



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Arrolamento Especial e Ruturas Conjugais

DIVISÃO DO PATRIMÓNIO E *PERICULUM IN MORA*

Nádia Cristina de Sousa Alves

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Arrolamento Especial e Ruturas Conjugais

DIVISÃO DO PATRIMÓNIO E *PERICULUM IN MORA*

Nádia Cristina de Sousa Alves

Orientadora: Maria Rita Aranha da Gama
Lobo Xavier

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

“Quando o amor acaba, o que a Lei pode tutelar é apenas a confiança que foi depositada num projeto de vida em comum, e que foi concretizado numa comunhão de esforços, sobretudo de ordem patrimonial.”

Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

AGRADECIMENTOS

Começo por agradecer à Sra. Professora Rita Lobo Xavier, orientadora da dissertação, pela sua imensurável disponibilidade, dedicação e partilha de conhecimento, ao longo da elaboração do presente estudo.

À minha família por serem o meu “porto seguro” e por me incentivarem sempre a superar-me e a nunca desistir.

Ao meu namorado, Pedro, por toda a paciência, apoio e carinho ao longo desta difícil caminhada.

Ao Sr. Dr. Luís Teixeira e Melo e à Sra. Dra. Maria Emília Meira, por me terem presenteado com todo o seu conhecimento e experiência.

RESUMO

Em todas as situações de rutura conjugal e mesmo após o divórcio, face à existência de uma maior instabilidade emocional, é possível existir o receio de que um dos cônjuges proceda a atos de dissipação ou extravio de bens em prejuízo do outro.

No ordenamento jurídico português o processo de divórcio não implica, forçosamente, que se proceda, à divisão do património conjugal, o que, além de perpetuar uma situação de indivisão, potencia o risco de apropriação indevida de bens, da sua ocultação ou da prática de atos prejudiciais ao património comum, enquanto não se realiza a respetiva partilha. Daí que, se suscite a questão de saber se o âmbito do arrolamento especial não será excessivamente limitado, devendo, por isso, poder ser decretado noutras situações que não as plasmadas no artigo 409.º do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: ARROLAMENTO ESPECIAL, RUTURA CONJUGAL E DIVISÃO DO PATRIMÓNIO.

ABSTRACT

In every marital rupture situation, and even after divorce, given the occurrence of emotional instability, it's possible to fear that one of the spouses will carry out acts of dissipation or loss of assets to the detriment of the other.

In the Portuguese legal system, the divorce process does not necessarily imply the division of marital property. This condition perpetuates a situation of indivisibility, as well as intensifies the risk of misappropriation of the property until the respective sharing does occur.

Consequently, the question arises as to whether the scope of special enrollment is not excessively limited and should, therefore, be enacted in other situations than those pointed out in article 409.º of Código de Processo Civil.

KEY-WORDS: SPECIAL ENROLLMENT, MARITAL RUPTURE AND DIVISION OF MARITAL ASSETS.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO I..... | 11 |
| 1. A PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS..... | 11 |
| 1.1 A FINALIDADE DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR..... | 11 |
| 1.2 DO PROCEDIMENTO CAUTELAR..... | 14 |
| 1.3 O ARROLAMENTO..... | 16 |
| 1.4 OS PRESSUPOSTOS DE QUE DEPENDE O DECRETAMENTO DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO..... | 17 |
| 1.4.1 ALEGAÇÃO E PROVA DE FACTOS QUE FUNDAMENTEM A PROBABILIDADE SÉRIA DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO SOBRE OS BENS OU DOCUMENTOS (FUMUS BONI IURIS)..... | 17 |
| 1.4.2 FUNDADO RECEIO DE EXTRAVIO, OCULTAÇÃO OU DISSIPACÃO DE BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS OU DE DOCUMENTOS (<i>PERICULUM IN MORA</i>)..... | 21 |
| CAPÍTULO II..... | 25 |
| 1. AS ESPECIFICIDADES DO ARROLAMENTO ESPECIAL PREVISTO NO ARTIGO 409.º N.º 1 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 25 |
| 1.1 ESPECIFICIDADES..... | 26 |
| 1.1.1 INSTRUMENTALIDADE RELATIVAMENTE À AÇÃO PRINCIPAL..... | 26 |
| 1.1.2 PROVA SUMÁRIA DA TITULARIDADE DOS BENS COMUNS OU PRÓPRIOS QUE SE PRETENDEM ARROLAR..... | 27 |
| 1.1.3 DISPENSA DE ALEGAÇÃO E PROVA DE FACTOS DE ONDE RESULTE O FUNDADO RECEIO DE EXTRAVIO, OCULTAÇÃO E DISSIPACÃO DE BENS OU DOCUMENTOS..... | 27 |
| 2. A IMPORTÂNCIA DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO NA SITUAÇÃO DE INDIVISÃO APÓS O DIVÓRCIO..... | 29 |
| 2.1 O PATRIMÓNIO CONJUGAL APÓS O DIVÓRCIO..... | 29 |
| 2.2. OS PROBLEMAS QUE RESULTAM DA SITUAÇÃO DE INDIVISÃO PATRIMONIAL PÓS DIVÓRCIO..... | 31 |

| | |
|--|----|
| CAPÍTULO III..... | 33 |
| 1. ARROLAMENTO ESPECIAL E RUTURAS CONJUGAIS..... | 33 |
| 1.1. DIVISÃO DO PATRIMÓNIO E PERICULUM IN MORA..... | 33 |
| 1.2 PARTILHA E AÇÃO DE INVENTÁRIO..... | 34 |
| 2. SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO À REDAÇÃO DO ARTIGO 409.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 38 |
| CONCLUSÃO..... | 40 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 42 |

INTRODUÇÃO

A situação de rutura do casamento é, muitas vezes, caracterizada por conflitos conjugais e, conseqüentemente, por uma maior instabilidade emocional. O que, tendencialmente, se repercute no comportamento de cada um dos cônjuges relativamente à administração do património conjugal.

Tal facto justifica a mobilização de mecanismos preventivos idóneos para acautelar os direitos de cada um dos cônjuges em face da possibilidade séria de apropriação indevida de bens, da sua ocultação ou da prática de atos prejudiciais ao património comum enquanto não se realiza a respetiva partilha.

No ordenamento jurídico português, a providência cautelar que melhor se adequa ao problema enunciado é o arrolamento. O artigo 409.º do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de ser decretado um arrolamento especial como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou anulação do casamento, o qual dispensa a alegação e prova de factos que fundamentem o receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens comuns ou bens próprios sob a administração do outro cônjuge.

Suscita-se a questão de saber se o âmbito assinalado a tal providência cautelar não será excessivamente limitado, isto é, se não deverá poder ser decretado o arrolamento especial noutras situações que não as plasmadas no artigo 409.º do Código de Processo Civil.

Efetivamente o regime legal do divórcio em Portugal não implica que a partilha tenha lugar aquando do processo de divórcio, nem mesmo no divórcio por mútuo consentimento, podendo ser diferida no tempo, o que se pode traduzir na manutenção de uma situação de indivisão conjugal durante longos anos. Com efeito, o ambiente turbulento que caracteriza uma separação não se vivencia somente no decorrer do processo de divórcio, podendo manter-se até ao momento em que o património conjugal seja partilhado.

Poderá assim justificar-se o decretamento do arrolamento especial em situações não contempladas no artigo 409.º do Código de Processo Civil, designadamente, no contexto de processos de inventário para partilha do património conjugal, porquanto, a presunção da existência de justo receio de extravio, dissipação ou ocultação dos bens subsiste devido à situação de indivisão dos bens.

É este o problema primordial que justifica o presente estudo.

No primeiro capítulo, iremos debruçar-nos sobre o regime da providência cautelar de arrolamento no ordenamento jurídico português, mais concretamente, serão expostos os pressupostos de que depende o decretamento dessa providência cautelar, bem como o seu âmbito de aplicação.

O segundo capítulo será dedicado ao arrolamento especial, designadamente, à exposição das suas especificidades e do respetivo âmbito de aplicação. Serão abordadas algumas das particularidades da indivisão do património conjugal após o divórcio.

Por fim, o terceiro capítulo incluirá a nossa sugestão de alteração à redação do artigo 409.º do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO I

1. A PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1.1 A FINALIDADE DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR

O processo judicial é um percurso sinuoso e moroso. O longo período de tempo que medeia a propositura da ação e o trânsito em julgado da sentença que coloque termo definitivo ao litígio é suscetível de potencializar o risco da violação do direito do autor que se pretende ver reconhecido, antes do término da ação principal.

A este propósito, Miguel Teixeira de Sousa sublinha que “toda a demora no julgamento da causa constitui um fator de injustiça para a parte vencedora. Uma justiça tardia é melhor do que a denegação dela, mas nunca será a justiça devida”¹, e José João Batista afirma que “uma justiça tardia pode ser meio justa ou não ser justiça nenhuma”.²

Por isso, importa que se harmonize a certeza e a segurança da decisão judicial com a necessidade de garantir a sua efetividade, uma vez que de nada vale obter uma sentença materialmente justa, porém inexecutável.³

Podemos concluir, assim, que “o tempo é um fator de corrosão dos direitos”, pelo que se afigura necessário oferecer “meios de combate à força corrosiva do tempo inimigo”⁴, ou seja, meios idóneos a prevenir a violação do direito ou a garantir o seu efeito útil.

Rita Lynce, por sua vez, afirma que “o tempo constitui, no processo, um fator simultaneamente positivo e negativo”, pois se por um lado a delonga processual se afigura essencial à justiça, porquanto implica produção de prova, audição das partes e ponderação do julgador, por outro lado pode, também, dar origem a uma decisão da qual o autor não retirará qualquer utilidade.⁵

¹ SOUSA, Miguel (1997) - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lisboa, Lex, p. 49 APUD GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p.81.

² BAPTISTA, José (2006) - *Processo Civil I – Parte Geral e Processo Declarativo*, 8ª Edição, Coimbra Editora, p. 77.

³ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 82.

⁴ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 84.

⁵ FARIA, Rita (2003) – *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 20.

Sublinha, ainda, Rita Lynce que “o tempo, como elemento conatural a uma decisão refletida, constitui, no processo, um fator que nunca poderá ser eliminado”.⁶

Na verdade, é inquestionável que o decurso temporal é essencial à obtenção de uma decisão justa. Porém, a falta de celeridade pode, muitas vezes, colocar em risco o efeito útil da decisão, mesmo que esta venha a ser julgada procedente.

Com efeito, questiona-se de que forma será possível equilibrar a ponderação e celeridade necessárias ao processo judicial, de modo que não seja produzida uma decisão justa, porém inútil, ou vice-versa. Neste sentido, cada vez mais, as partes entre si, tendem a acautelar os efeitos resultantes da delonga processual com mecanismos extrajudiciais de natureza preventiva.

Assim surge a tutela cautelar, não para proceder à composição definitiva do litígio, mas antes para acautelar o efeito útil da ação principal. As providências cautelares almejam prevenir eventuais prejuízos resultantes da delonga temporal que caracteriza os processos judiciais e que, conseqüentemente, conduz à inutilidade da *lide*.

Rita Lobo Xavier faz notar que a função primordial da tutela cautelar, e o que a distingue dos demais géneros de ações, é a sua instrumentalidade face ao processo principal, no qual se irá decidir definitivamente do litígio.

A natureza instrumental dos procedimentos cautelares manifesta-se, sobretudo, no facto de estes se destinarem a acautelar o efeito útil da ação principal. O procedimento cautelar pressupõe que se tenha instaurado ou se venha a instaurar uma ação principal na qual se coloque termo definitivo ao litígio. Sendo certo que, o decretamento da providência cautelar depende, impreterivelmente, da formulação de um juízo de probabilidade séria relativamente à procedência da ação principal.

A providência cautelar não se propõe, geralmente, a resolver de forma direta e principal o litígio, mas antes a assegurar que a relação factual controvertida permanece inalterada até que se decida da ação principal, de sorte a acautelar o efeito útil da sentença que vier a ser proferida.⁷

Rita Lynce salienta, ainda, que a finalidade do procedimento cautelar consiste em garantir a fruibilidade do direito processual. Isto é, o “procedimento cautelar é um instrumento ao serviço da ação judicial a que se encontra associado, com o propósito de

⁶ FARIA, Rita (2003) – *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 21.

⁷ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 66.

garantir a utilidade da respetiva decisão”.⁸ Ou seja, a tutela cautelar é um meio, um instrumento que se propõe conseguir alcançar a utilidade da ação principal, objeto de um outro processo judicial, ao qual está dependente.

Nesta senda, o âmbito da tutela cautelar não pode exceder o âmbito delimitado na ação principal da qual é dependente, pelo que só podem ser antecipados os efeitos jurídicos passíveis de advir da ação principal.

Todavia, sublinha Rita Lobo Xavier que, muitas vezes, a instrumentalidade e provisoriedade da providência cautelar acarreta uma “duplicação desnecessária de atos e um desperdício dos meios destinados à resolução do mesmo conflito” “frequentemente estarão em causa a alegação e prova dos mesmos factos, repetindo-se, no contexto da ação principal, muitos dos atos que já tiveram lugar em sede de procedimento cautelar”.⁹ Tal facto, deu origem à consagração do regime da inversão do contencioso, cuja finalidade quebra com a regra da instrumentalidade e provisoriedade das providências cautelares.

Por sua vez, Rui Pinto afirma que a tutela cautelar se configura como um “instrumento de salvaguarda do efeito útil de uma futura e eventual tutela principal e definitiva perante os prejuízos provocados pela passagem do tempo processual sobre o litígio”.¹⁰ Neste sentido, o n.º 2 do artigo 2.º do Código de Processo Civil, prevê que sejam diligenciados todos “os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”, neutralizando os eventuais prejuízos provenientes da demora normal e inevitável do processo judicial.

Tal finalidade é alcançada através da adoção de medidas provisórias, as providências cautelares, que poderão ter natureza conservatória ou antecipatória do efeito útil da ação.¹¹

A propósito da distinção entre providências cautelares de natureza conservatória e providências cautelares de natureza antecipatória, Rita Lobo Xavier sustenta que “as providências conservatórias se destinam a manter a estabilidade da situação jurídica objeto da pretensão enquanto não ocorra a decisão definitiva; as providências

⁸ FARIA, Rita (2003) – *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 34.

⁹ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 66.

¹⁰ PINTO, Rui (2009) - *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 33.

¹¹ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 53.

antecipatórias já concedem ao requerente os efeitos práticos que resultariam da procedência da ação principal, ou parte desses efeitos”.¹²

As providências cautelares almejam, assim, colmatar a questão da ineficácia da decisão judicial, emergente do decurso temporal inerente ao processo judicial, assegurando e garantindo, assim, a efetividade da tutela jurisdicional.

1.2 DO PROCEDIMENTO CAUTELAR

Os procedimentos cautelares encontram previsão legal nos artigos 362.º e seguintes do Código de Processo Civil.

Não obstante as especificidades próprias de cada procedimento cautelar, é possível identificar algumas características comuns a todos, salvo as situações especiais legalmente previstas.

Rita Lobo Xavier faz notar que, os procedimentos cautelares visam acautelar o efeito útil da ação principal, tendo, por isso, uma natureza instrumental relativamente à ação principal. Além disso, o procedimento cautelar, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 363.º do Código de Processo Civil, tem caráter urgente e, consequentemente, precede qualquer outro serviço judicial não urgente, não se suspendendo a contagem de prazos para a realização de atos processuais durante as férias judiciais, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 138.º do Código de Processo Civil. O procedimento cautelar é, também, caracterizado pela sua estrutura simplificada, o que lhe permite ter uma tramitação mais célere, justificada pelo seu caráter urgente. Aliás, o n.º 2 do artigo 363.º do Código de Processo Civil, prevê que os procedimentos cautelares instaurados devem ser decididos, na 1ª instância, num prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de quinze dias.¹³

No que concerne à apreciação pelo juiz dos pressupostos do decretamento da providência cautelar, é necessário que o requerente alegue e prove factos fundamentadores de um fundado receio de que a delonga processual provoque uma lesão do direito do requerente objeto da ação principal – normalmente designado por *periculum in mora*.

¹² XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 53.

¹³ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, pp. 53 a 54.

Outra característica do procedimento cautelar, é que o juízo relativamente à existência do direito de que o requerente se arroga titular, se basta com a alegação e prova, pelo requerente, de factos que fundamentem a probabilidade séria da existência desse direito – o que frequentemente se designa por *fumus boni iuris*.

Por sua vez, a decisão do juiz no respeitante à produção e apreciação da prova baseia-se, mormente, numa análise sumária dos factos alegados pelo requerente – *summaria cognitio*.

Consequentemente, sublinha Rita Lobo Xavier, a estrutura simplificada do procedimento cautelar e a análise sumária dos factos alegados pelo requerente, implica a diminuição dos direitos do requerido, que poderá, por sua vez, ser equilibrada pela possibilidade de responsabilização do requerente pelos danos culposamente causados ao requerido em virtude do decretamento da providência cautelar injustificada.¹⁴

O legislador distinguiu, assim, o procedimento cautelar em procedimento cautelar comum e procedimentos cautelares especificados. O procedimento cautelar comum está legalmente previsto nos artigos 362.º e seguintes do Código de Processo Civil e tem natureza residual. Isto é, face ao disposto no n.º 3 do artigo 362.º do Código de Processo Civil, o seu âmbito de aplicação restringe-se aos casos em que o risco de lesão não esteja especialmente prevenido por algumas das providências cautelares especificadas.

Por sua vez, os procedimentos cautelares especificados estão previstos nos artigos 377.º e seguintes do Código de Processo Civil e representam os trâmites processuais previstos para o decretamento de providências cautelares tipificadas.

Além disso, cumpre referir que o princípio da proporcionalidade plasmado no n.º 2 do artigo 368.º do Código de Processo Civil não é atendível no âmbito dos procedimentos cautelares especificados, pois o juiz nunca poderá indeferir o decretamento da providência cautelar com fundamento no facto de a lesão que o requerente pretende ver acautelada com o decretamento da providência ser manifestamente menor que o prejuízo que irá advir ao requerido com esse decretamento. E, bem assim, no contexto dos procedimentos cautelares especificados, tem o juiz a possibilidade de decretar uma providência cautelar distinta daquela concretamente requerida, porquanto não se encontra vinculado à concretamente demandada.¹⁵

¹⁴ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, pp. 53 e 54.

¹⁵ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 65.

1.3 O ARROLAMENTO

No respeitante à providência cautelar de arrolamento, prevista nos artigos 403.º e seguintes do Código de Processo Civil, a finalidade que se visa alcançar é a de evitar o extravio, ocultação, ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos que sejam objeto do direito do requerente.¹⁶ Neste sentido, dispõe o n.º 1 do artigo 403.º do Código de Processo Civil que “havendo justo receio de extravio, ocultação, ou dissipação de bens móveis ou imóveis, ou de documentos¹⁷, pode requerer-se o arrolamento deles”, sendo o arrolamento dependente da ação à qual interesse a especificação dos bens ou a prova da titularidade de direitos relativamente aos bens arrolados.

O arrolamento, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 406.º do Código de Processo Civil, consiste na descrição, avaliação e depósito dos bens.

O n.º 1 e n.º 2 do artigo 405.º do Código de Processo Civil determinam os pressupostos dos quais depende o decretamento da providência cautelar de arrolamento, nomeadamente, a alegação e prova sumária pelo requerente de factos dos quais resulte a titularidade do direito sobre os bens ou documentos, e de factos que fundamentem o receio de extravio, ocultação ou dissipação desses bens ou documentos.

O arrolamento pode ser requerido como preliminar ou incidente da ação principal, na qual se discuta uma situação relacionada com os bens que se pretendem arrolar ou na qual se afigure imprescindível garantir a preservação de determinados documentos. Com efeito, o arrolamento é uma providência cautelar especificada de natureza conservatória, capaz de assegurar a conservação de certos bens na pendência da ação principal ou garantir a persistência de documentos idóneos a provar a titularidade do direito, evitando, assim, a produção de um eventual prejuízo.¹⁸

Uma vez requerido o decretamento da providência cautelar, o demandado pode, ou não, ser citado para deduzir oposição, competindo, assim, ao juiz decidir se, atendendo

¹⁶ XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto, p. 64.

¹⁷ *Cfr.* acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/04/2004 (processo n.º 881/04; relator Serra Batista) disponível em www.dgsi.pt, no sentido de admitir o arrolamento de direitos de conteúdo não patrimonial enquanto “providência adequada a proteger o perigo de lesão de uma expectativa juridicamente tutelada”. E os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/11/2014 (processo n.º 273/14.1TBSCR-B.L1-8; relatora Octavia Viegas) e de 02/07/2015, (processo n.º 4899/14.5T2SNT.L2-2; relatora Teresa Albuquerque) ambos disponíveis em www.dgsi.pt, no sentido de admitir o arrolamento de depósitos bancários.

¹⁸ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 255.

às circunstâncias do caso concreto, a audiência do requerido poderá colocar em risco sério o fim e a eficácia da providência, nos termos do n.º 1 do artigo 366.º do Código de Processo Civil, caso em que será precludido o direito do requerido ao contraditório.

1.4 OS PRESSUPOSTOS DE QUE DEPENDE O DECRETAMENTO DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO

Resulta do artigo 405.º do Código de Processo Civil que o requerente da providência cautelar deve alegar e provar, ainda que de forma sumária, factos que fundamentem a probabilidade séria da existência do direito sobre os bens que se pretendem ver arrolados e, bem assim, factos que demonstrem a verificação de um fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação dos bens ou documentos.

Abrantes Geraldês afirma que “o elemento verdadeiramente caracterizador e integrante da causa de pedir do arrolamento é a existência de uma situação concreta e específica de perigo quanto ao extravio, dissipação ou ocultação de bens ou documentos”.¹⁹ Aliás, como decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, o desconhecimento do local concreto onde se encontra o bem a arrolar não é passível de fundamentar o indeferimento liminar do arrolamento se tiver sido produzida prova efetiva sobre a existência do bem.²⁰

1.4.1 ALEGAÇÃO E PROVA DE FACTOS QUE FUNDAMENTEM A PROBABILIDADE SÉRIA DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO SOBRE OS BENS OU DOCUMENTOS (*FUMUS BONI IURIS*)

Enquanto pressuposto do decretamento da providência de arrolamento, ao requerente é exigido que alegue e prove, de forma sumária, factos que fundamentem a probabilidade séria da titularidade de um direito sobre os bens ou documentos que

¹⁹ GERALDES, Abrantes (2010) - *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. IV, 4ª Edição, Almedina, p. 280.

²⁰ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/02/2012 (processo n.º 1747/11.1TBACB-B.C1; relator António Beça Pereira) disponível em www.dgsi.pt.

pretende arrolar, competindo-lhe demonstrar um interesse jurídico relevante na conservação dos mesmos.²¹

Nos casos em que o direito que o requerente se arroga titular depende de ação proposta ou a propor, nos termos do n.º 1, *a final*, do artigo 405.º do Código de Processo Civil, ao requerente cumpre convencer o tribunal da provável procedência do pedido correspondente.

Na verdade, o que se exige não é um juízo de certeza relativamente à titularidade do direito sobre o bem ou documento a arrolar, mas antes uma mera aparência²² de que o direito de facto existe.

O decretamento da providência cautelar de arrolamento, implica a demonstração de indícios razoáveis que permitam julgar provável a existência do direito invocado pelo requerente. Aliás, sustenta Palma Carlos que a lei não exige que o direito que se pretende acautelar exista efetivamente, mas antes que da matéria de facto alegada pelo requerente seja possível concluir pela titularidade do direito.²³

Com efeito, se o requerente não alegar factos que fundamentem um direito sobre o bem ou documento que pretende arrolar, limitando-se apenas a invocar o receio de extravio, ocultação ou dissipação, o arrolamento não poderá ser decretado, devendo, conseqüentemente, ser liminarmente indeferido, por injustificado.

A alegação e prova de factos que fundamentem a probabilidade séria sobre a existência da titularidade do direito arrogada pelo requerente nos termos previstos e com as garantias próprias de um processo de estrutura contraditória, não seria compatível com a celeridade e urgência que caracteriza a tutela cautelar. De facto, o decretamento da providência cautelar não impõe uma prova absoluta da realidade jurídica, mas antes um juízo de mera aparência de um direito em risco de lesão, aquilo que geralmente se designa por *fumus boni iuris*.

O requerente deverá, por isso, identificar a ação principal que irá propor, bem como, a respetiva causa de pedir e o pedido que irá formular nessa mesma ação, de sorte que seja permitido ao juiz avaliar a probabilidade de procedência da ação principal e

²¹ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, pp. 256 a 257.

²² João de Castro Mendes sustenta a teoria do “princípio da tutela provisória da aparência”, fundamentando que a mera invocação de um direito é suficiente para dar início ao processo judicial. Conseqüentemente, atendendo ao facto de as providências cautelares se basearem na aparência de um determinado direito, é possível existirem ações às quais não corresponda qualquer direito material correlativo - MENDES, João (2012) - *Direito Processual Civil*, Vol. I, Reimpressão, Lisboa, AAFDL, p. 237.

²³ CARLOS, Adelino (1973) - *Procedimentos Cautelares Antecipadores*, p. 242 APUD GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina pp. 180 a 186.

verificar a instrumentalidade²⁴ da providência em relação à decisão da ação principal. O juízo de prognose que o juiz irá realizar será baseado em critérios próprios de *homo prudens*, presunções naturais ou de experiência.

Sacrifica-se, assim, a segurança jurídica em prol da celeridade e urgência necessárias à efetiva tutela do direito material, exigindo-se ao requerente que alegue e prove factos que demonstrem o seu direito em termos de verosimilhança, isto é, através de um meio termo entre a certeza judicial da ação principal e a incerteza característica deste tipo de processo judicial.

Todavia, não se poderá considerar preenchido o requisito da aparência do direito se na ação principal a matéria de facto tiver sido julgada em sentido desfavorável à pretensão do requerente da providência. Caso contrário, o requerente poderia tentar obter através da tutela cautelar o que não conseguiu obter com o processo principal, e se assim fosse, o juiz deixaria entrar pela janela o que não deixou entrar pela porta.

O contraditório do requerido no âmbito do procedimento cautelar vem regulado no artigo 366.º do Código de Processo Civil. Por sua vez, a jurisprudência portuguesa tem demonstrado que, muitas vezes, a tutela cautelar é utilizada de forma incorreta e abusiva, como forma de coagir a contraparte a ceder às pretensões do requerente, situação que ocorre sobretudo em providências cautelares decretadas sem audiência prévia do requerido e naquelas em que os respetivos efeitos assumam um carácter irreversível, casos em que o juiz terá de ser especialmente cauteloso.²⁵

Na tentativa de encontrar um equilíbrio entre a necessidade de uma tutela cautelar célere e a utilização abusiva dos mecanismos cautelares, o legislador fixou um curto prazo para a interposição da ação principal de que a providência cautelar depende, de sorte a dissuadir a prática de condutas abusivas.

No respeitante ao grau de apreciação do *fumus boni iuris* o juiz terá de formular uma convicção séria relativamente à realidade dos factos alegados pelo requerente e à

²⁴ A este propósito o Tribunal da Relação de Lisboa fez notar que “Muito embora se tenha de conhecer, no procedimento cautelar, embora sumariamente, da questão que constituirá ou motivará o objeto da ação a propor ou que já foi proposta, não tem que haver coincidência entre os pedidos formulados no procedimento cautelar e na ação da qual aquele é dependente, mas apenas quanto às partes e causa de pedir.” – Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/01/1984, em CJ, Tomo I, 1984, p.122.

²⁵ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, pp. 194 a 196.

probabilidade de existir um direito do requerente relativamente aos bens que se pretendem ver arrolados.

A celeridade processual inerente ao decretamento das providências cautelares não é compatível com uma atividade probatória aprofundada e exaustiva, não podendo, por um lado, o julgador decretar uma providência cautelar atendendo exclusivamente a uma simples alegação do direito, nem tão pouco se pode conceder que o decretamento da providência esteja dependente de uma certeza absoluta sobre os factos alegados.

Assim sendo, compete ao requerente, na petição inicial, alegar e fazer prova sumária dos factos que fundamentam o direito por si invocado, sendo que a apreciação mais aprofundada e completa terá lugar na respetiva ação principal.

Por outro lado, o grau de probabilidade de existência do invocado direito deverá ser diretamente proporcional ao nível de ingerência da providência cautelar na esfera jurídica do requerido. Aliás, existem autores, tais como Marco Gonçalves que consideram que nas situações em que a providência cautelar é peticionada na pendência de uma ação principal, nada obsta a que o juiz se socorra dos elementos probatórios e factuais constantes desse processo para formar a sua convicção sobre a probabilidade de existência do direito de que se arroga o requerente.²⁶

Outra situação relevante, analisada por Marco Gonçalves, é quando a matéria de facto alegada pelo requerente, apesar de apresentar factos essenciais que integram a causa de pedir da sua pretensão, apresenta insuficiências ou imprecisões ou carece de concretização. Nesse caso, entende o autor, que o julgador deve indeferir liminarmente a providência cautelar ou convidar o requerente a completar, concretizar e/ou especificar a matéria de facto alegada. Com efeito, dispõe o n.º 4 do artigo 590.º do Código de Processo Civil, em articulação com o n.º 1 do artigo 5.º do mesmo diploma legal, que o juiz deve convidar o requerente a suprir tais irregularidades fixando um prazo para a apresentação de articulado devidamente corrigido.²⁷

Situação distinta é aquela em que o articulado apresentado pelo requerente carece dos factos essenciais que sustentam a sua pretensão ou em que a causa de pedir é ininteligível. Nessas situações, prevê o n.º 1 do artigo 5.º e o n.º 2, alínea a), do artigo

²⁶ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 191.

²⁷ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 192.

186.º ambos do Código de Processo Civil, que o juiz deve indeferir liminarmente a providência cautelar peticionada.²⁸

No que concerne aos meios de prova admissíveis, apesar de o legislador não se ter dedicado à sua enunciação, entende-se que serão de admitir todos os meios de prova legalmente previstos, com particular destaque para a prova documental e testemunhal.

Cumprido, ainda, referir que, apesar de se autorizar que o julgador decrete a providência cautelar com base numa apreciação sumária dos factos que fundamentam a probabilidade séria de existir o direito invocado pelo requerente, o julgador não poderá ignorar os pressupostos de que a lei faz depender a constituição e o exercício do referido direito.²⁹

1.4.2 FUNDADO RECEIO DE EXTRAVIO, OCULTAÇÃO OU DISSIPAÇÃO DE BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS OU DE DOCUMENTOS (*PERICULUM IN MORA*)

De facto, a excessiva demora dos tribunais na obtenção de uma decisão definitiva pode originar um fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, e/ou de documentos, pelo que se torna necessário prever mecanismos que garantam o efeito útil da sentença.

Neste sentido, é necessário que o requerente alegue e prove, ainda que de forma sumária, factos concretos e objetivos fundamentadores de que o receio de extravio, ocultação ou dissipação dos bens ou documentos é sério e real, o que, conseqüentemente, irá originar um prejuízo³⁰ grave para o requerente.

Este pressuposto de que depende o decretamento da providência cautelar de arrolamento é tendencialmente designado por *periculum in mora* e na aceção de Lebre

²⁸ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 192.

²⁹ GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina, p. 193.

³⁰ Rui Pinto distingue entre *periculum in mora* e “perigo de dano”, considerando que este último assume uma natureza extraprocessual não imputável ao Estado, mas sim ao sujeito passivo, ou seja, é “um perigo independente do processo e da sua morosidade, nada tendo, por conseguinte, a ver com a garantia do prazo razoável e a morosidade processual”. Segundo este autor, “o dano por mora e imputável ao Estado não é, ao contrário do que se pretende correntemente, o dano cujo perigo as providências cautelares procuram esconjuram. O dano cujo perigo as providências cautelares procuram esconjuram é diferente: é um dano resultante de uma ingerência ilícita na esfera jurídica alheia, em violação de uma norma de proibição” – PINTO, Rui (2009) – *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de Não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, pp. 515 a 527.

Freitas, o que é relevante não é saber se os bens que se pretende arrolar foram efetivamente extraviados ou ocultados, mas antes aquilatar acerca da existência, ou não, de um fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação dos bens ou documentos³¹. Motivo pelo qual, o arrolamento só é decretado se, efetivamente, ainda não tiver ocorrido a ocultação, dissipação ou extravio dos bens ou documentos que se pretendem arrolar, ou quando, embora já tenha ocorrido em relação a alguns dos bens, subsista o perigo de ocorrer em relação a outros³².

O Tribunal da Relação do Porto decidiu pelo não decretamento da providência de arrolamento, por entender que o que se pretendia, no caso *sub judice*, era uma pesquisa sobre a eventual existência dos bens, e não a conservação dos mesmos³³.

O *periculum in mora* traduz, assim, o perigo de o direito que se pretende fazer valer em juízo ficar irremediavelmente comprometido e de o processo principal perder a sua utilidade.

Outrossim, os elementos que integram o *periculum in mora* são o fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação dos bens, móveis ou imóveis, ou documentos e a atualidade desse receio.

Assim sendo, ao requerente compete alegar e provar factos que demonstrem a verificação do receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos. Sendo certo que, tal receio deve sempre ter subjacente uma lesão grave e irreparável, ou de difícil reparação, de um direito do requerente que fundamente a tutela cautelar. Pese embora, seja necessário esclarecer que o facto de o dano ter de ser de difícil reparação ou irreparável, não pressupõe que este tenha de ser irressarcível, pois quem requer o decretamento de uma providência cautelar pretende que o bem tutelado se mantenha íntegro e não procura o pagamento de qualquer indemnização.

Além disso, a providência cautelar de arrolamento só será decretada se o fundado receio ainda não se tiver efetivado, isto é, se for atual e iminente. Não podendo, por isso, ter ocorrido a ocultação, dissipação ou extravio dos bens ou documentos que se pretendem

³¹ FREITAS, José (2018) - *Código de Processo Civil Anotado*, Almedina, 4ª Edição, Vol. II, p.167.

³² Luís Moitinho Almeida afirma que o termo “extravio” deverá interpretar-se no sentido amplo, abrangendo “*todos os factos suscetíveis de produzir o desaparecimento dos bens: ocultação, perda, destruição, etc. Tudo, menos, dissipação, porque o justo receio desta é considerado em separado como outra causa de pedir do arrolamento*” - ALMEIDA, Luís (*sin data*) - *Do arrolamento*, p. 152 APUD GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina p. 257.

³³ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/12/2011 (processo n.º 1524/10.7TBMCN.P1; relatora Maria José Simões) disponível em www.dgsi.pt.

arrolar. Caso contrário, a providência cautelar de arrolamento deixa de ter qualquer efeito prático, e por conseguinte, não poderá ser decretada.

Logo, a providência cautelar de arrolamento não poderá ser deferida, nos casos em que o requerente se tenha conformado com a situação de perigo, salvo se tiver ocorrido alguma superveniência objetiva ou subjetiva que, pela sua natureza ou pelas consequências dela resultantes para a esfera jurídica do titular do direito ameaçado, o justifique.

Porém, é possível admitir o decretamento da providência cautelar de arrolamento sempre que, pese embora se tenha verificado a ocultação, dissipação ou extravio relativamente a alguns bens e/ou documentos, subsista o perigo de se verificar ainda em relação a outros.

Por fim, além dos demais elementos enunciados, para que se verifique preenchido o pressuposto do “fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação” de bens ou documentos, previsto no n.º 1 do artigo 403.º do Código de Processo Civil, é necessário que a lesão do direito, em virtude do extravio, ocultação ou dissipação, que se receia seja imputável ao requerido, e não decorra de um facto imputável ao próprio requerente ou para o qual este tenha contribuído.

Importa, ainda, referir que o a apreciação do juiz relativamente ao pressuposto do qual depende o decretamento da providência cautelar de arrolamento, que consiste na alegação e prova de factos que fundamentem o fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos, comumente designado por *fumus boni iure*, ao contrário do pressuposto anterior, exige um juízo de certeza suficientemente forte que permita ao juiz julgar no sentido da necessidade de decretamento da providência cautelar. Em suma, a convicção do juiz terá de ser no sentido de que existe uma probabilidade forte de que o receio de extravio, ocultação ou dissipação, se não for decretada a providência, se venha a efetivar, não sendo suficiente uma mera possibilidade remota.

Todavia, atendendo ao carácter célere das providências cautelares, para a apreciação deste pressuposto, não poderá exigir-se uma certeza inequívoca sobre a existência ou não de um fundado receio.

Com efeito, podemos concluir que no juízo de prognose que o juiz irá formular, deverá ter em consideração: a) se os factos alegados pelo requerente demonstram a verificação de um receio fundado de que os documentos ou bens se venham a ocultar, extraviar ou dissipar; b) se o facto receado requer tutela urgente e se necessita de ser

acautelada a sua proteção provisoriamente; c) qual o mecanismo mais adequado a realizar tal proteção, atendendo os interesses do requerente e do requerido.

CAPÍTULO II

1. AS ESPECIFICIDADES DO ARROLAMENTO ESPECIAL PREVISTO NO ARTIGO 409.º N.º 1 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O arrolamento especial é uma providência cautelar especificada que, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, apenas pode ser requerida “como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento”. Com efeito, resulta do dispositivo normativo enunciado que a providência cautelar de arrolamento especial não é suscetível de ser peticionada como preliminar ou incidente do processo de inventário para partilha do património adquirido durante a comunhão de vida quando já tenha transitado em julgado a decisão que decretou o divórcio, seguindo-se, neste caso, o procedimento previsto para o arrolamento comum, vertido nos artigos 403.º e seguintes do Código de Processo Civil.³⁴

Dispõe, ainda, o n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil que “qualquer dos cônjuges pode requerer o arrolamento de bens comuns, ou de bens próprios que estejam sob a administração do outro”.

O arrolamento especial, enquanto providência cautelar preliminar ou incidente das referidas ações, incide sobre os bens que integram o património conjugal a ser partilhado, procurando acautelar a existência destes no momento em que se realize a partilha, assumindo as funções de depositário o cônjuge que estiver na posse dos bens, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 408.º do Código de Processo Civil.

A situação de rutura do casamento é, muitas vezes, caracterizada por conflitos conjugais e, conseqüentemente, por uma maior instabilidade emocional. O que, tendencialmente, se repercute no comportamento de cada um dos cônjuges relativamente à administração do património conjugal.

Tal facto justifica a mobilização de mecanismos preventivos idóneos para acautelar os direitos de cada um dos cônjuges em face da possibilidade séria de

³⁴ ROQUE, Hélder – *JULGAR n.º 40*, 2021, disponível em <http://julgar.pt/da-partilha-parcial-em-divorcio-por-mutuo-consentimento-convolado-da-parcela-respeitante-a-indemnizacao-por-cessacao-do-contrato-de-trabalho-de-um-dos-ex-conjuges-vencida-na-constancia-do-matrimonio/4/>.

apropriação indevida de bens, da sua ocultação ou da prática de atos prejudiciais ao património comum enquanto não se realiza a respetiva partilha.

O arrolamento especial, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, distingue-se do arrolamento comum na medida em que para que seja decretado o arrolamento especial não se exige que se alegue e prove factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos.

1.1 ESPECIFICIDADES

1.1.1 INSTRUMENTALIDADE RELATIVAMENTE À AÇÃO PRINCIPAL

O procedimento cautelar caracteriza-se, sobretudo, pela sua instrumentalidade relativamente à ação principal.

O decretamento do arrolamento especial, nos termos do n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil pressupõe que seja requerido por um dos cônjuges como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou anulação de casamento.

Logo, o n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil delimita o âmbito de ações principais das quais pode depender o procedimento cautelar de arrolamento. Sendo certo que, a providência cautelar não se propõe a resolver de forma definitiva o litígio, mas antes a assegurar que a relação factual controvertida permanece inalterada até ao termo da ação principal, acautelando, assim, o seu efeito útil.

Assim, enquanto providência cautelar preliminar ou incidente do género de ações enunciadas, a função da norma é a de acautelar que, no momento da partilha, os bens existam e sejam suscetíveis de serem partilhados.

Com efeito, o arrolamento especial, em face da sua natureza conservatória, caducará no momento em que o receio de extravio, ocultação ou dissipação dos bens cessar, designadamente, no momento em que estejam concluídos o processo divórcio e o processo de inventário subsequente.

A este propósito, afirmou o Tribunal da Relação de Guimarães que “com a apresentação da relação de bens, decalcada do auto de arrolamento, com referência aos bens comuns que foram objeto do procedimento cautelar, se deve considerar findo o

incidente de arrolamento”, uma vez que “o procedimento cautelar, simplesmente, atingiu o seu termo, cumprindo-se a finalidade inerente à providência decretada: ordenado e efetuado o arrolamento, o respetivo auto serviu no inventário subsequente”.³⁵

1.1.2 PROVA SUMÁRIA DA TITULARIDADE DOS BENS COMUNS OU PRÓPRIOS QUE SE PRETENDEM ARROLAR

O decretamento da providência cautelar de arrolamento especial pressupõe a alegação e prova de factos que demonstrem que os bens que se pretendem arrolar são bens comuns e/ou bens próprios sob a administração do outro cônjuge.

A razão de ser deste pressuposto, do qual depende o decretamento da providência cautelar de arrolamento, prende-se, sobretudo, com o facto de estes serem os bens que integram o património conjugal e que justificam o risco de extravio, ocultação ou dissipação.

1.1.3 DISPENSA DE ALEGAÇÃO E PROVA DE FACTOS DE ONDE RESULTE O FUNDADO RECEIO DE EXTRAVIO, OCULTAÇÃO E DISSIPACÃO DE BENS OU DOCUMENTOS

Como se demonstrou, o decretamento da providência cautelar de arrolamento comum, nos termos do n.º 1 do artigo 403.º do Código de Processo Civil depende da alegação e prova sumária de factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação e dissipação de bens ou documentos.

Em atenção à particularidade da situação, o arrolamento especial para ser decretado não implica que se realize tal alegação e prova, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 409.º do Código de Processo Civil.

Lebre de Freitas sustenta que “a situação de conflito que normalmente acompanha o tipo de situação em causa faz assim presumir, *juris et de jure*, o *periculum in mora*, quer no plano da prova, quer no da própria alegação” dos factos que fundamentam o receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens.³⁶

³⁵ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12/01/2010 (processo n.º 642/07.3TCGMR-H.G1) disponível em www.dgsi.pt.

³⁶ FREITAS, José (2019) - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Edição, Almedina, p.179.

No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que a “dispensa de demonstração deste requisito nos casos elencados no artigo 409.º, do CPC 2013 – preliminar ou incidental nas ações de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio, de declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou em situações de abandono de bens – tem subjacente a ideia de que a natureza do conflito permite presumir (*iuris et de iure*) que a situação pode ser favorável a atuações com pouca lisura sobre o património, agravando os motivos de discórdia entre as partes envolvidas”.³⁷

A dispensa, ou melhor, a presunção da verificação dos factos relativos a este pressuposto para o decretamento da providência cautelar de arrolamento especial, justifica-se, sobretudo, pela instabilidade emocional que caracteriza a rutura da relação entre o casal e que tende a promover situações de apropriação indevida de bens ou a sua dissipação por um dos cônjuges.

Aliás, o Tribunal Constitucional afirmou que a dispensa de alegação e prova de factos que fundamentem o receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos, não enferma de qualquer inconstitucionalidade, uma vez que ocorre uma presunção relativamente à sua verificação, que decorre da ideia de que “existe normalmente uma situação de crise matrimonial que antecede o decretamento do divórcio”.³⁸

Com efeito, face ao âmbito delimitado pelo n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, nos casos em que o arrolamento seja requerido após o trânsito em julgado da sentença de alguma das ações principais ali previstas, torna-se exigível ao requerente a alegação e prova de factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, nos termos do n.º 1 do artigo 403.º do Código de Processo Civil.

Cumprido, ainda, referir que, atendendo ao regime legal da situação de união de facto, não poderá neste âmbito ser decretado arrolamento especial, uma vez que inexistente património conjugal suscetível de ser partilhado.

³⁷ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2014 (processo n.º 2170/14.1TBSXL.L1-8; relatora Teresa Prazeres Pais) disponível em www.dgsi.pt.

³⁸ Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional de 03/07/1996 (processo n.º 6483/96) disponível em www.dgsi.pt.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ARROLAMENTO NA SITUAÇÃO DE INDIVISÃO APÓS O DIVÓRCIO

2.1 O PATRIMÓNIO CONJUGAL APÓS O DIVÓRCIO

No ordenamento jurídico português, em bom rigor, é com a partilha que se coloca termo às situações de comunhão conjugal. Aliás, o processo de divórcio em Portugal não implica, forçosamente, que se proceda, na data do divórcio, à divisão do património conjugal, podendo a mesma ter lugar posteriormente.

Rita Lobo Xavier afirma que o divórcio dissolve o casamento e, conseqüentemente, faz cessar as relações patrimoniais entre os cônjuges. Porém, a liquidação do património comum só ocorre com a partilha.³⁹

Além disso, faz notar a autora, que o património conjugal tem natureza jurídica de património autónomo, separado e coletivo.⁴⁰ Isto é, o património comum caracteriza-se como património autónomo no sentido em que está especialmente afeto à satisfação das dívidas da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo 1695.º, do Código Civil, pese embora não se possa afirmar a sua total autonomia, porquanto poderá não ser apenas o património comum do casal a responder por essas dívidas, mas também os bens próprios de cada um dos cônjuges. Por outro lado, a ideia de separação, baseia-se na independência da massa de bens comuns face às massas constituídas por bens próprios cuja titularidade cabe a cada um dos cônjuges. Nas situações em que se aplique o regime da comunhão, cada um dos cônjuges será titular dos seus bens próprios e de metade⁴¹ do património comum (meação). A ideia de património coletivo, por sua vez, funda-se na situação de contitularidade, pois cada um dos cônjuges será titular, como se disse, de um direito sobre esse património (direito de meação), direito do qual não poderá dispor antes da dissolução do casamento, da separação de pessoas e bens ou da separação judicial de bens.⁴²

³⁹ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, pp. 37 e 38.

⁴⁰ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 38.

⁴¹ Rita Lobo Xavier defende que a chamada “regra da metade” apenas é imperativa no âmbito dos regimes da comunhão geral de bens e da comunhão de adquiridos - XAVIER, Rita (2000) -*Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra, pp. 522 a 523 e 538.

⁴² XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, pp. 38 e 39.

Nos termos do disposto nos artigos 1688.º e 1788.º do Código Civil, o divórcio dissolve o casamento e coloca termo às relações patrimoniais entre os cônjuges. Porém, nos casamentos celebrados sob o regime da comunhão o património comum, até à partilha, permanecerá indiviso.⁴³

Como refere Rita Lobo Xavier, na jurisprudência e na doutrina persiste a indefinição quanto ao regime jurídico do património comum no período de tempo que medeia a dissolução do casamento e a partilha. Efetivamente, a indivisão conjugal assemelha-se à situação da indivisão hereditária⁴⁴, uma vez que se trata de duas situações de comunhão de direitos que terminam com a partilha, seja ela por acordo ou de forma litigiosa.⁴⁵

Nesta senda, Esperança Mealha afirma que o regime aplicável ao património comum após a dissolução do casamento, nunca poderá ser o mesmo que vigorava na constância do matrimónio, pois aos ex-cônjuges é atribuído um direito irrenunciável à partilha e a possibilidade de dispor da sua meação, que poderá, inclusive, ser alienada ou objeto de penhora⁴⁶. Entende, assim, a autora, que não serão de aplicar as regras relativas

⁴³ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 41.

⁴⁴ Pese embora se verifiquem similitudes entre a situação de indivisão conjugal e indivisão hereditária, Rita Lobo Xavier afirma que no que concerne ao exercício dos poderes de administração e ao uso dos bens comuns, poderá ser desadequado aplicar as disposições relativas à administração da herança que estabelecem, de forma sumária, que a administração ordinária recairá sobre o cônjuge mais velho, enquanto cabeça de casal, sendo nos restantes casos exercidos os direitos por ambos, nos termos do disposto nos artigos 2080.º e seguintes e no artigo 2091.º, do Código Civil. Além de que, faz notar a autora, que poderá ser interessante ter-se em consideração os artigos 1404.º e 1406.º do Código Civil, que estabelecem a aplicação das regras da compropriedade a outras formas de comunhão. Na verdade, a doutrina mais atual, tendencialmente, tem configurado possível uma aproximação de certos aspetos do regime da compropriedade e da comunhão, uma vez que ambas figuram como situações de contitularidade de direitos. - XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 43.

⁴⁵ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 41.

⁴⁶ Rita Lobo Xavier debruçou-se sobre a eventual possibilidade de o direito à meação sobre o património comum ser objeto de providência cautelar de arresto ou de penhora, no âmbito de uma ação executiva. A este propósito, e em sentido favorável, julgou o Tribunal da Relação do Porto de 23/10/2018 (processo n.º 6024/17.1T8VNG-C.P1; relatora Maria Cecília Agante) que a situação de indivisão após o divórcio tem uma natureza e regime diferentes dos vigentes na constância do matrimónio, não deixando, todavia, de ser um património coletivo e, por isso, distinto da compropriedade, uma vez que o direito de meação dos ex-cônjuges não incide sobre os bens que integram o património coletivo, mas sim sobre o património no seu conjunto. Assim, entendeu o Tribunal da Relação do Porto que a meação do cônjuge devedor é suscetível de apreensão judicial por arresto, sendo que só após a partilha é que a providência cautelar é concretizável em bens, permitindo, desta forma, ao credor realizar o seu direito.

Por sua vez, o Tribunal da Relação de Lisboa de 12/07/2017 (processo n.º 159/17.8T8AVR.P1; relator Manuel Domingues Fernandes) julgou não ser admissível o arresto sobre os bens comuns do casal para garantia de pagamento de créditos de um dos cônjuges em relação ao outro, não sendo, também, possível que o arresto recaia sobre o direito de meação ou do quinhão de um dos cônjuges, uma vez que defende que, até à partilha, tal direito não existe no património de cada um dos cônjuges. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Évora de 14/02/2019 (processo n.º 349/18.6T8MRA.E1; relatora Isabel Peixoto

à administração dos bens do casal previstas nos regimes de comunhão, mas sim as regras relativas à indivisão hereditária.⁴⁷

Aliás, junto dos tribunais têm surgido vários problemas no que concerne à situação jurídica do património comum no período compreendido entre o divórcio e a partilha. A este propósito pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de que “os bens comuns mantêm a natureza de património coletivo até à partilha, ou seja, um património com dois sujeitos que do mesmo são titulares e que globalmente lhes pertence, numa situação semelhante à da herança indivisa, isto é, no sentido de que a contitularidade de direitos não significa tanto uma contitularidade sobre cada um dos bens nele integrados, mas sim uma contitularidade do direito a metade do valor do património em si mesmo considerado, que será preenchido com bens que dele façam parte”.⁴⁸

2.2. OS PROBLEMAS QUE RESULTAM DA SITUAÇÃO DE INDIVISÃO PATRIMONIAL PÓS DIVÓRCIO

Os problemas que resultam da eventual divisão do património após a rutura conjugal, não se restringem ao caso em que o regime de bens é o da comunhão, podendo suscitar-se em qualquer regime e até em situações de comunhão de vida sem casamento.⁴⁹

Efetivamente, a divisão do património adquirido durante a vida em comum poderá levantar questões quanto à “prestação de contas, compensação de créditos, situações de associação ou colaboração, remuneração pelos serviços prestados, desequilíbrio na contribuição para os encargos da vida familiar e acordos relativos à orientação da vida em comum”.⁵⁰

Imaginário) estabeleceu a clara distinção entre o arresto e a penhora, concluindo pela impossibilidade de serem arrestados os bens que constituem o património comum do casal.

Com efeito, a contitularidade de direitos característica do património comum distingue-se pelo facto de o direito de propriedade não incidir concretamente sobre bens específicos, mas antes sobre o conjunto de bens, o que poderá explicar o facto de se admitir a penhora do direito à meação, mas não de apreensão por arresto. – XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, pp. 41 a 43.

⁴⁷ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 41.

⁴⁸ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/11/2008 (processo n.º JSTJ000; relator Moreira Camilo) disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁹ Rita Lobo Xavier afirma que a comunhão de vida entre duas pessoas, embora sem vínculo conjugal, envolve uma interpenetração patrimonial e alguns elementos característicos da vida conjugal, nomeadamente, o esforço conjunto, a contribuição para as despesas comuns e a colaboração na vida pessoal e patrimonial. Tal facto, gera expectativas sobre o património adquirido que podem suscitar eventuais conflitos no momento da rutura - XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 39.

⁵⁰ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 40.

Nos dias de hoje, os bens que preponderantemente carecem de ser acautelados estão, maioritariamente, relacionados com produtos financeiros, como por exemplo, contas bancárias. Na verdade, o ambiente tumultuoso vivido entre os cônjuges durante o processo de separação conduz, frequentemente, a que um deles, sem autorização do outro, proceda ao levantamento do saldo da conta bancária, contitulada por ambos, para proveito próprio.⁵¹

O certo é que, a dissolução do casamento não poderá negligenciar a proteção de uma divisão justa e equilibrada do património adquirido durante a comunhão de vida. Daí que se afigure essencial a existência de mecanismos jurídicos que permitam minorizar os eventuais prejuízos resultantes da apropriação indevida de bens ou da prática de atos prejudiciais por parte de um dos cônjuges em relação ao outro.

Aliás, Rita Lobo Xavier sublinha que durante a vida conjugal os cônjuges assumem de forma espontânea comportamentos de confiança, partilha, colaboração e auxílio mútuo, construindo uma comunhão de interesses, esforços e renúncias recíprocas. Assim, o princípio da igualdade entre cônjuges nunca poderá potenciar os egoísmos individuais, pois é inquestionável que, muitas vezes, a animosidade tendencialmente característica da situação de rutura matrimonial poderá despoletar nos cônjuges comportamentos contrários aos valores da plena comunhão de vida.⁵²

⁵¹ A este propósito decidiu o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 12/09/2007 (processo n.º 0712676; relator André da Silva) que “os bens comuns do casal não são coisa alheia (...) quando o agente é contitular de conta bancária com o seu cônjuge e existe um acordo implícito quanto à movimentação da mesma, pode configurar o crime de abuso de confiança quando levanta a totalidade dos valores depositados, sem autorização.”.

Uma perspetiva civilista e estrita sustenta que se o agente for um dos ex-cônjuges e o objeto da ação for um bem integrado no património comum, não se poderão considerar verificados os pressupostos dos ilícitos típicos contra a propriedade, pois não é aplicável o conceito de “coisa alheia” face à inexistência de direitos dos ex-cônjuges sobre os concretos bens que compõe o património comum. Todavia, não se compreende por que motivo a danificação de um bem integrante do património comum merece menor tutela jurídico-penal do que a danificação de um bem próprio de outrem. Na verdade, a inviabilização da possibilidade de uso e fruição de um bem pelo ex-cônjuge é igualmente gravosa, quer se trate de um bem próprio ou de um bem comum - XAVIER, Rita (2019) – *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Universidade Católica Editora, Porto, pp. 2586 a 2602.

⁵² XAVIER, Rita (2009) - *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, pp. 7 a 8.

CAPÍTULO III

1. ARROLAMENTO ESPECIAL E RUTURAS CONJUGAIS

1.1. DIVISÃO DO PATRIMÓNIO E *PERICULUM IN MORA*

Os problemas de divisão do património após o divórcio não são apenas característicos dos regimes de comunhão. Na verdade, o regime de separação de bens também acarreta alguns desafios no que toca às questões patrimoniais.⁵³

Rita Lobo Xavier fez notar que não corresponde à verdade a ideia comum de que, face à total independência⁵⁴ entre os patrimónios dos cônjuges no regime da separação, não se afigura necessária a realização da partilha do património.⁵⁵

No decorrer da vida em comum ocorrem deslocções entre os patrimónios que merecem ser atendidas no momento da dissolução do matrimónio, designadamente, fruto de cláusulas de presunção de compropriedade inseridas na convenção antenupcial, contitularidade de contas bancárias, aquisição de bens em compropriedade e contração de dívidas em conjunto, independentemente do regime de bens.⁵⁶ Com efeito, tal interpenetração patrimonial deverá ser tutelada, de forma a evitar situações de enriquecimento injustificado com o término do casamento.

Aliás, frequentemente, os cônjuges recorrem a ações judiciais para determinarem a concreta natureza jurídica e qualificação das atribuições patrimoniais ocorridas entre eles.⁵⁷

⁵³ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 44.

⁵⁴ Nem a própria lei determina a total independência dos patrimónios dos cônjuges no regime de separação de bens, uma vez que o artigo 1577.º do Código Civil impõe que se verifique um mínimo de solidariedade na comunhão conjugal traduzido no dever de contribuir para os encargos da vida familiar e na responsabilidade de ambos nas dívidas contraídas com encargos normais da vida familiar, nos termos do n.º 1 alínea b) do artigo 1676.º e do n.º 1 do artigo 1691.º ambos do Código Civil, bem como, na obrigação de haver uma orientação conjunta da vida familiar, conforme dispõe o artigo 1671.º do Código Civil - XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 44.

⁵⁵ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 44.

⁵⁶ XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 44.

⁵⁷ Atualmente é consagrado o direito de um ex-cônjuge a exigir uma compensação por contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, nos termos do artigo 1676.º, n.ºs 2 e 3 do Código Civil, corrigindo, desta forma, eventuais desequilíbrios que tenha ocorrido no que concerne à remuneração do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos, o que por vezes implica uma renúncia por parte de um dos cônjuges ao exercício de uma profissão remunerada. Além disso, poderá existir uma renúncia excessiva à satisfação dos interesses pessoais do cônjuge a favor da vida em comum no caso em que às funções enunciadas se acrescenta uma profissão ou com outras formas de colaboração familiar, designadamente, a colaboração na profissão do outro cônjuge ou na “empresa familiar”. Na realidade, o

Assim, torna-se necessário e importante realizar uma ponderação global das relações patrimoniais no momento do divórcio, de modo que seja possível promover o reequilíbrio patrimonial entre os cônjuges, permitindo-se a correção de determinadas situações fruto da aplicação estrita do regime de bens aplicável.⁵⁸

De todo o modo, consideramos que o período que antecede a divisão do património é precisamente o momento no qual se revela preponderante acautelar a conservação dos bens, de forma que nenhum dos cônjuges se veja prejudicado por comportamentos menos íntegros por parte do outro cônjuge.

1.2 PARTILHA E AÇÃO DE INVENTÁRIO

Atendendo ao que se veio de expor, o processo de divórcio é um período particularmente conturbado e propício a comportamentos incorretos por parte dos cônjuges, tais como, apropriação, ocultação, dissipação e danificação dos bens adquiridos durante a comunhão de vida.

O que manifestamente justifica o decretamento da providência cautelar de arrolamento, sem que para o efeito seja necessário alegar e provar factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação e dissipação de bens, presumindo que o mesmo se verifica, face às circunstâncias.

Atualmente, o processo de divórcio não implica que se proceda à partilha do património na mesma data em que é decretado o divórcio, o que, na prática, se poderá traduzir na perpetuação da situação de indivisão do património conjugal. E, conseqüentemente, na manutenção do risco de extravio, ocultação ou dissipação dos bens, também, no período que medeia o decretamento do divórcio e a realização efetiva da partilha.

O nosso entendimento é de que é possível a interpretação da norma vertida no n.º 1 e n.º 3 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, no sentido de admitir o decretamento

que se coloca em causa não é a produção de danos inerente à responsabilidade civil, mas antes uma compensação com o objetivo de contrabalançar a diferença entre as contribuições para os encargos da vida em comum durante o matrimónio, o que se aproxima mais do instituto do enriquecimento sem causa do que do da responsabilidade civil - XAVIER, Rita (2019) – III Jornadas de Direito da Família e das Crianças, CEJ, p. 49.

⁵⁸ Neste sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/04/2015 (processo n.º 3/11.0TBOHP.C1.S1; relator Júlio Gomes) disponível em www.dgsi.pt, onde ficou decidido que o regime imperativo da separação de bens não seria aplicável pois os cônjuges contraíram matrimónio convictos de que o regime vigente seria o regime supletivo da comunhão de adquiridos, pelo que a aplicação de qualquer outro regime configuraria um abuso de direito.

da providência cautelar de arrolamento especial como preliminar ou incidente do processo de inventário, sem que para o efeito seja necessária a alegação e prova de factos fundamentadores do receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, porquanto a *ratio* da norma tem aplicação prática no âmbito do processo de inventário para partilha do património conjugal.

Na verdade, pese embora já tenha sido decretado o divórcio, o risco de dissipação inerente à situação de indivisão patrimonial merece uma tutela especial. A partilha visa, assim, colocar termo às situações de comunhão conjugal, destinando-se o processo de inventário, precisamente, a atribuir a cada um dos membros do casal direitos sobre os bens que integram o património conjugal.

O momento da dissolução do casamento não deve negligenciar a proteção de uma divisão justa e equilibrada do património conjugal, pelo que se afigura primordial acautelar a conservação dos bens que o integram.

A instabilidade emocional e conflitualidade dos cônjuges que caracteriza o processo de divórcio e que induz o legislador a presumir o fundado receio de extravio, ocultação e dissipação de bens durante tal processo, mantém-se no período que decorre entre o decretamento do divórcio e a efetiva partilha. Consideramos, inclusive, que tal período merece maior e especial tutela, porquanto é um momento decisivo no qual se irá determinar o destino dos bens que integram o património conjugal e durante o qual se gera bastante animosidade entre os ex-cônjuges.

Daí que, as especificidades que caracterizam o arrolamento especial nos termos do n.º 1 e n.º 3 do artigo 409.º do Código Civil, designadamente, no que respeita à dispensa de alegação e prova de factos que fundamentem o receio de extravio, ocultação e dissipação de bens merecem, por maioria de razão, que o seu âmbito seja ampliado às situações preliminares e incidentes do processo de inventário para partilha do património conjugal. Aliás, a tendência jurisprudencial tem sido a de admitir esta posição.

A verdade é que cada vez mais surgem junto dos tribunais litígios relacionados com a partilha conjugal e com o extravio, dissipação e/ou ocultação de bens, pelo que importa esclarecer de que forma se poderão acautelar estas situações e se os mecanismos legais existentes são efetivamente idóneos a zelar pelos interesses dos ex-cônjuges.

Como se disse, o arrolamento especial previsto no artigo 409.º do Código de Processo Civil tem um âmbito de aplicação muito limitado, devendo decretar-se o arrolamento comum, previsto nos artigos 403.º e seguintes do Código de Processo Civil,

às situações que não integram o elenco do n.º 1 e n.º 2 do artigo 409.º do Código de Processo Civil.

Entendemos que não deva ser necessariamente assim, pois existem situações às quais se deve aplicar uma tutela especial.

As situações preliminares ou incidentes ao processo de inventário para partilha conjugal devem ser consideradas abrangidas no elenco do artigo 409.º do Código de Processo Civil, porquanto o interesse útil do arrolamento especial não cessa com a dissolução do casamento.

Aliás, no que concerne à dispensa da alegação e prova de factos que fundamentem o receio de extravio, ocultação e dissipação de bens, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que “é de admitir a aplicação do regime do artigo 409.º, ao arrolamento requerido após o trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio e enquanto preliminar do inventário instaurado para partilha dos bens do ex-casal, porquanto, nesses casos, ocorre situação igualmente merecedora de tutela especial, justificando o desvio às regras gerais na tramitação da providência, ou seja, no que se reporta à dispensabilidade de alegação e demonstração de um dos seus requisitos: o justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens”. E, bem assim, que “a finalidade do arrolamento não se esgota na acção de divórcio, mas mantém-se e só assume plena eficácia até se mostrar efectuada a partilha, uma vez que, até lá, não obstante o divórcio decretado, permanece o perigo de dissipação e extravio dos bens ocorrer”.⁵⁹

Outrossim, julgou o Tribunal da Relação de Évora no sentido de que “(...) providência cautelar pode ser requerida como preliminar ou incidente de uma acção de separação judicial de pessoas e bens, de divórcio ou de declaração de nulidade ou anulação de casamento. Em todo o caso, a jurisprudência tem vindo a entender que este arrolamento pode também ser requerido após o trânsito em julgado da sentença proferida

⁵⁹ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2014 (processo n.º 2170/14.1TBSXL.L1-8; relatora Teresa Prazeres Pais) disponível em www.dgsi.pt.

nessa ação, na medida em que o efeito útil do arrolamento é o de garantir a conservação do património comum até à concretização da sua partilha.”^{60 61 62}

Assim, o entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de admitir o decretamento do arrolamento especial, não só como preliminar ou incidente da ação de divórcio, mas também como preliminar ou incidente da ação de inventário, porquanto em ambos os casos se justifica a presunção de existência do fundado receio de dissipação ou ocultação de bens, dada a conflituosidade dos cônjuges, de modo a prevenir o desaparecimento do património conjugal e de modo a alcançar-se uma partilha justa e equilibrada.⁶³

Outra questão que não é de entendimento unanime na jurisprudência é a de saber se o arrolamento especial apenas pode ser requerido como preliminar ao processo de inventário destinado à partilha conjugal, ou se poderá também constituir um incidente desse processo.

O nosso entendimento é de que se justifica o decretamento do arrolamento especial não só como preliminar do processo de inventário, mas também a título

⁶⁰ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22/10/2020 (, processo n.º 2887/19.4T8FAR.E; relator Manuel Bargado) disponível em www.dgsi.pt.

⁶¹ Há jurisprudência discordante. A título de exemplo o Tribunal da Relação de Évora julgou procedente a apelação, revogando a decisão recorrida, que havia indeferido liminarmente o requerimento do procedimento cautelar, porquanto entendeu que “o fundamento do pedido de arrolamento é precisamente acautelar que no divórcio ou na separação judicial de pessoas e bens o bem em causa venha a ser incluído na listagem de bens comuns. Tratando-se de uma providência cautelar que é, necessariamente, uma tutela antecipatória de um direito, o arrolamento é preliminar ou incidente da acção de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento em que qualquer dos cônjuges pode requerer o arrolamento de bens comuns ou de bens próprios que estejam sob a administração do outro cônjuge. Ocorrida a dissolução do casamento não existe fundamento para lançar mão a esta providência, a qual já nada acautelará.”

E, ainda, que “por se verificar que a providência não é antecipatória da acção pendente ou a propor – de divórcio - não poderá ser decretado arrolamento pretendido, por nada vir a acautelar. A providência pretendida seria postecipatória e não preventiva”.

⁶² O Desembargador José Manuel Alves Flores do Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão de 24/01/2019 (processo n.º 1515/17.7T8VCT-B.G1; relator António José Saúde Barroca Penha) autor do voto de vencido, defendeu que “É assim patente nesta norma (não resultasse já tal circunstância de toda e qualquer providência cautelar visar a cautela dos interesses a definir na acção de que é dependente), que este especial regime do art. 409º tem como pressuposto da sua aplicação a potencial interposição ou actual pendência de uma acção do tipo das que são enunciados no seu n.º 1, como resulta da sua letra (cf. art. 9º, n.º 1, do Código Civil). Resulta ainda da doutrina e jurisprudência praticamente unânime, que esta acção é dependência da acção de divórcio ou de qualquer uma das outras que nessa norma se prevêem, embora vise a final acautelar direitos que se vão materializar também na potencial acção de inventário. Sem prejuízo disso, diversa e mais polémica é a admissão de tal providência ou do seu regime, como acontece neste caso, depois de transitada a decisão do divórcio. Ressalvado o devido respeito pela posição defendida no Acórdão em que votamos, julgamos que ela não tem suporte na letra e no espírito das normas processuais em apreço.”

⁶³ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24/01/2019 (processo n.º 1515/17.7T8VCT-B.G1; relator António José Saúde Barroca Penha) disponível em www.dgsi.pt.

incidental, pois a mera identificação dos bens que integram o património conjugal não nos parece suficientemente protetora dos interesses dos ex-cônjuges.

Neste sentido, considerou o Tribunal da Relação de Coimbra que “o objectivo do arrolamento não se reconduz – ou não se reconduz apenas – à identificação dos bens sobre os quais incide o direito do requerente (no caso, os bens a partilhar), visando essencialmente assegurar a permanência e conservação desses bens até à realização da partilha e prevenir o risco de extravio, ocultação ou dissipação desses bens com vista a assegurar que o requerente do arrolamento possa tomar posse efectiva dos bens que lhe venham a caber nessa partilha”. E esse risco “(...) poderá manter-se, naturalmente, após a relação dos bens, frustrando a expectativa e o direito do requerente relativamente aos bens que lhe venham a caber.”⁶⁴.

Assim, uma vez que, o arrolamento visa a manutenção e conservação dos bens até ao término da ação principal, justifica-se o seu decretamento em qualquer fase do processo de inventário até à realização efetiva da partilha, na qual serão adjudicados os direitos de cada um dos ex-cônjuges sobre os bens que integram o património conjugal.⁶⁵

2. SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO À REDAÇÃO DO ARTIGO 409.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tendência jurisprudencial, como se demonstrou, tem sido a de admitir o decretamento do arrolamento especial noutras situações que não as plasmadas no n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, como por exemplo, situações preliminares ou incidentes da ação de inventário. Com efeito, e por todo o vindo de expor, sugere-se, assim, a alteração da redação do n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, de modo a ampliar o âmbito de aplicação da norma.

Artigo 409.º

Arrolamentos Especiais

⁶⁴ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/07/2021 (processo n.º 863/20.3T8CTB-A.C1; relatora Maria Catarina Gonçalves) disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁵ Já Alberto dos Reis defendia que “o arrolamento pode requerer-se em qualquer altura do inventário, antes ou depois da descrição dos bens, uma vez que se justifica a necessidade ou a utilidade da providência” - REIS, Alberto (2012) - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Edição, Coimbra Editora, p.107.

“1. Como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento, ou da ação de inventário, qualquer dos cônjuges ou ex-cônjuges, pode requerer o arrolamento de bens comuns, ou de bens próprios que estejam sob a administração do outro.

2. Se houver bens abandonados, por estar ausente o seu titular, por estar jacente a herança, ou por outro motivo, e tornando-se necessário acautelar a perda ou deterioração, são arrecadados judicialmente, mediante arrolamento.

3. Não é aplicável aos arrolamentos previstos nos números anteriores o disposto no n.º 1 do artigo 403.º”

CONCLUSÃO

O longo período de tempo que medeia a propositura da ação principal e o trânsito em julgado da sentença que coloque termo definitivo ao litígio é suscetível de potencializar o risco da violação do direito do autor que se pretende ver legitimado antes do término da ação principal.

As providências cautelares almejam, assim, prevenir eventuais prejuízos resultantes da delonga temporal que caracteriza a atividade de resolução de conflitos e que podem prejudicar o efeito útil da ação judicial.

A função primordial da tutela cautelar, e o que a distingue das demais providências judiciais, é a sua instrumentalidade em face da ação principal que irá decidir, definitivamente, o litígio.

A providência cautelar de arrolamento (comum), prevista nos artigos 403.º e seguintes do Código de Processo Civil, tem por finalidade evitar o extravio, ocultação, ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos que sejam objeto do direito do requerente.

O arrolamento é uma providência cautelar especificada de natureza conservatória, cuja função é a de assegurar a conservação de certos bens na pendência da ação principal ou garantir a persistência de documentos idóneos a provar a titularidade do direito, evitando, assim, a produção de um eventual dano ao requerente.

O arrolamento especial previsto no n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, apenas pode ser decretado como preliminar ou incidente da ação de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento, sendo que apenas pode incidir sobre bens comuns do casal e/ou os bens próprios de um dos cônjuges que se encontrem sob a administração do outro cônjuge.

A situação de rutura do casamento é, muitas vezes, caracterizada por conflitos conjugais e, conseqüentemente, por uma maior instabilidade emocional. O que, tendencialmente, se repercute no comportamento de cada um dos cônjuges relativamente à administração do património conjugal. Tal situação, aliada ao facto de que no ordenamento jurídico português o processo de divórcio não implica, forçosamente, que se proceda, na data do divórcio, à divisão do património conjugal, justifica a mobilização de mecanismos preventivos para acautelar os direitos de cada um dos cônjuges em face

da possibilidade séria de apropriação indevida de bens, da sua ocultação ou da prática de atos prejudiciais ao património comum, enquanto não se realiza a respetiva partilha.

O arrolamento especial distingue-se do arrolamento comum na medida em que para que aquele seja decretado não se exige a alegação e prova de factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens ou documentos.

O arrolamento especial assume algumas particularidades, a saber, a sua instrumentalidade em face a determinadas ações, a prova sumária quanto à titularidade dos bens (comuns ou próprios) que se pretendem arrolar e a dispensa de alegação e prova de factos de onde resulte o fundado receio de extravio, ocultação e dissipação de bens ou documentos.

No decorrer da vida em comum ocorrem deslocações entre os patrimónios que merecem ser atendidas no momento da dissolução do matrimónio, designadamente, fruto de cláusulas de presunção de compropriedade inseridas na convenção antenupcial, contitularidade de contas bancárias, aquisição de bens em compropriedade e contração de dívidas em conjunto, independentemente do regime de bens.

Pode afirmar-se que em todas as situações de rutura conjugal e mesmo após o divórcio, será possível haver receio de que um dos cônjuges proceda atos de dissipação ou extravio de bens em prejuízo do outro, pelo que deverá alargar-se a todas elas o âmbito de aplicação do arrolamento especial, com dispensa da alegação e prova do fundado receio de extravio de bens - ou melhor, a presunção de que esse receio existe e é fundado.

Considera-se, inclusive, que o período que decorre entre o decretamento do divórcio e a efetiva partilha merece maior e especial tutela porquanto é o momento decisivo no qual se irá determinar o destino dos bens que integram o património conjugal e durante o qual se gera bastante animosidade entre os ex-cônjuges.

A tendência jurisprudencial tem sido a de admitir o decretamento do arrolamento especial noutras situações que não as plasmadas no n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, como por exemplo, situações preliminares ou incidentes da ação de inventário.

Sugere-se assim a alteração da redação da norma do n.º 1 do artigo 409.º do Código de Processo Civil, de modo a permitir o decretamento do arrolamento especial como preliminar ou incidente de ação de inventário.

BIBLIOGRAFIA

1. BAPTISTA, José (2006) - *Processo Civil I – Parte Geral e Processo Declarativo*, 8ª Edição, Coimbra Editora;
2. FARIA, Rita (2003) – *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, Lisboa;
4. FREITAS, José (2018) - *Código de Processo Civil Anotado*, Almedina, 4ª Edição, Vol. II;
3. GERALDES, Abrantes (2010) - *Temas da Reforma do Processo Civil*, Vol. IV, 4ª Edição, Almedina;
4. GONÇALVES, Marco (2016) – *Providências Cautelares*, 2ª Edição, Almedina;
5. MENDES, João (2012) - *Direito Processual Civil*, Vol. I, Reimpressão, Lisboa, AAFDL;
6. PINTO, Rui (2009) - *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra;
7. REIS, Alberto (2012) - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 3ª Edição, Coimbra Editora;
8. ROQUE, Hélder, *JULGAR* n.º 40, 2021, disponível em <http://julgar.pt/da-partilha-parcial-em-divorcio-por-mutuo-consentimento-convolado-da-parcela-respeitante-a-indemnizacao-por-cessacao-do-contrato-de-trabalho-de-um-dos-ex-conjuges-vencida-na-constancia-do-matrimonio/4/>;
9. XAVIER, Rita (2000) -*Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Almedina, Coimbra;
10. XAVIER, Rita (2009) - *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra;
11. XAVIER, Rita *et al.* (2018) – *Elementos do Direito Processual Civil, - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Porto;
12. XAVIER, Rita (2019) – *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Universidade Católica Editora, Porto;
13. XAVIER, Rita (2019) – *III Jornadas de Direito da Família e das Crianças*, CEJ.