgsi.pt/tjrp>, cujo sumário é o seguinte: “I - A inversão do contencioso, nos procedimentos cautelares [nos que a admitem], depende da verificação de dois pressupostos: que a matéria adquirida no procedimento permita que o juiz forme a convicção segura acerca da existência do direito acautelado e que a natureza da providência decretada seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio. II - O primeiro destes pressupostos não se basta com a prova meramente perfunctória do «*fumus boni juris*», exigindo sim que a mesma se situe num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas ações de processo comum, pois só assim é admissível que o Julgador fique com a convicção segura da existência do direito acautelado e, por via disso, dispense o requerente da propositura da ação declarativa de que o procedimento cautelar seria dependente. III - Os direitos inerentes à quota indivisa não podem ser exercidos, junto da sociedade respetiva, por todos os contitulares da mesma, só podendo ser exercidos pelo representante comum destes. IV - A nomeação do representante comum da quota indivisa não pode ter lugar em assembleia geral extraordinária da sociedade, por se tratar de ato extra-societário; não se formando a maioria necessária para o efeito [entre os contitulares da quota], essa nomeação não passa pela convocação de qualquer assembleia geral da sociedade, mas sim pelo recurso à via judicial. V - O óbito do único gerente da sociedade por quotas não provoca o vazio no exercício dos poderes de gerência; estes poderes passam integralmente, a título provisório, para os sócios da mesma, até que novo(s) gerente(s) venha(m) a ser designado(s). VI - A requerente só poderia convocar assembleia geral extraordinária da sociedade, com vista à sua nomeação como gerente, se já estivesse nomeada como representante comum dos herdeiros, contitulares da quota indivisa.”

requerente da propositura da ação declarativa de que o procedimento cautelar seria dependente”.

Dentro desta perspectiva, que é a legal, o Tribunal da Relação do Porto acabou por revogar o julgado pela 1.^a instância, concluindo pela inexistência de elementos que permitam admitir a inversão do contencioso de acordo com a exigência proclamada.

E justificou tal posição revogatória, dizendo o seguinte: “*Decreto a inversão do contencioso, antecipando o juízo da causa principal.*”

Em sede de recurso, reagindo contra esta decisão, a recorrente alega a inexistência de fundamentação na sentença recorrida sobre a convicção segura acerca do direito acautelado, concluindo, conseqüentemente, pela nulidade da sentença.

Analisada a questão suscitada, no sentido de decidir se seria de manter a inversão do contencioso decretada em primeira instância, o Tribunal da Relação do Porto veio a decidir pela revogação da decisão, com os seguintes fundamentos, que ora se transcrevem:

- “*nenhuma prova documental relativa à concreta atividade da sociedade foi junta aos autos ou sequer exibida na audiência de produção de prova, comprovativa, designadamente, de ... E só uma prova assente nessa documentação permitiria ao Julgador formar uma convicção segura acerca da factualidade que consta dos n.ºs 8º a 13º dos factos provados. Assim, estribada unicamente no testemunho prestado pelo referido TOC (os documentos juntos aos autos não relevaram no apuramento daqueles factos), tal prova não passou o patamar meramente indiciário ou perfunctório.*

.....

- “*...”nenhuma referência existindo de que a Mma. Juiz “a quo” tenha considerado que a prova produzida haja ultrapassado esse nível básico indiciário. Surge, pois, inequívoco que a materialidade fáctica dada como provada radicou tão-só em prova indiciária e não em prova segura/consistente; e só esta permitiria que a requerida inversão do contencioso fosse decretada.”*

Sobre o ponto em questão – a convicção do julgador em sede de inversão do contencioso – não deixaremos de enfatizar que a decisão de decretar a inversão do contencioso tem que ser sempre fundamentada, nomeadamente no que respeita ao seu pressuposto de formação da convicção segura acerca da existência do direito acautelado, impondo-se, assim, ao julgador explicar como, e em que é que se baseou, para formar essa convicção segura.

A decisão da 1.ª instância, no que tange à inversão do contencioso, não podia subsistir pela simples razão de que nem sequer foi motivada.

Lê-se no acórdão em causa:

“Ora, no caso «sub judice» claramente não existiu essa prova reforçada, pois foi ouvida apenas uma única testemunha [técnico oficial de contas da sociedade supra identificada] e, quanto a prova documental, apenas foi tida em conta a que consta dos autos, ou seja, a escritura de habilitação de herdeiros do falecido marido da requerente e pai das requerentes menores e da requerida, junta a fls. 10 a 13, o testamento outorgado por aquele, junto a fls. 14 a 16, a convocatória da assembleia geral extraordinária referida nos factos provados, junta a fls. 17, a cópia do registo do envio pelo correio dessa convocatória, junta a fls. 18 e a ata daquela assembleia geral, junta a fls. 19-20.

Nenhuma prova documental relativa à concreta atividade da sociedade foi junta aos autos ou sequer exibida na audiência de produção da prova, comprovativa, designadamente, de fornecimentos, de despesas e de compromissos, incluindo fiscais, que se encontrem por pagar desde o decesso do gerente da sociedade. E só uma prova assente nessa documentação permitiria ao Julgador formar uma convicção segura acerca da factualidade que consta dos nºs 8º a 13º dos factos provados. Assim, estribada unicamente no testemunho prestado pelo referido TOC [os documentos juntos aos autos não relevaram no apuramento daqueles factos], tal prova não passou o patamar meramente indiciário ou perfunctório.

Isso mesmo é o que, aliás, resulta da fundamentação da factologia dada como provada na decisão recorrida, onde, depois de se afirmar, no respetivo intróito, que “*Considero indiciariamente demonstrados os seguintes factos*” [itálico nosso], se alude, várias vezes, à circunstância de o decretamento da providência cautelar se bastar com uma prova meramente indiciária – cfr. pgs. 3 e 4 da decisão; fls. 30 e 31

dos autos -, nenhuma referência existindo de que a Mma. Juiz «a quo» tenha considerado que a prova produzida haja ultrapassado esse nível básico indiciário.

Surge, pois, inequívoco que a materialidade fáctica dada como provada radicou tão-só em prova indiciária e não em prova segura”.

Faz-se, ainda, notar que a decisão da 1.^a instância inverteu o contencioso “antecipando o juízo da causa principal”, o que nos leva a concluir que se deixou influenciar pelo princípio consagrado no artigo 16.º do DL n.º 108/2006, revogado, como já referido, pelo artigo 4.º, alínea d) da Lei n.º 41/2013, de 26/6.

É verdade que este artigo consagrava a possibilidade de antecipação do juízo sobre a causa principal, como também aqui já se explicou. Mas, na figura da inversão do contencioso, tal como está consagrada no atual CPC, esta antecipação não existe ou pelo menos não existe por ação do julgador. A sua decisão continua a ser provisória e só com o decurso do tempo e a falta de apresentação da ação de impugnação pelo requerido, é que a mesma se consolida em definitiva. Isto é diferente de uma antecipação do juízo sobre a causa principal.

Já no que concerne à decisão proferida em sede de recurso, pelo Tribunal da Relação do Porto, não podemos deixar de entender que a mesma, tendo revogado o segmento decisório respeitante à inversão do contencioso, peca por se basear na falta de prova documental para o tribunal da primeira instância formar convicção segura. Coloca assim este acórdão a tónica principal, não na falta de prova, como seria de esperar, mas na falta de prova documental e é este aspeto, esta fundamentação, que, com o devido respeito, nos merece reparo.

Este é um dos perigos já apontados. A convicção segura não pode ser, e não é, a certeza absoluta da existência do direito, ou seja, a certeza exigível para as decisões da matéria de facto. Por isso, não podemos concordar que, como diz o indicado acórdão, “...só *uma prova assente nessa documentação permitiria ao Julgador formar uma convicção segura acerca da factualidade...*”.

Cumprе questionar: porquê só uma prova assente em documentos? A figura da inversão do contencioso não tem como pressuposto a formação de convicção segura

através de prova documental, pelo que nos parece exagerado fazer depender tal formação, deste tipo de prova.

Entendemos que a convicção segura é passível de ser formada com qualquer tipo de prova, seja documental, seja qualquer outra.

Certamente que a Relação do Porto não deixou de decidir bem no que toca à exigência que o juiz deve ter para admitir a inversão do contencioso.

Colocada perante a factualidade apurada e os fracos elementos probatórios, acabou por decidir que não se justificava, no caso, tal figura, revogando, destarte, o julgado em 1.^a instância.

2. Passando agora à análise da situação que resulta da nossa experiência profissional, cumpre, antes de mais, tecer as seguintes considerações:

- a) a situação é obviamente recente, tendo sido o requerimento apresentado no âmbito de um procedimento cautelar, em janeiro de 2015 e a decisão já transitou em julgado;
- b) contudo, nos documentos anexos a este trabalho e que constam como documentos 1 e 2, estão ocultos os nomes das partes e todos os elementos que, de alguma forma, fosse suscetível de as identificar.

No âmbito de um procedimento cautelar, a requerente requereu a restituição a restituição provisória de posse de determinados bens móveis, tendo ainda pedido, de acordo com o postulado no artigo 369.º do CPC, dispensa de propor ação principal (inversão do contencioso).

Considerando os pressupostos necessários ao sucesso de tal dispensa¹¹³, era certo que um deles – o da natureza da providência ser adequada a realizar a composição definitiva do litígio¹¹⁴ - estava *ab initio* preenchido, dado tratar-se de uma das providências para as quais a figura da inversão do contencioso foi especialmente pensada pelo legislador.

¹¹³ O que me dispense de repetir uma vez que os mesmos já resultam, espero que de forma clara, da exposição feita neste trabalho.

¹¹⁴ Vide artigos 369.º, n.º 1 e 376.º, n.º 4

Com vista a obter êxito na providência requerida e ainda no pedido de inversão do contencioso, a requerente alegou a factualidade integradora da posse, do esbulho e da violência, tal-qualmente o exige o artigo 377.º do CPC e, concomitantemente, ofereceu prova tida como bastante para o juiz o poder dispensar da propositura da ação principal, *ut* n.º 1 do artigo 369.º do mesmo diploma legal.

Assim, a preocupação era apenas, a de tentar que o julgador formasse convicção segura acerca da existência do direito acautelado.

Produzida a prova, sem contraditório prévio, atento o preceituado no artigo 378.º do CPC, foi a dita providência decretada, muito embora tenha sido indeferido o pedido de inversão do contencioso. No que tange à tributação, importa salientar o facto de o julgador ter decidido condenar a requerente nas custas do que considerou incidente, por força do indeferimento do pedido de inversão do contencioso.

Foi produzida prova, sem audição prévia do requerido, e foi decretada a providência cautelar da restituição provisória da posse. Contudo, com a seguinte fundamentação que se transcreve, não foi decretada a inversão do contencioso:

Ditou tal indeferimento, a seguinte argumentação:

“Ora no caso em apreço, não pode o Tribunal proceder à inversão do contencioso pela razão simples de que com a prova sumária efetuada (summaria cognitio) o Tribunal não logrou obter convicção segura que exige o n.º 1 do artº 369.º CPC.

Tanto mais, que os factos indiciariamente provados o foram com base na mais falível das provas existentes no nosso processo civil, que é a prova testemunhal e sem contraditório. Por outro lado também parece resultar dos autos que a Requerente já terá intentado a ação principal.”

Seguros da impossibilidade de impugnar a decisão que indeferiu a inversão do contencioso (cfr. artigo 370.º, n.º 1, *in fine*, do CPC), importa, no entanto, analisar e criticar a decisão tomada no que tange a este segmento.

Para o efeito procede-se à divisão da decisão/fundamentação, em três razões que ali podemos identificar:

1.º afirmação de que a prova sumária efetuada não foi suficiente para o julgador formar convicção segura;

2.º justificação daquela afirmação pelo facto da prova produzida da qual resultaram indiciariamente provados os factos suscetíveis de justificar que a providência fosse decretada, ter sido a mais falível das provas, a saber, a prova testemunhal e sem contraditório;

3.º o facto de resultar dos autos que a Requerente já havia intentado a ação principal.

Analisemos cada um deles.

1.º Afirmação de que a prova sumária efetuada não foi suficiente para o julgador formar convicção segura

Impunha-se aqui que o decisor concretizasse a sua impossibilidade de, face à prova oferecida e produzida, formar uma convicção acerca do direito da requerente.

O indeferimento da inversão do contencioso é irrecorrível¹¹⁵.

Talvez por isso, não exista¹¹⁶, da parte do julgador, uma elevada preocupação em fundamentar um indeferimento, parecendo que o argumento/afirmação de que não foi possível formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado, é suficiente.

Mas se assim for, o julgador, refugiado neste argumento e, aparentemente¹¹⁷, sem necessidade de o fundamentar de forma desenvolvida, irá, maioritariamente, indeferir a inversão do contencioso. Quanto mais não seja, por simplicidade. É que,

¹¹⁵ Vide artigo 370.º, n.º 1, *in fine*.

¹¹⁶ Ou não tenha existido neste caso, pois não pretendemos, obviamente, generalizar.

¹¹⁷ Vide a este propósito, CABRITA, Helena - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2311-8, pp.20 e 21, onde se lê: “Já a nível interno, o legislador constitucional consagrou também o direito a um processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), bem como o dever de fundamentação das decisões judiciais, ao estabelecer que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei” (artigo 205.º, n.º 1, da CRP). Também o legislador processual civil se debruçou sobre esta questão, dispondo no artigo 154.º do CPC, sob a epígrafe “dever de fundamentar a decisão”, que:

“1 – As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas.

2 – A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.”

decretando a inversão do contencioso, as exigências de fundamentação são maiores, desde logo porque tal decisão é recorrível.

Isto não significa que o julgador, por facilidade, irá escudar-se sempre na falta de convicção segura e indeferir a inversão do contencioso. Não será, necessariamente, sempre assim. Mas também não podemos negar que não sendo fácil fundamentar como e porque se formou convicção segura, mais difícil pode ser fundamentar o contrário, principalmente quando se decretou¹¹⁸ a providência cautelar, como foi o caso.

A formação de convicção segura é algo tão próprio, tão pessoal que, inexistindo critérios objetivos de apreciação, será sempre possível, em tese, que, perante a mesma situação de facto e as mesmas provas, um julgador forme convicção segura e outro não a forme. Contudo, este que não a forma, como é o caso em análise, deve fundamentar¹¹⁹ a razão pela qual não formou convicção segura e essa fundamentação não pode ser, a nosso ver, invocar que a prova foi produzida com base na mais falível das provas, sob pena de cometer nulidade (artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC).

Como se referiu supra, a propósito da “convicção segura” acerca da matéria de facto, aqui, por maioria de razão, anui-se à seguinte afirmação: “O grau de convicção do tribunal quando aprecia e decide a matéria de facto deve ser de probabilidade tão elevada que baste para as necessidades da vida, uma vez que as provas não visam criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, o que seria impossível.”

¹¹⁸ Únicos casos onde o problema se levanta como se sabe, pois não sendo decretada a providência, não se impõe sequer analisar os pressupostos da inversão do contencioso.

¹¹⁹ Como bem refere CABRITA, Helena – *A fundamentação...*, p. 26, “...julgar de acordo com a livre convicção não significa julgar de modo arbitrário, irracional ou ilógico. Pelo contrário, se o julgador é, em regra, livre de formar a sua convicção com base em qualquer das provas produzidas (pode basear-se no depoimento de uma testemunha em detrimento do depoimento de outra ou outras ou de um documento e vice-versa), tal liberdade tem como contrapartida o dever de fundamentação, obrigando o julgador a explicitar, de forma racional, lógica, objectiva e assente nas regras da experiência, a razão pela qual se baseou em determinado meio de prova e, pelo contrário, considerou outro não credível.” E, continua a autora, nas pp. 27 e 28, “Actualmente, pode, pois, considerar-se que a fundamentação das decisões judiciais visa exercer uma dupla função:

- interna, na medida em que impõe ao juiz um momento de verificação, permitindo-lhe fazer o seu próprio autocontrolo;
- externa, na medida em que é através da fundamentação que os destinatários da decisão judicial (sejam eles partes, tribunais superiores a julgar em recurso ou público em geral) podem compreender e controlar a razão pela qual o tribunal chegou àquela conclusão ou decisão (e não a outra), qual o raciocínio lógico que seguiu e os argumentos em que se baseou.”

Ora, se essa absoluta certeza não é passível de se atingir, nem sequer se exige ao julgador, em sede de prova da matéria de facto alegada numa ação principal, como é que se pode exigir no âmbito de um procedimento cautelar?

Não se exige também, é certo. Então, que certeza é essa que permitirá formar a tal convicção segura imprescindível para que a inversão do contencioso seja decretada?

Entendemos que esta é uma pergunta de resposta difícil e que só perante situações concretas, é suscetível de ser respondida. Mais do que isso, só cada julgador, *de per si*, tem condições de responder a tal questão.

Contudo, não deverá existir a tentação de não formar convicção segura acerca de uma matéria por receio de que, em sede de ação principal e definitiva, se possa verificar que essa matéria, afinal, não estava adquirida¹²⁰. Para formar, ou não, convicção segura, o juiz deve cingir-se à análise da situação exposta no procedimento cautelar e não a prever o que possa acontecer em sede de ação principal.

Em relação ao dever de fundamentação, importa ter presente que a violação de tal dever, por parte do julgador, acarreta a nulidade da decisão, *ut* artigo 615.º, n.º 1, alínea b), do CPC.

O facto de a prova produzida ter sido testemunhal, como é referido na decisão, não pode nunca ser impedimento de inversão do contencioso. Pode tal tipo de prova (de apreciação livre) não ter sido suficientemente forte, impedindo o julgador de subir o patamar da *summaria cognitio* e ter uma convicção como a que é exigida na prova da ação.

Deferindo o pedido de inversão do contencioso, exige a lei que o julgador explicita de forma convincente o *iter* que determinou a sua decisão, explicitando as razões determinantes da sua decisão, tal-qualmente o exige o artigo 604.º, n.º 4, do CPC.

Sem dúvida alguma que a tarefa do julgador se torna muito mais simples se não der o “salto” da mera *cognitio* baseada apenas no *fumus iuris* para a certeza exigida pelo normativo referido. Com efeito, neste caso, o juiz apenas se contenta com um

¹²⁰ FARIA, Rita Lynce de - Apreciação da proposta de..., pp. 49-62, critica a figura da inversão do contencioso dizendo, a propósito do pressuposto de “convicção segura” que “... não faz sentido (que essa decisão) possa ser contrariada por uma outra decisão posterior sobre o mesmo objecto”.

mero juízo de probabilidade da veracidade dos factos alegados pelo requerente, remetendo-o obrigatoriamente para a ação com vista à obtenção de uma decisão de composição definitiva do conflito.

Acresce que a decisão foi ainda sustentada com argumentação de não ter sido respeitado o contraditório, posição que não pode deixar de ser criticada, atento o postulado no artigo no artigo 378.º do CPC, parte final.

A seguir-se tal orientação, plenamente *contra legem*, nunca por nunca, se poderia inverter o contencioso, tornando absolutamente inútil a referência que a este tipo de providência é feita no artigo 376.º do CPC.

2.º Justificação daquela afirmação pelo facto da prova produzida, da qual resultaram indiciariamente provados os factos suscetíveis de justificar que a providência fosse decretada, ter sido a mais falível das provas, a saber a prova testemunhal, e a falta de contraditório prévio

A prova testemunhal é, de entre as provas de apreciação livre, a prova por excelência em qualquer ordenamento jurídico e é, também, a prova mais falível, como bem refere o acórdão. Mas será que, por isso, o julgador não pode formar convicção segura?

Não nos parece que assim seja. Entendemos que a formação de convicção segura, a existir, pode derivar de qualquer meio de prova, testemunhal ou outro e, por isso, nunca o meio de prova, por si só¹²¹, pode justificar a falta de convicção segura, como foi o caso na situação exposta.

Mas seriam, por exemplo, documentos, a prova que faltou a este tribunal para formar convicção segura acerca da existência do direito?

É provável que os documentos pudessem acrescentar algum grau de certeza acerca da titularidade dos bens, mas não nos parece que pudessem alterar a convicção segura acerca da existência do direito de propriedade sobre os mesmos. Desde logo porque os documentos podiam ser forjados¹²² (é certo que se o fossem,

¹²¹ *Est modus in rebus*

¹²² Não se tratam, como facilmente se conclui, de documentos autênticos, mas tão só de meras faturas, eventuais comunicações via *email* comprovativas da encomenda e outros que não permitem

seriam falsos, mas isso podia não ser imediatamente perceptível para o julgador), e, mesmo que não o fossem, podiam já não corresponder à titularidade atual dos bens e, por isso, oportunamente seriam objeto de impugnação pela parte contrária.

Então, cumpre equacionar se, para o julgador, o importante para formar a sua convicção, é a existência de contraditório prévio, como parece querer dizer, na parte final da sua afirmação.

No que respeita a este aspeto, não nos parece que tal argumento possa ser utilizado, pois a falta de contraditório prévio é uma possibilidade prevista na lei e para a qual o legislador não criou um regime diferente para a inversão do contencioso. A convicção segura tem que ser encarada como algo que está acima dos condicionalismos dos meios de prova e, também, da existência ou não de contraditório prévio pelo requerido.

O que nos parece, após esta análise, é que o pressuposto da existência de convicção segura acerca da existência do direito acautelado é um pressuposto de difícil concretização e que está na dependência de aspetos tão pessoais, quanto subjetivos, o que poderá tornar a figura da inversão do contencioso de rara aplicação.

3.º O facto de resultar dos autos que a Requerente já havia intentado a ação principal

Este argumento, no caso em apreço, é incorreto, uma vez que o que resultava dos referidos autos era a existência de uma ação judicial de divisão coisa comum, a saber, bem imóvel, e não de uma ação judicial de restituição da posse dos bens. Por isso, a questão de já estar proposta a ação principal, da qual o procedimento cautelar pudesse ser dependente, era uma falsa questão.

O procedimento cautelar em análise é preliminar à apresentação da ação principal, razão pela qual se requereu ao tribunal que dispensasse o requerente de apresentar a ação principal.

Contudo, isso foi mal analisado pelo julgador, mas foi tido em consideração para indeferir a inversão do contencioso.

aferir, por si só, da titularidade dos bens, no caso concreto. A este propósito, *vide* artigos 369.º e ss. do CC.

Além disso e mesmo que a ação principal já tivesse sido intentada, tal facto não é impeditivo do decretamento da inversão do contencioso¹²³. Haveria, *a posteriori*, naturais consequências, as quais teriam de ser resolvidas e decididas: pensamos, desde logo, na eventual verificação da exceção da litispendência ou até do caso julgado. Tudo para verificação ulterior e fora do âmbito da providência cautelar em causa.

2.1. Consequências

Passando agora à análise das consequências da situação que resulta da experiência profissional como advogada, cumpre tecer as seguintes considerações.

Analisando as consequências de um deferimento da inversão do contencioso, como se esperava no caso em apreço, importa perceber que riscos adviriam para as partes, nomeadamente para o requerido, pelo facto de ter sido decretada a inversão do contencioso, considerando, até, que não havia formado convicção segura acerca da existência do direito acautelado¹²⁴.

Parece-nos que nenhuma consequência prejudicial daí resultaria.

Na verdade, estavam reunidas duas condições indispensáveis para que a inversão do contencioso pudesse operar: a primeira era a natureza da providência e a segunda era o facto do procedimento cautelar ser preliminar à ação principal.

Considerando que a inversão do contencioso tivesse sido decretada, teríamos a seguinte tramitação processual, partindo do mesmo princípio da falta do contraditório prévio:

- a) concretização da providência com a apreensão dos bens pela requerente;

¹²³ Falamos de uma ação principal que tenha sido apresentada já na pendência do procedimento cautelar, este preliminar daquela, podendo equacionar-se a este propósito a dúvida levantada por FARIA, Rita Lynce de no seu texto “Apreciação da proposta de inversão...”, onde na pg. 60 se lê “Se se considerar que, no caso de inversão do contencioso, não ocorre a inversão do ónus da prova prevista para as acções de simples apreciação negativa, ficando o requerido onerado, perguntamos se não deverá entender que, mesmo estando a acção principal intentada pelo requerente pendente, este não deverá ser dispensado do ónus da prova. Ou mesmo se, no limite, a inversão do contencioso não legitimará o requerente a desistir da acção principal já instaurada, ficando o requerido com o ónus da propositura da mesma acção.”

¹²⁴ Sabemos que tal não podia ocorrer uma vez que este é um dos pressupostos que tem que se verificar, mas, por hipótese académica e para as conclusões a retirar, vamos considerar este exemplo.

- b) notificação do requerido da decisão que ordenou a providência cautelar;
- c) apresentação de recurso ou de oposição, por parte do requerido (considerando que o mesmo não se remeteria ao silêncio);
- d) produção de prova, caso tivesse sido apresentada oposição;
- e) decisão que podia manter, revogar ou alterar a providência decretada bem como a inversão do contencioso;
- f) eventual recurso desta decisão final, uma vez verificados os requisitos da admissibilidade de interposição do recurso
- g) trânsito em julgado da decisão que decretou a providência e inverteu o contencioso.

Finalmente, nos 30 dias após a notificação do trânsito em julgado, considerando então que foi decretada a providência cautelar, como foi, mas que não foi decretada a inversão do contencioso, a requerente tem que apresentar a ação principal.

Com que objetivo?

Com o objetivo de evitar a caducidade da providência cautelar e de, com a ação principal, alcançar uma decisão definitiva sobre a posse dos bens, a posse que já tem, mesmo que a título provisório.

Melhor dizendo, neste caso, a decisão que se espera alcançar é exatamente a mesma que se alcançou em sede de procedimento cautelar mas, agora, a título definitivo. Repete-se pois a causa de pedir, repete-se a produção de prova, repete-se a lide e repetir-se-á, como se espera, o sentido da decisão proferida em sede cautelar.

Mas também é certo que se pode esmiuçar melhor a factualidade da causa de pedir, reforçando a posição inicial com vista a obter ganho de causa por via da prova mais segura da globalidade do alegado.

E se tivesse sido decretada a inversão do contencioso, o que seria diferente?

A tramitação processual supra elencada, até ao trânsito em julgado, seria exatamente a mesma. A única diferença seria após a notificação do trânsito em julgado: enquanto na primeira hipótese – sem inversão do contencioso – é a

requerente que tem o ónus de apresentar a ação principal, como que repetindo tudo o que já alegou, discutiu e provou em sede cautelar, na segunda hipótese – com inversão do contencioso – é do requerido o ónus de apresentar a ação de impugnação do direito acautelado¹²⁵, caso não se conforme com a decisão proferida em sede de procedimento cautelar.

Tudo se resume, pois, a saber sobre quem está, ou deve estar, o ónus de recorrer, de novo, aos tribunais, sobre quem recai o ónus de intentar a ação principal, se à parte requerente, se, contrariamente, à parte requerida: se a requerente que já recorreu e o qual já alcançou o seu objetivo com a medida cautelar, ou se o requerido que não se conforma com a decisão proferida em sede cautelar.

Ora, quem recorre aos tribunais é quem pretende ver acautelada uma determinada situação jurídica ou algum direito que se arroga. Como se constata, a requerente já logrou atingir tal objetivo com o procedimento cautelar. Então porquê obrigá-la a apresentar outra ação onde vai alegar tudo o que já alegou no procedimento cautelar?

Por uma questão de princípio, quem deve recorrer ao tribunal deve ser aquele que não se encontra satisfeito com a medida decretada em sede cautelar e, por isso, pretende que a mesma seja revista. Este sujeito é, no caso em análise, o requerido e, por isso, impende sobre ele o ónus de agir judicialmente.

Estamos, assim, perante um dos pressupostos processuais do processo civil que é o interesse em agir¹²⁶ e, no caso em apreço, quem tem interesse em agir, é o requerido e não a requerente.

¹²⁵ Acompanha-se aqui a posição de SOUSA, Miguel Teixeira de Sousa – As providências cautelares e de GONÇALVES – Providências....., pp. 163 e 164, onde se lê, “Trata-se, seguindo de perto Teixeira de Sousa, de uma solução vantajosa para o requerido da providência cautelar, na medida em que lhe atribui o “ónus de definir a situação num prazo curto, evitando, assim, a subsistência de uma tutela provisória com uma duração ilimitada: o requerido ou impugna a providência decretada, procurando evitar a sua consolidação, ou não impugna essa providência, permitindo a consolidação da providência cautelar como tutela definitiva.”

¹²⁶ Como referem VARELA Antunes; SAMPAIO, J. Miguel; NORA, Sampaio - Manual de Processo Civil 2ª edição revista e actualizada de acordo com o Decreto-Lei nº 242/85, Coimbra Editora, ISBN....., p.179, “O interesse processual consiste na necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a ação.” E continuam os autores na p. 180, “O interesse processual avulta especialmente do lado do autor, mas não deixa de existir também por parte do demandado. Simplesmente sucede que, do lado deste, o interesse processual (no prosseguimento da acção) existe, em princípio, desde que a acção (proposta com ou sem interesse) foi instaurada contra ele.”

Somos de parecer, pois, que a inversão do contencioso podia formular-se e justificar-se através deste pressuposto processual – interesse em agir – em vez de, para que a mesma seja decretada, se exigir¹²⁷ a formação de convicção segura acerca da existência do direito acautelado.

2.2. Custas

À margem desta análise, cumpre tecer alguns comentários no que concerne à condenação em custas devidas pelo indeferimento da peticionada inversão do contencioso. Na verdade, após o exercício do contraditório por parte do requerido, a decisão proferida na situação exposta em 2., manteve a providência anteriormente decretada e condenou o requerido nas custas da providência/oposição. Contudo, condenou também a requerente em custas pelo requerimento da inversão do contencioso.

Ora, o pedido de inversão do contencioso, efetuado nos termos legais previstos no artigo 369.º trata-se apenas e só de um requerimento de dispensa do ónus de propositura da ação principal, mediante determinadas circunstâncias que, no entender deste tribunal, não se verificaram. O pedido de inversão do contencioso não configura um qualquer incidente processual sujeito a tributação, como se conclui pela falta da sua previsão enquanto tal no Código de Processo Civil, nomeadamente no âmbito das previsões legais relativas a custas processuais, mormente as previstas no artigo 539.º.

Assim, a referida indicação de condenação em custas pelo pedido de inversão do contencioso tratou-se de um lapso manifesto certamente motivado pela novidade desta figura jurídica no novo CPC e, por isso, requereu-se a retificação do mesmo, o que veio a acontecer por despacho próprio.

¹²⁷ Exigência esta que, estamos convictos, será a maior parte das vezes entendida como inexistente para o julgador, justificando assim que a figura da inversão do contencioso maioritariamente, não seja decretada.

CONCLUSÃO

O estudo que se fez da nova figura da inversão do contencioso, conjugada com a experiência que é possível ter acerca da sua aplicabilidade prática nos nossos tribunais, permitiu-nos tirar, não uma, mas várias conclusões, como passamos a expor.

A inversão do contencioso é, na sua essência, uma figura com aspetos muito positivos e com objetivos muito bem definidos: os de evitar a repetição de ações e diminuir as pendências judiciais.

Com isso evita-se a duplicação de ações com o mesmo objeto, a mesma causa de pedir, semelhante produção de prova e o mesmo objetivo final, sendo, elemento diferenciador entre elas, apenas o facto de uma ser provisória e a outra ser definitiva.

Contudo, prevemos que este objetivo dificilmente será alcançado, dadas as fragilidades que tivemos ocasião de apontar a esta figura a propósito da sua aplicabilidade prática pelos nossos tribunais¹²⁸.

A nosso ver, o objetivo teria sido plenamente¹²⁹ alcançado se, em vez de se exigir, como pressuposto para a inversão do contencioso, a formação de convicção segura acerca da existência do direito acautelado, se tivesse previsto que, para as providências especificadas indicadas no artigo 376.º, n.º 4 e para todas aquelas cuja natureza fosse adequada a realizar a composição definitiva do litígio, seria invertido o contencioso sempre que fosse decretada a providência cautelar, sujeito também (e apenas) a requerimento do requerente.

Além disso, ousaria ir mais longe e aplicar o regime da inversão do contencioso não só nos procedimentos cautelares que são preliminares da ação principal, mas também nos que são incidentais a esta instância.

Nestes, a inversão do contencioso poderia também significar a consolidação definitiva do litígio se, por exemplo, o réu, em prazo legal a fixar, após a notificação do

¹²⁸ Uma lei, uma norma, pode ser muito pertinente (como creio ser aquela que nos trouxe a inversão do contencioso), mas se os tribunais não a aplicam ou só a aplicam em situações muito excepcionais, ela será ineficaz para os fins para os quais foi pensada. Como bem refere PIMENTA - *Tópicos para a reforma*, p. 109, “Quando se fala na reforma do processo civil, há que ter presente que, além da sempre necessária intervenção legislativa, nada será possível se não acontecer também uma reforma de mentalidades (talvez a reforma mais difícil de concretizar).”

¹²⁹ Ou pelo menos seria alcançado em número muito mais elevado de procedimentos cautelares.

trânsito em julgado da decisão cautelar, não requeresse a continuação da ação principal, em que necessariamente está em causa a existência do direito acautelado em sede cautelar.

Assim, neste caso, não haveria necessidade do requerido (réu na ação principal) apresentar uma nova ação, a saber, ação de impugnação do direito acautelado após ter sido deferida a inversão do contencioso, uma vez que está já em curso uma ação em que o réu tem a possibilidade de impugnar o que lhe aprouver, sendo, assim, suficiente que requeira o prosseguimento dos autos principais.

A solução passaria por, uma vez transitada em julgado a decisão cautelar e a inversão do contencioso, notificar o requerido para se pronunciar sobre a sua pretensão de prosseguimento da ação principal, sendo que, não o pretendendo, a consequência seria a mesma que se alcança quando o procedimento cautelar é preliminar à ação principal, ou seja, a da consolidação da decisão cautelar em definitiva.

Com esta solução, teríamos, necessariamente, a inversão do contencioso sempre que a medida cautelar fosse proferida, continuando a analisar-se a probabilidade séria da existência do direito, mas sem necessidade da formação de convicção segura acerca da existência do mesmo direito sobre o qual se formou convicção da probabilidade séria da sua existência.

Estamos convencidos de que seria um modelo mais claro e concreto e, por isso mesmo, com uma maior aplicabilidade prática.

Além disso, parece-nos que cumpriria de forma mais eficaz o objetivo para o qual a figura foi pensada – evitar a duplicação de ações – sem prejudicar quer o contraditório, quer a possibilidade de recurso, sempre que a inversão do contencioso fosse decretada. Neste caso, não sustentamos qualquer reserva no que respeita à impossibilidade de recurso, quando a inversão do contencioso não fosse decretada, pois, fazendo depender a inversão do contencioso de pressupostos objetivos, como referimos, nomeadamente do facto da providência cautelar requerida ser decretada, o recurso, a existir, seria sempre da decisão que não decretou a providência requerida e não, conseqüentemente, do facto de não ter sido invertido o contencioso, uma vez que esta inversão não existiria sem aquela decisão.

Poder-se-á, porventura, questionar porque não defendemos a solução que se encontrava plasmada no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho.

Não a defendemos, porque preferimos um modelo baseado na vontade das partes e com pressupostos concretos e sem qualquer caráter de subjetividade, a fazer depender uma decisão definitiva da consideração, por parte do julgador, acerca da existência, no procedimento cautelar, dos elementos necessários à resolução definitiva do caso¹³⁰.

Considerar essa solução, seria optar, de novo, por um modelo dependente de análise e ponderação subjetivas, o que, como resulta do exposto, pretendemos afastar.

Entendemos que compete, antes de mais, às partes, ponderar sobre se a figura da inversão do contencioso lhes interessa ou não. Por um lado, compete ao requerente decidir se essa é a sua vontade e, sendo, apresentar o respetivo requerimento. Por outro lado, compete ao requerido decidir se se conforma com a decisão proferida em sede cautelar e, não se conformando, impugnar, em ação própria, a existência do direito acautelado, seja por meio de nova ação seja por meio de prosseguimento da ação principal, se entendermos que a inversão do contencioso poderia ocorrer em situações em que o procedimento cautelar surge como incidente à ação principal.

Sendo uma das grandes fragilidades da figura, o pressuposto da existência de convicção segura por parte do julgador, no que respeita à existência do direito acautelado, como resulta do exposto no capítulo anterior, reiteramos que a inversão do contencioso podia formular-se e justificar-se através do interesse em agir, em vez de depender daquele pressuposto de tão difícil concretização e justificação.

Apesar de todas as dificuldades, entendemos que a questão suscitada no ponto 1.2. deste trabalho - a de tentar perceber se seria assim tão premente trazer para o processo civil este novo regime – tem uma resposta manifestamente afirmativa.

¹³⁰ Era este o modelo que tínhamos no âmbito do regime processual civil experimental, *vide* texto do artigo 16.º na nota de rodapé número 26.

Ficamos porém curiosos e na expectativa de saber o que vai ditar a jurisprudência nacional e se este regime vai fazer parte daquele conjunto mínimo de normas comuns para o processo civil na União Europeia¹³¹.

¹³¹ A este propósito, *vide* Documento de Trabalho de 21.12.2015 do Parlamento Europeu 2014-2019, Comissão dos Assuntos Jurídicos e texto de SOUSA, Miguel Teixeira - *Inversão do contencioso e competência internacional*, de 24.08.2014, *in* <http://blogippc.blogspot.pt>

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de
 - *Direito Processual Civil*, 12.^a ed., Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5952-5

- CABRITA, Helena
 - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, 1^a ed., Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-972-32-2311-8

- CALAMANDREI, Piero
 - *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería “El Foro”, 1996. ISBN 950-826-028-9

- CORREIA, João
 - Reformar o C.P.C., para quê?. *Revista Julgar* n.º 16. Coimbra Editora, (jan/abr 2012). ISSN 1464-6853

- CORREIA, João; PIMENTA, Paulo; CASTANHEIRA, Sérgio
 - *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5324-0

- CRUZ, Rita
 - Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade, *Revista do Ministério Público*, Cadernos II, 2012 – Debate A reforma do processo civil 2012 Contributos. ISBN 978-972-9363-II-5

- DAUDI, Vicente Péres
 - *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier Libros Jurídicos, 2012. ISBN 978-84-15690-08-5

- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa
 - *Primeiras notas ao novo código de processo civil*, vol. I, 2^a ed., Almedina, 2014. ISBN 978-972-4057-45-3

- FARIA, Rita Lynce de
 - Apreciação da proposta da inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, *Revista do Ministério*

Público, Cadernos II, 2012 – Debate “A reforma do processo civil 2012”. ISBN 978-972-9363-II-5

• FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui
- *Código de Processo Civil anotado*, volume 2.º, artigos 381.º a 675.º, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5

• GERALDES, António Santos Abrantes
- *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 2.ª edição revista e actualizada, 6 – Procedimentos cautelares especificados, Almedina,
- *Temas da nova reforma do processo civil (2012)*, *Revista Julgar n.º 16*, Coimbra Editora, janeiro/abril 2012. ISSN 1646-6853

• GONÇALVES, Marco Carvalho
- *Providências Cautelares*, Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5855-9

• LLOBREGAT, José Garberí
- *Derecho Procesal Civil, Procesos declarativos y procesos de ejecución*, 1.ª edición actualizada com todas las reformas legislativas introducidas para la implantación de la nueva Oficina Judicial, Editorial Bosch SA, 2011. ISBN 978-84-9790-826-9

• MACHADO, António Montalvão
- *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, 2.ª edição revista e atualizada, Almedina, 2001. ISBN 978-972-401-4906

• NETO, Abílio
- *Código de processo civil anotado*, 9ª ed., reimpressão com apêndice de atualização, Livraria Petrony, 1989. ISBN
- *Código de processo civil anotado*, 2ª ed. revista e ampliada, Ediforum Editora, Edições Jurídicas, Lda, 2014. ISBN 978-989-8438-10-2

• PIMENTA, Paulo
- *Tópicos para a reforma do processo civil português*, *Revista Julgar N.º 17*, Coimbra Editora, (mai/ago 2012). ISSN 1646-6853

• REGO, Carlos Lopes do
- *O novo processo declarativo*, *Revista do CEJ*, Caderno II, (nov 2013). ISBN 978-216-5482-90-7

- SILVA, Paula Costa e
 - Cautela e Certeza: breve apontamento acerca do proposto regime da inversão do contencioso na tutela cautelar, *Revista do Ministério Público*, Cadernos II, 2012. ISBN 978-972-9363-II-5
 - Algumas alterações de fundo no sistema processual civil. *Cadernos de Direito Privado*, nº 28, 23-37, 2009. ISBN
- SOUSA, Miguel Teixeira de
 - As providências cautelares e a inversão do contencioso, *in* <http://blogippc.blogspot.pt>
 - Inversão do contencioso e competência internacional, de 24.08.2014, in Blog do IPPC, *in* <http://blogippc.blogspot.pt>
 - Duas notas sobre a inversão do contencioso nos procedimentos cautelares, de 04.04.2016, *in* <http://blogippc.blogspot.pt>
- VARELA, Antunes, SAMPAIO, J. Miguel, NORA, Sampaio
 - Manual de processo civil, 2ª edição revista e atualizada de acordo com o Decreto-lei nº 242/85, Coimbra Editora, Lda, ISBN

Tese de Doutoramento ou Mestrado

- RANGEL, Rui Manuel de Freitas
 - O ónus da prova no processo civil*, Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Comerciais na Universidade Católica, 3ª ed., Almedina, 2006, ISBN 9789724029283

Comunicação publicada e outros documentos

- Parecer do Conselho Superior da Magistratura, a propósito da nova reforma, *in* www.csm.org.pt
- Memorando de Entendimento sobre as Condições da Política Económica (Memorando da Troika), *in* <http://www.sep.org.pt>
- Documento de Trabalho sobre o estabelecimento de normas mínimas comuns para o processo civil na União Europeia – Base Jurídica, Comissão

dos Assuntos Jurídicos, Relator: Emil Radev, Parlamento Europeu 2014-2019,
in <http://blogippc.blogspot.pt>

Jurisprudência

- Acórdão do STJ n.º 9/2009 de 19.05.2009, DR, 1.ª série, de 19.05.2009
- Acórdão do TRP de 19.05.2014, Processo n.º 2727/13.8PBPVZ.P1, Relator Manuel Domingos Fernandes, <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do TRL de 20.11.2014, Processo n.º 1972/13.0TVLSB.L1-2, Relatora Ondina Carmo Alves, <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do TRP de 10.03.2015, Processo n.º 560/14.9T8AMT.P1, Relator M. Pinto dos Santos, <http://www.dgsi.pt>

Diplomas legais e Códigos

- Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII
- Código do Processo Civil, aprovado pela LEI n.º 41/2013, D.R. I Série 121 (13-06-26) 3518
- Código do Processo nos Tribunais Administrativos
- DECRETO-LEI n.º 329-A/95, D.R. I Série A., Suplemento, 285 (95-12-12) 7780-2
- DECRETO-LEI n.º 108/2006, D.R. I Série A. 111 (06-06-08) 4069
- Novo Código de Processo Civil Brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13-105 (15-03-16)
- Novo Código de Processo Civil Anotado, Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, ISBN: 978-85-62896-01-9