



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A inversão do contencioso. Em especial, a distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso.

Gonçalo Nuno Azevedo e Castro de Almeida Cardim

Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado Forense da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Professora Doutora Rita Lynce de Faria

Lisboa
Março de 2018

Abreviaturas

art. – artigo

CC – Código Civil

cfr. – Confira

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

DGPJ – Direção-Geral da Política de Justiça

Ed. – Edição

i.e. – id est

n.º – número

p. – página

pp. – páginas

Proc. – processo

RPCE – Regime Processual Civil Experimental

ss. – seguintes

vol. – volume

TCA – Tribunal Central Administrativo

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice

1. Introdução	4
2. Tutela cautelar em geral.....	6
2.1. Breve enquadramento	6
2.2. Breve análise dos pressupostos da tutela cautelar	7
3. A Inversão do Contencioso.....	9
3.1. Enquadramento	9
3.2. Soluções alternativas ponderadas	11
3.3. Solução adotada no regime processual civil português – a inversão do contencioso.....	15
4. A distribuição do ónus da prova	24
4.1. Enquadramento	24
4.2. A distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso	28
4.3. Entendimento e posições da doutrina	30
4.4. Solução legal e posição adotada	36
5. Jurisprudência relevante: a aplicação prática da inversão do contencioso	37
6. Conclusão.....	43
Bibliografia	45

1. Introdução

A proibição da autotutela não constitui um princípio meramente formal. De facto, este princípio, consagrado no artigo 1.º do Código de Processo Civil, que impede que os particulares recorram à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, a não ser em casos absolutamente excepcionais previstos na lei, consubstancia um verdadeiro dever jurídico. Ora, tendo presente a natureza jurídica desta proibição, rapidamente se atinge o sentido da afirmação de que aquela não se restringe a uma orientação leviana e inconsequente, configurando antes um dever jurídico ao qual corresponde, correlativamente, o direito a uma tutela assegurada pelo Estado na efetivação dos direitos dos particulares.

Este direito surge precisamente como contrapartida daquela proibição, como forma de o Estado compensar o dever que impõe aos particulares, atribuindo ou reconhecendo direitos e deveres e garantindo a sua aplicação pela força. Desta maneira, o Estado não só garante que as regras de direito substantivo são estabelecidas, como assegura que as mesmas serão efetivadas coativamente, *i.e.*, através do recurso aos tribunais, apenas possível pela atribuição de um direito de ação a cada particular. Mas a mera existência desta possibilidade não bastará, naturalmente, para que os cidadãos possam ver os seus direitos assegurados. De facto, de pouco ou nada valerá aos particulares que lhes seja conferida a possibilidade de recorrerem ao poder judicial para que os seus direitos sejam reconhecidos se, quando essa necessidade surgir, se depararem com entraves de tal forma apertados que impossibilitem, na prática, a efetivação da tutela consagrada.

Como se assegura, então, a eficácia do direito à tutela jurisdicional efetiva? Cumpre salientar, a título de nota introdutória, que o Direito não se resume, nem se poderá resumir, a um conjunto de regras e normas puramente formais¹ cujo espírito não se afigura aberto suficientemente à volatilidade característica dos novos tempos e à necessidade

¹ Neste sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, p. 123, citando MAURO CAPPELLETI, *Access to justice*, I, p. 6, entendendo que “[o] direito à jurisdição não pode ser entendido em sentido meramente formal: ele não implica apenas o direito de aceder aos tribunais, propondo ações e contraditando as ações alheias, mas também o direito *efetivo* a uma jurisdição (*Rechtsschutzeffectivitat*) que a todos seja acessível em termos equitativos e conduza a resultados individual e socialmente justos”.

constante de adaptação às novas mentalidades. O Direito existe, ou deve existir, para servir as pessoas, e, como tal, adaptando devidamente as intemporais palavras de Abraham Lincoln, deverá ser *das* pessoas, construído *pelas* pessoas e *para* as pessoas. Este propósito, que deverá orientar os juristas na sua atuação, reflete-se em (quase) todas as áreas do Direito, mas também, seguramente, no Direito Processual Civil. O papel do Processo Civil é, precisamente, o de permitir (e garantir) que os direitos conferidos aos particulares possam ser efetivados². E não havendo um esforço de inconformação com o estabelecido e de adaptação à realidade, esse papel não se poderá nunca cumprir. Foi esta preocupação de adaptação à realidade da vida que levou a que se chegasse à conclusão de que uma simples possibilidade de recurso, dos particulares, aos tribunais através da interposição de ação comum não satisfazia integralmente o propósito do Processo Civil. O confronto com situações em que, em virtude de uma inevitável demora nos processos judiciais, os particulares viam o seu desejo de justiça frustrado espoletou nos processualistas uma vontade urgente de adaptação: era necessário contornar, de alguma maneira, os prejuízos decorrentes da demora dos processos, acautelando a razão que a parte em risco de sair lesada com essa demora muito provavelmente teria. Da premência desta necessidade surge, em boa hora, a figura da providência cautelar, enquanto mecanismo que permite que a parte que sairia lesada com a demora de um processo comum obtenha uma decisão rápida do litígio, que acautele a possibilidade de a decisão final lhe ser favorável, sem que veja, concomitantemente, o seu direito frustrado em virtude daquela demora.

As providências cautelares, enquanto mecanismos instrumentais³, sempre serão dependentes da interposição de ação principal para que permaneçam válidas e eficazes. E se no caso das providências conservatórias esta instrumentalidade não suscita tão grandes questões, o mesmo não se poderá afirmar quanto às providências antecipatórias. De facto, se o requerente de uma providência cautelar antecipatória, no momento em que

² Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 17, “[n]isto se traduz o grande objetivo do direito processual civil: em última análise, garantir a efetividade dos direitos atribuídos aos sujeitos”.

³ A doutrina entende, na verdade, que se tratam de mecanismos sujeitos a uma *dupla instrumentalidade*, por serem dependentes de um processo que é, em si, dependente do direito substantivo. A tutela cautelar será, na senda de MANUEL DE ANDRADE e PIERO CALAMANDREI, *a garantia da garantia* (MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, p. 9 e PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, pp. 15 e 62). Neste sentido, *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 35; e RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 60, nota de rodapé n.º 112.

esta é decretada, obtém o resultado que pretende a final, *i.e.*, o efeito útil que obteria na decisão da ação principal, o ónus de interposição desta ação, que recai sobre o mesmo, sempre espelharia uma necessidade, injustificada, de repetição de ações, prejudicando o princípio da celeridade processual pelo qual se deve pautar a lei processual civil. A percepção da desnecessidade da permanência desta realidade levou a que o legislador, na reforma do Código de Processo Civil de 2013, optasse, de entre um leque de opções (algumas delas já consagradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros⁴), por uma solução totalmente inovadora: a introdução do mecanismo da *inversão do contencioso*. Mas se, por um lado, este instituto pode ser extremamente útil, poderá também, por outro, ser fonte, por si só, de problemas jurídicos adicionais. Um dos problemas que mais tem levantado questões e divergências na doutrina prende-se com a matéria, de inevitável confronto, do ónus da prova. Pelas consequências contraproducentes que o regime do ónus da prova poderá acarretar no que ao mecanismo da inversão do contencioso respeita, afigura-se de inegável importância o seu estudo aprofundado, assim como a procura de soluções que contribuam para um aperfeiçoamento do regime processual civil.

Debruçar-nos-emos, assim, ao longo da presente dissertação, após enquadramento e contextualização através de uma breve análise da tutela cautelar em geral, sobre as questões *supra* mencionadas, refletindo sobre as vantagens e desvantagens da solução inovadora do CPC de 2013, focando-nos em particular na controversa problemática do ónus da prova e da sua pretensa inversão aquando do decretamento da inversão do contencioso, ponderando acerca da melhor solução, mas não a considerando como a única possível.

2. Tutela cautelar em geral

2.1. Breve enquadramento

⁴ Como melhor veremos *infra*. Para mais desenvolvimentos *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 51 a 55; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 9; e CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, p. 6.

Tal como a capacidade de admissão do erro e da falibilidade do ser humano cresce consoante o grau de maturidade de cada pessoa, assim aconteceu com o processo civil, que, na verdade, não é mais que uma produção humana destinada a garantir a concretização efetiva do que a sociedade definiu como justo. Desta maneira, na sua maturidade, o processo civil, já antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939⁵, admitiu que a necessidade sentida pelos particulares de ver os seus direitos acautelados nem sempre se compadecia com a demora inevitável no processo comum. Ao conseguir admiti-lo, e ao criar a figura da providência cautelar, abriu caminho a um longo processo de aperfeiçoamento desta figura, e conseqüentemente a um processo de aperfeiçoamento do regime processual civil como um todo.

2.2. Breve análise dos pressupostos da tutela cautelar

A doutrina identifica, geral e tradicionalmente⁶, dois pressupostos de verificação necessária para que se possa recorrer à tutela cautelar. São eles o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* – o *fumo* ou a *aparência de bom direito* – reflete a necessidade de o juiz da causa formar a convicção de que o direito do requerente da providência cautelar provavelmente existe, mas também de que esse direito sustenta a sua pretensão de tal forma que a procedência do pedido subjacente em ação principal pareça, em termos relativos e em consonância com a mera *summaria cognitio* que se espera do julgador cautelar, minimamente provável. Este grau de cognição e até de convicção que se impõe ao juiz cautelar variará consoante o tipo de providência em causa e a conseqüente possibilidade e probabilidade de definitividade da mesma, como melhor se explanará *infra*⁷.

⁵ Como explica RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 42, “[e]m Portugal, as providências cautelares não especificadas surgem pela primeira vez com o Código de Processo Civil de 1939, tendo por fonte o artigo 700 do Código italiano, ainda hoje em vigor. Já no anterior Código eram reguladas algumas medidas cautelares nominadas, tais como o arresto e o embargo de obra nova, sob a epígrafe *Dos actos preventivos e preparatórios para algumas causas*, mas desconhecia-se a figura da medida cautelar não especificada”.

⁶ Vide, entre nós, por exemplo, ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, pp. 22 a 27; RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, pp. 106 e ss.; e RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE e CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, p. 49.

⁷ P. 17 e ss.

O segundo pressuposto, denominado pela doutrina de *periculum in mora* – o *perigo da demora* – corresponde à materialização da razão de ser da tutela cautelar. O surgimento das providências cautelares, como vimos, proveio essencialmente deste *perigo*. Não bastará, naturalmente, que o juiz cautelar forme a sua convicção acerca da existência provável do direito do requerente para que se possa decidir relativamente à tutela cautelar do mesmo. Com efeito, apenas será possível o decretamento de uma providência cautelar se se verificar um risco de dano grave e dificilmente reparável ao direito do requerente, e se a fonte desse risco for a demora normal do processo comum^{8 9}.

Os dois pressupostos clássicos de necessária verificação para a concessão da providência cautelar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – extraem-se tanto do que se encontra disposto na lei como da reflexão sobre a razão de ser da tutela cautelar. Os pressupostos, contudo, não se esgotam aqui. Analisando a norma do n.º 1 do art. 362.º do CPC, que estatui que “[s]empre 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**” e a letra do n.º 2 do art. 368.º, que consagra que “[a] providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal **quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar**”, rapidamente se conclui que não há apenas – e salvasse-se uma denominação hipotética e tecnicamente mais correta – pressupostos *externos* relativamente à providência cautelar, atinentes a fatores que se prendem com a *situação factual existente*, mas também pressupostos *internos* que, constituindo igualmente requisitos sem os quais a providência não poderá ser concedida, se reportam diretamente ao *conteúdo* da providência (negritos nossos). São

⁸ Como bem elucidam ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, “[a]s denominadas *providências cautelares* visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo a que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela. Pretende-se deste modo combater o *periculum in mora* (o prejuízo da demora inevitável do processo), a fim de que a sentença se não torne numa decisão puramente *platónica*” (ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, p. 23.

⁹ Para mais desenvolvimentos *vide* ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, pp. 1 e 8; RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, pp. 129 e ss.; e ainda RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, pp. 31 e ss..

estes os pressupostos da adequação e da proporcionalidade. A providência terá, então, de ser “*concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado*” e será recusada “*quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar*”.

A medida dos pressupostos enunciados irá variar, numa primeira linha, consoante a providência em causa corresponda a uma providência especificada ou não especificada. Por outro lado, essa medida dependerá da existência da possibilidade de conversão da providência em definitiva. Esta possibilidade existirá, nomeadamente, quando, no requerimento para concessão da providência, seja também requerida a inversão do contencioso – figura inovadora da reforma de 2013 que analisaremos *infra*.

3. A Inversão do Contencioso

3.1. Enquadramento

Os estudiosos do processo civil, com o decorrer do tempo, aperceberam-se de que a instrumentalidade (e conseqüente provisoriade) das providências cautelares relativamente às ações principais, embora constitua uma característica lógica e inegavelmente adequada à generalidade dos procedimentos daquela natureza, tendo em conta a limitada *summaria cognitio* que se exige ao juiz cautelar, nem sempre tem cabimento. Em regra, como se sabe, a manutenção de uma providência cautelar encontra-se dependente da propositura de uma ação principal pelo requerente. Exige-o a razão de ser dos procedimentos cautelares, como o exige a sua própria natureza e o modo pelo qual é decretada. De facto, se a função de uma providência cautelar é apenas o de obviar ao possível prejuízo grave e arduamente irremediável do decurso do tempo no processo comum, o seu procedimento terá de ser obrigatoriamente célere. E esta celeridade obrigatória – ligada diretamente à qualificação dos procedimentos cautelares, nos termos do n.º 1 do art. 363.º do CPC, como procedimentos de carácter urgente – implica que o juiz possa apenas proceder a uma avaliação sumária da causa, sem acesso a todos os elementos relevantes para a tomada de uma decisão ponderada e refletida. Porém, como em todas as áreas da vida, há que ter em consideração todos os interesses relevantes em questão. Os processualistas aperceberam-se de que, quando estava em causa uma

providência antecipatória – leia-se, uma providência através da qual se pretende obter decisão que antecipe o efeito útil da ação principal – a característica clássica da instrumentalidade fazia recair sobre o requerente um ónus que se afigurava injustificado e desnecessário. Enquanto nas providências conservatórias a pretensão final (pelo menos) era distinta do pedido formulado em ação principal, precisamente por não serem aquelas adequadas a compor definitivamente o litígio, o requerente de uma providência antecipatória, após reunir os fundamentos que serviam de base à sua pretensão, e após construir e formular, nessa base, a causa de pedir e o pedido, em sede de procedimento cautelar, teria de intentar ação principal com os mesmos fundamentos, com as mesmas razões de facto e de direito, com a mesma causa de pedir e até com o mesmo pedido (com as devidas adaptações), sob pena de caducidade da providência decretada.

A este inconveniente acrescia o facto de certas providências cautelares se assemelharem, na prática, a verdadeiras decisões definitivas, facto este que traduz e confirma a crescente mudança de paradigma da tutela cautelar. Pense-se, por exemplo, naquelas providências “cujo efeito útil para o requerente se esgota imediatamente com o proferir daquela medida ou que produzem efeitos de tal modo gravosos na esfera do requerido que tornam impossível que qualquer decisão posterior faça reverter a situação no plano de facto (...)”, como as providências que proíbam a realização de determinado evento marcado para um dia fixo e para uma hora fixa, ou como aquelas que permitem que o requerente pratique certo ato em momento determinado, entre outras¹⁰.

Por tudo o que esta repetição de ações implicava, e seguindo o caminho da mudança de paradigma a que se tem progressivamente assistido, o legislador decidiu-se pela quebra do “princípio segundo a qual estes [os procedimentos cautelares] 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 aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a

¹⁰ Como esclarece RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 51.

decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efetivamente opunha as partes”¹¹.

Com o objetivo de ultrapassar esta problemática, optou-se pela instituição de um novo modelo, a que a Comissão de Reforma decidiu atribuir o nome de *inversão do contencioso*. Esta nova figura consiste, resumidamente, na possibilidade de, por meio de requerimento, o requerente de uma providência cautelar antecipatória ficar dispensado de propor a ação principal correspondente, passando o ônus de propositura dessa mesma ação a recair sobre o requerido, sob pena de a providência requerida se consolidar como definitiva. Esta opção, contudo, não foi tomada sem que se tivessem ponderado outras soluções possíveis.

3.2. Soluções alternativas ponderadas

Para alcançar o fim descrito, a Comissão de Reforma do Código de Processo Civil de 2013 ponderou, além a opção prosseguida, outros dois caminhos possíveis, de conhecimento essencial para que se possa refletir sobre se a opção pela qual se decidiu enveredar será, ou não, a mais adequada:

- 1) *Antecipação da decisão final ou convolação do procedimento cautelar em ação principal*

Um dos caminhos¹² pensados pela Comissão teve (e tem) acolhimento, ainda antes da proposta daquela, no processo administrativo. Dispõe o n.º 1 do art. 121.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – cuja redação atual¹³ teve clara influência do Regime Processual Civil Experimental – que “*quando, existindo processo principal já intentado, se verifique que foram trazidos ao processo cautelar todos os elementos*

¹¹ Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, do XIX Governo Constitucional, que serviu de base à reforma de 2013 do CPC.

¹² RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 53; e CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, pp. 6 e 7.

¹³ A redação original do n.º 1 do artigo 121.º do CPTA estatuiu que “[q]uando 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 ao processo todos os elementos necessários para o efeito, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal”.

necessários para o efeito e a simplicidade do caso ou a urgência na sua resolução definitiva o justifique, o tribunal pode, ouvidas as partes pelo prazo de 10 dias, antecipar o juízo sobre a causa principal, proferindo decisão que constituirá a decisão final desse processo”. Com base nesta solução inovadora instituída no regime do contencioso administrativo, o RPCE, enquanto “teste legislativo” conforme o definiu a DGPI¹⁴, seguiu o caminho que o CPTA abriu, prevendo no seu artigo 16.º que “[q]uando 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”.

Esta solução, através da qual se permite ao tribunal antecipar, em sede cautelar, o juízo relativamente à causa principal, convolvando assim o procedimento cautelar em principal, tem vantagens e desvantagens, como é usual em questões de natureza sensível como esta em que uma tentativa sincera de melhoramento pode trazer consequências nefastas e, muitas vezes, imprevisíveis. As vantagens afiguram-se de clara identificação, sendo notórios os ganhos em termos de celeridade e economia processuais, podendo o juiz decidir-se pela convolação do procedimento em ação principal, se entender que foram trazidos ao procedimento os elementos necessários à justa resolução do caso, proferindo decisão definitiva e resolvendo, desta maneira, por sua iniciativa, o litígio existente entre as partes. Estas vantagens, contudo, não se revelam suficientes, em nosso entender, para compensar as desvantagens deste modelo. É verdade que esta é a solução que mais vai de encontro ao objetivo de tornar o processo cada vez mais célere, pois ainda que o juiz possa apenas proferir decisão definitiva caso tenham sido trazidos para o procedimento os elementos relevantes para a justa composição do litígio, uma vez cumprido esse requisito a promoção daquela celeridade dependerá apenas e só da sua decisão. De facto, esta é a única solução – das que estiveram em cima da mesa¹⁵ – em que o juiz tem o poder de decidir definitivamente o litígio no decorrer do procedimento cautelar, adquirindo essa decisão, naturalmente, força de caso julgado. Mas se, no que respeita à celeridade e economia processuais, as vantagens deste modelo são inegáveis, as desvantagens do mesmo no que concerne a direitos processuais das partes são igualmente evidentes, sendo postos em causa princípios fundamentais de direito processual civil como são o princípio

¹⁴ Apresentação do RPCE no sítio da DGPI, disponível para consulta em <http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/rpce/rpce-caracterizacao/>

¹⁵ RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 53; e CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, pp. 4 a 7.

do contraditório, o princípio da confiança processual e até o princípio do dispositivo¹⁶, pois embora ambas as partes sejam ouvidas anteriormente à decisão definitiva, cabe ao juiz optar livremente por convolar, ou não, um procedimento cautelar em definitivo, ainda que as partes tenham agido, justificadamente, no pressuposto de que o procedimento tinha natureza meramente cautelar. Este facto levaria, por sua vez, a que as partes, evitando serem “apanhadas de surpresa”, agissem, em sede de procedimento cautelar, como se de ação de cognição plena se tratasse, carreando para o procedimento todos os elementos que considerassem relevantes para a composição do litígio, frustrando o espírito urgente que caracteriza a tutela cautelar.

A solução, original, do contencioso administrativo e do RPCE¹⁷, não se afigura, pelas desvantagens enunciadas, como sendo a resposta mais ajustada à necessidade de um equilíbrio que, em nosso entender, se deve pretender. Em suma, aplaude-se a mudança de caminho propugnada pela Comissão de Reforma do CPC de 2013, principalmente por não se impedir que seja “possível ao requerido no procedimento cautelar que, porventura, se considere injustiçado impugnar e *infirmar* a composição alcançada como solução tendencialmente definitiva para a lide”¹⁸. Não seria aceitável, em nossa opinião, que fosse possível ao juiz, em sede de procedimento cautelar, optar pela convocação do procedimento em ação de cognição plena, sem dar a oportunidade às partes de reagir imediatamente a essa decisão, ainda que tenham, em teoria, de ser trazidos ao processo os elementos relevantes para a mesma.

2) *Eliminação, pura e simples, do requisito da instrumentalidade dos procedimentos cautelares*

¹⁶ Cfr. CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, p. 7; CARLOS LOPES DO REGO, *Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso: o Modelo de Ação Declarativa*, p. 109; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 9; e RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 55.

¹⁷ E também do Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira (RJCLF). Dispõe o n.º 7 do artigo 21.º do RJCLF que “[d]ecretada a providência cautelar, o tribunal ouve as partes e antecipa o juízo sobre a causa principal, exceto quando não tenham sido trazidos ao procedimento, nos termos do n.º 2, os elementos necessários à resolução definitiva do caso”. Para mais desenvolvimentos, *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 239, nota de rodapé n.º 578 e p. 241, nota de rodapé n.º 585; RUI PINTO, *Notas ao código de processo civil*, p. 238; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 12.

¹⁸ Cfr. CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, p. 7.

As soluções adotadas pelo sistema jurídico português demonstram uma clara preocupação relativamente à possibilidade de uma decisão tomada com base num conhecimento perfunctório se tornar definitiva. Esta reticência quanto a esta possibilidade, para além de espelhar uma opção por um regime que favorece o requerido, salienta a importância que é atribuída, pelos juristas portugueses, à justiça objetiva. A prossecução da justiça objetiva, a nosso ver, e embora não constitua um valor absoluto, é, sem sombra de dúvida, um fim que se deve ter como primordial e como orientador do legislador, pelo que louvamos as opções, ainda que divergentes entre si, consagradas nas várias áreas do direito português.

Contudo, não faltam vozes discordantes das soluções portuguesas, denotando-se esta não concordância, desde logo, pelas respostas da doutrina e dos legisladores de vários países europeus à problemática da repetição desnecessária de ações e à consequente desconsideração do princípio da celeridade processual. Com efeito, as soluções apresentadas e aplicáveis em Itália, França e Alemanha não vão de encontro ao espírito tendencialmente *objetivista* do legislador português. Atente-se ao que dispõe o art. 669-*octies* do *Codice Procedura Civile* italiano, estabelecendo que “[I]e disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-*novies* non si applicano ai (...) provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (...)”¹⁹, consagrando expressamente que a consequência da caducidade da providência cautelar não se aplica às providências cautelares antecipatórias. Por sua vez, no mesmo sentido, o regime cautelar do *Code de Procédure Civile* francês, através do mecanismo do *référé*, que possibilita que, mediante requerimento de uma parte, seja proferida decisão de natureza provisória²⁰ quando se verificarem determinados requisitos, não estabelece qualquer ónus de propositura da ação principal pelo requerente. Ainda no mesmo sentido, com adaptações, não é estabelecido qualquer ónus de propositura de ação de cognição plena no âmbito de um procedimento cautelar no processo civil alemão.

¹⁹ “As normas do presente artigo e o primeiro parágrafo do art. 669-*novies* não se aplicam às providências cautelares que antecipam os efeitos da sentença de mérito”.

²⁰ Ainda que a instrumentalidade não constitua uma característica do regime cautelar francês, as *ordonnance de référé* têm natureza provisória, ainda que se trate de uma provisoriedade mitigada e ainda que essa provisoriedade dependa da iniciativa do requerido. De facto, como estabelece o art. 488 do *Code de Procédure Civile*, “l’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée”, não tendo a decisão do *référé*, como resulta da letra deste preceito, força de caso julgado, podendo ser contestada e alterada posteriormente. Porém, caso não haja iniciativa do requerido nesse sentido, a decisão mantém-se, regulando o litígio. Trata-se, em certa medida, de uma definitividade sob condição, na medida em que aquela decisão deixará de regular o litígio caso o requerido tome a iniciativa de contestar a decisão e o tribunal lhe der razão.

Os regimes aqui apresentados são elogiados por darem primazia aos princípios da celeridade e economia processuais. Com efeito, ao eliminar-se, pura e simplesmente, o ónus de propositura da ação principal, abre-se a porta à possibilidade de se ter uma decisão que regule definitivamente o litígio num curto espaço de tempo, ainda que fundada numa mera *summario cognitio*. Entendemos, contudo, que os princípios da celeridade e economia processuais não consubstanciam valores absolutos, a prosseguir a todo o custo. O objetivo primordial do processo civil é, como acima se evidenciou, o de garantir que os direitos dos particulares sejam analisados, pensados, ponderados, e consequentemente efetivados – não é, nem nunca poderá ser, o de garantir que os sujeitos obtenham uma decisão rápida, ainda que pouco ponderada. A justiça subjetiva, que, em conjunto com a bandeira da celeridade a qualquer preço, legitima a adoção da solução da eliminação do ónus de propositura da ação principal, embora tenha de ser pesada, sendo importante a atribuição de alguma relevância ao sentimento das partes relativamente à consequência jurídica que determinada decisão judicial terá, é um valor cuja efetivação se demonstra altamente falível, em razão da sua natureza relativa. Esta falibilidade, em nossa opinião, para que possa ser aceite, terá de ser compensada através da consagração de garantias processuais e substantivas²¹ à parte da qual dependerá a aceitação da decisão como definitiva. Nos regimes estrangeiros mencionados esta compensação é realizada somente pela concessão de uma oportunidade de reação contra a decisão, que, a nosso ver, se afigura insuficiente tendo em conta todos os interesses e objetivos em jogo. Consideramos, como referimos *supra*, que a justiça objetiva deve ser um valor orientador do sistema jurídico português. Uma vez que a solução pugnada pelos regimes estrangeiros não se coaduna com um sistema em que isto sucede, não podemos aceitar aquela como sendo a hipótese mais adequada a resolver os problemas existentes.

3.3. Solução adotada no regime processual civil português – a inversão do contencioso

a) Pressupostos para o decretamento da inversão do contencioso

²¹ Abordaremos esta questão mais aprofundadamente *infra*.

A instrumentalidade da providência cautelar face à ação principal e a existência de um ónus de propositura da mesma, decorrente daquela característica, levou a que se denotasse, nos procedimentos destinados a decretar providências adequadas a decidir a composição definitiva do litígio – *i.e.*, providências antecipatórias –, que sistematicamente ocorria uma repetição, considerada desnecessária e injustificada, de ações, face à convicção já formada do julgador cautelar e à conformação do requerido com a decisão. A consciência desta realidade, conjuntamente com outras preocupações já enunciadas, levou a que, na reforma do CPC de 2013, se introduzisse o mecanismo inovador da inversão do contencioso, que, como já definido, consiste na possibilidade de, por meio de requerimento, o requerente de uma providência cautelar antecipatória ficar dispensado de propor a ação principal correspondente, passando o ónus de propositura dessa mesma ação a recair sobre o requerido, sob pena de a providência requerida se consolidar como definitiva.

São, então, três os pressupostos que se retiram da letra do preceito do número 1 do art. 369.º do CPC e que se afiguram de necessária verificação para que possa ser decretada a inversão do contencioso: 1) requerimento ao juiz, por parte do requerente da providência, pedindo que aquele o dispense do ónus de propositura da ação principal; 2) aquisição, por parte o juiz cautelar, de convicção segura acerca da existência do direito do requerente gerada através da análise da matéria adquirida no procedimento; e 3) adequação da natureza da providência decretada a realizar a composição definitiva do litígio.

O primeiro pressuposto traduz a opção do legislador de não conferir ao juiz a faculdade de decretar a inversão do contencioso oficiosamente. A inversão, a ocorrer, dependerá *sempre* da iniciativa do requerente²². Esta opção, com a qual concordamos, não deixa a posição das partes sujeita a uma eventual decisão repentina do juiz, que frustre as suas expectativas e que se substitua à sua vontade. Em nosso entender, a proteção das partes num procedimento tão sensível quanto o cautelar é essencial para a justa composição do litígio, ainda que o juízo de fundo sobre as questões permaneça na esfera decisória do juiz cautelar. Decidiu-se optar por um equilíbrio entre o poder conferido ao juiz e a vontade

²² Embora a letra do n.º 1 do art. 369 aluda apenas à necessidade de um “requerimento”, não especificando sobre quem recai o ónus de o submeter, a *ratio legis* da norma leva a concluir que aquela se refere ao requerente, uma vez que só este terá interesse em que o ónus de propositura da ação principal se inverta. Neste sentido, *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 242.

do requerente de ver o litígio resolvido rapidamente, e tal foi conseguido ligando um interesse ao outro: o poder do juiz provém da vontade do requerente. Acresce que esta solução é coerente com o objetivo da inversão do contencioso. Em rigor, a inversão do contencioso pretende evitar a duplicação de procedimentos e custos essencialmente para benefício das partes. Assim, evitando “retirar com uma mão o que deu com a outra”, o legislador optou por fazer depender a efetivação desta possível vantagem da vontade do seu principal beneficiário.

Quanto ao segundo pressuposto, que se prende com o grau de convicção que se exige que o juiz cautelar obtenha para poder decretar a inversão do contencioso, consideramos mais útil a sua análise separadamente, pelas questões que levanta, pelo que o examinaremos *infra*.

O terceiro pressuposto de necessária verificação para que seja possível o decretamento da inversão do contencioso tem que ver com a natureza da providência (sobre a qual já nos debruçámos brevemente *supra*), sendo apenas possível o decretamento da inversão quando “a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”²³ – *i.e.*, quando esteja em causa uma providência adequada a antecipar o efeito útil da ação principal, leia-se, uma providência de natureza *antecipatória*. Uma vez verificados estes pressupostos, poderá (deverá²⁴) o juiz cautelar dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal.

Não se pense, contudo, que a introdução deste mecanismo no regime processual civil e a escolha por esta inovação em detrimento da opção por uma das soluções já existentes, no estrangeiro ou no direito interno, tem sido aceite sem crítica. Percorreremos, então, as críticas que têm sido apontadas à solução portuguesa, apreciando-as também criticamente à medida que as descrevemos, concluindo, após esta mesma análise, com a adoção justificada da nossa posição quanto ao caminho seguido pela Comissão de Reforma.

b) Críticas à figura da inversão do contencioso. Apreciação das várias posições.

²³ Cfr. art. 369.º, n.º 1 do CPC.

²⁴ Para mais desenvolvimentos *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 243.

1) Grau de convicção exigido para que o juiz decrete a inversão do contencioso

A primeira crítica merecedora de análise é consequência de um pressuposto do qual os seus autores²⁵ partem que, em nosso entender, não se afigura inteiramente correto. Começando pela análise da lei, nomeadamente do artigo que introduz a inversão do contencioso no nosso regime processual civil, denotamos que o artigo 369.º do CPC apenas permite ao juiz decretar a inversão, entre outras condições já abordadas, “*se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar **convicção segura** acerca da existência do direito acautelado*” (negrito nosso), como já explanado anteriormente. A lei não especifica com minúcia o grau de convicção exigido para que o juiz cautelar possa abrir mão deste mecanismo, fazendo apenas depender o acionamento do mesmo de uma convicção *segura*. Ademais, na Exposição de Motivos da reforma de 2013 a Comissão de Reforma opta igualmente por não se pronunciar sobre o grau específico de convicção que é exigido ao juiz, escudando-se atrás do conceito de *convicção segura*, abrindo a porta a várias interpretações. Apesar da falta de especificidade, quiçá propositada, da Comissão de Reforma, tem sido entendimento geral da doutrina²⁶ que estuda esta temática que o grau de convicção que se impõe que o juiz adquira corresponde ao “mesmo grau de convicção necessário ao julgamento de procedência numa ação de cognição plena”²⁷. A generalidade da mesma doutrina associa, portanto, a exigência deste grau de convicção tão forte ao ponto de se igualar ao que é exigido ao juiz em ação de cognição plena, à necessidade de o requerente fazer prova *stricto sensu* da existência do seu direito. Partindo deste pressuposto, a referida doutrina critica o mecanismo da inversão do contencioso, considerando não fazer sentido que uma decisão tomada com base numa convicção tão sólida, como acima descrito, possa ser contrariada, em virtude da não conformação do requerido com a mesma decisão. De facto, partindo da assunção de que o pressuposto referido corresponde efetivamente ao que a lei exige, a crítica apontada é

²⁵ Por exemplo, RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 239, nota de rodapé n.º 577; e RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 57.

²⁶ Por exemplo, RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 238; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 10; RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, p. 63; e PAULA COSTA E SILVA, *Cautela e Certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*, pp. 142 e 143.

²⁷ RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 238.

acertada. Não teria qualquer nexa a ocorrência de uma situação em que, após ter o juiz adquirido convicção plena acerca da existência do direito do requerente e proferido decisão nesse sentido, pudesse o requerido contestar a prudência daquele. Com efeito, nada legitimaria a possibilidade de, entre duas decisões tomadas com base no mesmo grau de conhecimento e de segurança, prevalecesse a segunda.

Mas não seria esta a única incongruência do regime da inversão do contencioso, caso se aceitasse o pressuposto supramencionado. A exigência de uma convicção tão segura quanto a exigida em ação de cognição plena poderia frustrar o sentido e a lógica de equilíbrio que esteve subjacente à opção pela introdução do mecanismo. Apesar de, em teoria, o requerido poder interpor ação principal no caso de não se conformar com a decisão do juiz cautelar, acreditando o requerido que o juiz tinha tomado a decisão com base num conhecimento integral da causa, poderia aquele retrair-se, não recorrendo ao mecanismo que lhe fora conferido pela lei, por considerar improvável que o juiz decidisse no sentido contrário.

Mas será que o legislador foi tão descuidado na elaboração da lei que não previu as incongruências e incoerências acima descritas? Uma análise do preceito e dos conceitos nele presentes leva-nos a crer que a resposta é negativa. Este entendimento implica, então, necessariamente, que o pressuposto que se tende a dar por garantido – atinente ao grau de convicção que se exige ao juiz cautelar para que decrete a inversão do contencioso, igualando-o ao que se impõe a um juiz de uma ação de cognição plena – não seja por nós aceite como inteiramente correto, salvaguardando, naturalmente, melhor opinião da doutrina. Na verdade, o que a lei exige é a *convicção segura acerca da existência do direito acautelado*, não especificando que grau de segurança é esse. No nosso entender – que admitimos partir de um olhar mais teórico que prático, e por isso tecnicamente mais falível –, e salvo melhor e mais fundada opinião, convicção *segura* não significa necessariamente convicção *plena*, *i.e.*, não corresponde forçosamente a uma convicção tão forte como a que é exigida ao juiz numa ação de cognição plena. Parece-nos, teoricamente, altamente improvável que o juiz logre formar, em sede de procedimento cautelar, a mesma convicção que lhe é possível formar numa ação de cognição plena. Não nos parece tão improvável, contudo, que o juiz, de uma análise perfunctória do caso, adquira uma convicção com um certo grau de segurança, ao qual deve ser dada a devida relevância, mas duvidamos que esta convicção, adquirida e formada num curto período

de tempo e com acesso a meios de prova, apesar de tudo, limitados, tenha a mesma firmeza que uma convicção adquirida numa ação em que o juiz tem, de facto, tempo para analisar e ponderar as questões que lhe são colocadas para julgamento e acesso aos mais variados elementos que lhe permitirão, a final, decidir com prudência e seriedade. Consideramos, então, que o grau de convicção que se exige ao juiz para que o mesmo admita que seja invertido o contencioso será *maior* do que o que se adquire de uma *summaria cognitio* mas *menor* do que aquele que é possível formar através de um conhecimento pleno da lide, característico das ações de cognição plena.

Dir-se-á que, ao admitir-se, então, a suficiência de uma convicção segura e não plena, permite-se que uma decisão tomada com base num conhecimento não integral da causa regule definitivamente um litígio, dando-se primazia, assim, à justiça subjetiva, lesando a justiça objetiva que tanto se louvou *supra*. Sendo francos, percebemos que, não sendo os juízes imunes ao erro humano, a possibilidade de lesão da justiça objetiva existirá *semper*. A questão coloca-se, então, no plano da probabilidade de lesão da justiça objetiva. Esta probabilidade poderá ser maior, ou menor, consoante as soluções subjacentes aos objetivos que se pretendam prosseguir. Destarte, na solução, anteriormente analisada, adotada pelos países estrangeiros haverá maior probabilidade de lesão da justiça objetiva, enquanto no regime estabelecido no contencioso administrativo português e na proposta do RPCE haverá menor probabilidade que tal aconteça. Mas em nenhum dos casos será absolutamente certo que não se lese a justiça objetiva. Na solução adotada pelo regime processual civil português, em 2013, optou-se pela introdução de um instituto que, relativamente às soluções estrangeiras, reduz a probabilidade de lesão da justiça objetiva.

Contudo, e como nenhum princípio deve ser absoluto, a prossecução da justiça objetiva pode ter alguns limites, impostos, nomeadamente, pela perceção das partes relativamente à causa, leia-se, pelo que as partes consideram ser justo, ainda que essa solução não vá de encontro àquilo que, em termos objetivos, seria entendido como tal. Neste sentido, caso o requerido se conforme com a decisão do juiz cautelar, ainda que exista um risco de lesão da justiça objetiva, deverá essa decisão manter-se como definitiva. Sucede, no entanto, que esse risco de lesão não será elevado, porquanto a decisão do juiz terá sido tomada com base numa convicção segura, embora não plena, da existência do direito. Por outro lado, e como contrapartida da existência, ainda que em grau diminuto, de um risco

de lesão da justiça objetiva (e também dos direitos processuais do requerido), caso o requerido não se conforme com a referida decisão, terá, para além da possibilidade de recorrer da própria decisão cautelar, a oportunidade de interpor ação de cognição plena, não se mantendo aquela definitivamente. Conclui-se, portanto, que, no pressuposto de que a convicção exigida ao juiz cautelar será apenas segura, e não plena, o que legitimará a possibilidade de o juiz da ação principal contrariar uma decisão do juiz cautelar será, precisamente, a convicção não plena deste último.

2) *A duplicação desnecessária de ações*

Uma outra crítica que se aponta ao regime da inversão do contencioso tem que ver com o problema que se pretende combater com a ponderação das várias soluções possíveis: a duplicação desnecessária de procedimentos, e as inerentes consequências nefastas ao nível da celeridade e custos processuais. Sustentam os autores²⁸ desta crítica que a inversão do contencioso agrava o problema que a solução visou combater, ou seja, que, ao se permitir ao requerido interpor ação principal caso não se conforme com a definitividade da decisão proferida, é a própria lei que propicia e, de certo modo, incentiva a duplicação desnecessária de ações. Não nos parece que seja assim. Na verdade, o problema que se visa ultrapassar ao considerar todas as opções de que aqui nos ocupamos é a duplicação *desnecessária* de procedimentos, e não a mera duplicação de procedimentos. A diferença poderá parecer ténue, mas acaba por ser, a nosso ver, extremamente relevante. Em que casos poderá, então, uma duplicação de procedimentos considerar-se desnecessária? Na nossa ótica, para podermos aferir sobre se uma duplicação de procedimentos como aquela a que se assiste nos procedimentos cautelares é, ou não, desnecessária teremos de pesar dois interesses: 1) a contribuição de uma eventual duplicação de procedimentos para uma decisão mais justa do litígio; e 2) a vontade das partes em que haja essa duplicação.

O primeiro ponto impõe que se responda à seguinte questão: em que situações uma duplicação de procedimentos não contribuirá, presumivelmente, para uma decisão mais justa do litígio? A resposta deverá ser a de que a duplicação não contribuirá para a justeza

²⁸ Por exemplo, RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, p. 57.; e *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 239.

da decisão nos casos em que ela corresponda a uma mera repetição, nos mesmos moldes e provinda de uma só parte, de tudo o que, até então, já tenha sido processado. Se o requerente duplica tudo o que já alegou e provou (ou tentou provar), por mero dever imposto por uma instrumentalidade obrigatória, então teremos, em nosso entender, uma duplicação desnecessária de procedimentos. Por outro lado, é nossa opinião a de que permitir ao requerido que, inconformado com a *convertibilidade*²⁹ de uma decisão tomada num procedimento cautelar – que, apesar de tudo, tem caráter sumário – conteste essa mesma decisão, expondo o seu ponto de vista, alegando fundamentos distintos, apresentando elementos de prova diferentes, não consubstancia uma duplicação desnecessária de procedimentos, configurando antes um meio através do qual o juiz ficará mais esclarecido e tomará, conseqüentemente, uma decisão mais próxima da justiça objetiva.

O segundo ponto entra já no plano da justiça subjetiva, que, embora não deva ser a linha orientadora primordial, tem também relevância jurídica. A atribuição desta relevância mais sentido terá num caso em que a probabilidade de lesão da justiça objetiva é claramente diminuta. Neste sentido, a duplicação de procedimentos não ocorrerá, naturalmente, nos casos em que o requerente não pretenda expor mais aprofundadamente a sua pretensão em ação por ele proposta, assim como não se verificará nos casos em que, após a formação, pelo juiz, de convicção segura acerca da existência do direito, tendo sido invertido o contencioso, o requerido se conforme com aquela decisão. Se a duplicação de procedimentos é tratada como uma desvantagem para o requerente, então ela não será desnecessária se este assim não a considerar. Numa palavra, se as partes pretenderem expor o caso de tal maneira que se possa presumir que tal irá contribuir para a formação, pelo juiz, de uma convicção mais forte, então a duplicação que essa exposição implica não deverá ser considerada como desnecessária.

3) *A subversão da lógica cautelar urgente*

²⁹ Expressão utilizada por RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 234.

Finalmente, ainda outra crítica³⁰ se pode tecer acerca do regime da inversão do contencioso. Como é sabido, os procedimentos cautelares, nos termos do art. 363.º do CPC, revestem sempre carácter urgente. Esta urgência não tem efeito apenas na contagem dos prazos processuais nem se materializa somente na obrigatoriedade da sua precedência relativamente aos procedimentos não urgentes. A urgência caracteriza-se também pelo modo de *funcionamento* dos procedimentos. Significa isto que num procedimento urgente não deverá, à partida, avaliar-se as causas com um detalhe tal que se subverta a lógica da urgência, tornando impossível uma atuação do juiz que corresponda a essa mesma lógica. Desta maneira, num procedimento cautelar não é suposto que sejam trazidos todos os elementos – sejam eles argumentativos, documentais, probatórios, ou outros – que se afigurem relevantes para a decisão da causa. A crítica à figura da inversão do contencioso surge, então, por existir o risco de que, em virtude da possibilidade de o juiz inverter o ónus de propositura da ação principal, as partes apresentem no processo uma quantidade de elementos não adequada à natureza urgente do procedimento cautelar, com os prejuízos para a celeridade processual daí decorrentes. Embora reconheçamos que a crítica é pertinente, não podemos negar que aquele risco é também notório no regime do contencioso administrativo, podendo as partes ter a tentação de, por terem consciência de que o juiz poderá antecipar o juízo da causa principal, carrear para o procedimento cautelar os elementos descritos, em quantidade inadequada e inconveniente³¹.

Descartando as soluções estrangeiras apresentadas, pela probabilidade demasiado elevada de lesão da justiça objetiva, e pesando as duas vias seguidas no direito português, concluímos que a figura da inversão do contencioso é aquela que se afigura mais adequada à resolução equilibrada dos problemas que tentamos resolver, por se revelar como a que mais pondera e equilibra os vários interesses e princípios em jogo, ainda que contenha, naturalmente, desvantagens difíceis de combater.

³⁰ Apontada por RITA LYNCE DE FARIA, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 58 e 59; e ainda pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no seu Parecer de Janeiro de 2013, relativo à proposta de Lei n.º 521/2012, que aprova o CPC, pp. 33 e 36.

³¹ Poderia, inclusive, em teoria, defender-se que no regime da convolação do procedimento cautelar em ação de cognição plena, em vigor no contencioso administrativo e proposto no RPCE, as partes terão até uma *maior* tendência para trazer ao processo uma quantidade excessiva de elementos, uma vez que no regime da inversão do contencioso poderão ter ainda uma leve expectativa de que a causa possa ser apreciada uma vez mais no âmbito do mesmo procedimento, o que não sucederá no seio daquele regime, em virtude da definitividade verdadeira e própria que caracterizará a decisão correspondente, adquirindo esta força de caso julgado.

E se não negamos as desvantagens, por vezes necessárias, que se podem apontar a este regime, não deveremos deixar de enfrentar os inúmeros problemas que o mesmo levanta. Por esta razão, analisaremos, seguidamente, um dos problemas que consideramos que pode ser mais nocivo e frustrador da figura da inversão do contencioso.

4. A distribuição do ónus da prova

De uma análise dos problemas que o instituto da inversão do contencioso levanta, o tema da distribuição do ónus da prova revela-se de importante abordagem, pelas nefastas consequências práticas que pode acarretar. Para que se tenha a perceção de tudo aquilo que pode estar em causa quando falamos da distribuição do ónus da prova, demonstra-se necessário um enquadramento geral do tema. Procederemos, em conformidade, a um enquadramento do tema da distribuição do ónus da prova no direito civil, em geral, servindo esta contextualização como nota prévia ao estudo deste tema associado à inversão do contencioso.

4.1. Enquadramento

Em primeiro lugar, será conveniente uma clarificação acerca do propósito ou da razão de ser das regras da distribuição do ónus da prova. De facto, não raras são as situações em que o juiz, após a realização da instrução, permanece em dúvida relativamente à ocorrência de determinados factos que considera essenciais para o bom julgamento da causa, em virtude da falta de prova desses mesmos factos pelas partes. E se essa dúvida, relativa aos factos que lhe permitiriam proferir a decisão com convicção, subsiste, não poderia a ordem jurídica *fechar os olhos*, concedendo a existência do risco de que determinada causa não terminasse decidida ou de que o juiz julgasse e proferisse decisão sem que a sua convicção fosse suficientemente fundada. Deste modo, afigurava-se imperiosa a criação de regras que auxiliassem o julgador nesta tarefa, que determinassem, para os casos em que a referida dúvida permanecesse por falta de prova, em que sentido deveria o juiz decidir. Atento a esta necessidade, o legislador criou as mencionadas regras, fixando como critério de decisão a prova, ou não prova, de determinados factos pelas partes. Desta maneira, sobre as partes passou a recair um verdadeiro ónus de provar certos factos, no sentido em que, no pressuposto de que a dúvida do juiz existe, se uma parte

não provar determinado facto que a lei lhe incumba de provar, será a causa que lhe subjaz julgada contra si. Com efeito, “o significado essencial do ónus da prova não está tanto em saber a quem incumba fazer a prova do facto como em determinar o sentido em que deve o tribunal decidir no caso de se não fazer essa prova”³². Esta visão do ónus da prova caracteriza o denominado ónus da prova *objetivo*, por contraposição ao ónus da prova *subjetivo*. O ónus da prova *subjetivo* refere-se especificamente à determinação de que parte terá o ónus de provar determinado facto, sob pena de não ver a sua pretensão julgada procedente. Já o ónus da prova *objetivo* debruça-se diretamente sobre o sentido em que o juiz deverá decidir se uma parte, estando onerada com a prova de certo facto, não provar esse mesmo facto. O ónus da prova *subjetivo* é primordialmente dirigido às partes; o ónus da prova *objetivo* estabelece, fundamentalmente, regras de julgamento³³. De facto, como se encontra plasmado na jurisprudência administrativa³⁴, “há muito que morreu o ónus *subjetivo da prova*”, tendo – já desde o início do séc. XX com influência das obras de LEO ROSENBERG e KARL HEINZ SCHWAB sobre a “carga da prova”³⁵ – o ónus da prova sentido predominantemente *objetivo*.

Assim, nesta linha, estabelece o n.º 1 do artigo 342.º do Código Civil (CC) que “[à] *quele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”. Por sua vez, dispõe o n.º 2 do mesmo artigo que “[a] *prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”. Uma completa interpretação da norma transcrita exige que se qualifique cada um dos tipos de factos elencados. Como se distinguem, então, os factos *constitutivos*, *impeditivos*, *modificativos* e *extintivos* dos direitos invocados? A doutrina caracteriza-os da seguinte forma: 1) factos *constitutivos* do direito alegado são aqueles que, de acordo

³² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. I, p. 305.

³³ Conforme se encontra expresso no Acórdão do TCA Sul de 10-03-2016, “o ónus da prova, o encargo material ou objetivo da prova, é uma regra legal de repartição do risco, quanto ao mérito da pretensão deduzida, de determinada factualidade essencial não ser adquirida no processo ou não ter sido sequer alegada nos articulados. Portanto, tal ónus de iniciativa da prova refere-se, hoje, à situação de mérito da parte contra quem o tribunal decidirá quando, em face dos elementos carreados para os autos por qualquer dos sujeitos processuais (cfr. princípio da aquisição processual), o juiz se não convença da realidade da factualidade que daria vantagem a essa parte”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d2c26f72ea77a8380257f7a004a7628?OpenDocument>.

³⁴ Acórdão TCA Sul de 06-12-2017, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/00e4c1818d5aa6ad802581f5003d1511?OpenDocument>.

³⁵ Acórdão TCA Sul de 06-12-2017 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/00e4c1818d5aa6ad802581f5003d1511?OpenDocument>.

com o direito substantivo, se revelam adequados a fazer nascer o direito que o autor se arroga, na medida em que sem a sua prova, a ação não poderá proceder³⁶. Serão, portanto, à partida, factos constitutivos do direito alegado, por exemplo, “*os pressupostos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude do facto, a culpa, o dano e o nexo de causalidade (...); os requisitos de que depende a denúncia do contrato de arrendamento para efeito de o senhorio habitar o prédio (...); o encrave absoluto ou relativo de um prédio para efeito de constituição coerciva da servidão de passagem (...)*”³⁷; 2) factos *impeditivos* do direito invocado são aqueles que paralisam o efeito dos factos constitutivos no momento em que nasce a relação jurídica que lhe subjaz³⁸. Serão, assim, em regra, factos impeditivos do direito, a título de exemplo, “*o erro, o dolo, a coação, a simulação, a incapacidade, a condição (...)*”³⁹; 3) factos *modificativos* são aqueles que alteram a relação jurídica já constituída⁴⁰. Serão, desta maneira, factos modificativos, *e.g.*, “*a moratória concedida ao devedor*” e a “*concentração do objeto da prestação*”⁴¹; 4) factos *extintivos* do direito são aqueles que destroem a relação jurídica constituída⁴². Serão, então, factos extintivos do direito invocado “*a condição resolutiva, o pagamento, a compensação, a prescrição, a caducidade (...)*”⁴³.

Os exemplos enunciados parecem fazer sentido e aparentam estar em consonância com cada uma das definições de cada tipo de facto. Porém, na prática, afigura-se de grande dificuldade a subsunção das ocorrências da vida aos conceitos de facto previstos pelo art. 342.º do CC. Como é usual, as situações da vida revelam-se demasiado complexas para poderem ser caracterizadas integralmente por institutos jurídicos. Haverá sempre situações em que – ainda que o legislador tenha tentado abarcar todos os possíveis factos com as definições que após na norma – surgirão dúvidas sobre a qualificação de determinado facto. Por esta razão, não raras vezes a doutrina propõe a adoção de *critérios*

³⁶ Como salienta JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, p. 282, por constitutivos “entendem-se os factos idóneos, segundo a lei substantiva, para fazer nascer o direito que o autor se arroga contra o réu, isto é, os factos de que depende o êxito da pretensão que o autor se propõe fazer valer, ou, por outras palavras, de que depende a procedência da ação”.

³⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 305.

³⁸ RITA LYNCE DE FARIA, “*A inversão do ónus da prova no direito civil português*”, p. 26. No mesmo sentido, *vide* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, pp. 125 e 126.

³⁹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 305.

⁴⁰ RITA LYNCE DE FARIA, “*A inversão do ónus da prova no direito civil português*”, p. 26. No mesmo sentido, *vide* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, pp. 125 e 126.

⁴¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 306.

⁴² RITA LYNCE DE FARIA, “*A inversão do ónus da prova no direito civil português*”, p. 26. No mesmo sentido, *vide* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, pp. 125 e 126.

⁴³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 306.

*auxiliares de qualificação legal*⁴⁴. No caso da qualificação dos vários factos para efeitos de distribuição do ónus da prova, destaca-se um critério específico e relevante que teve acolhimento por alguma doutrina portuguesa: o *critério* ou a *teoria da norma* – “*normentheorie*”, formulada por ROSENBERG, ainda de tenra idade⁴⁵ –, nos termos da qual cada uma das partes terá de alegar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável. A teoria da norma pressupõe, desta maneira, que as regras sobre a distribuição do ónus da prova emanem, em primeira linha, das normas de direito substantivo, sendo, antes de mais, necessário escrutinar a norma material que uma parte alega (e que lhe será favorável), atendendo à sua posição processual no caso concreto. Sendo-lhe favorável, como com certeza o será, recairá sobre a parte que alega a referida norma a prova dos pressupostos que a constituem. Esta solução reforça a segurança jurídica desejável num ordenamento jurídico sã, podendo cada parte que pretenda alegar determinada norma que a favoreça contar, *ab initio*, com a necessidade de prova dos pressupostos que a constituem⁴⁶.

Tendo, então, como ponto de partida o direito substantivo, ROSENBERG distinguiu, de entre as normas que o compunham, normas *principais* ou *base* e *contranormas*, sendo aquelas normas *constitutivas* de direitos subjetivos, prevendo factos *constitutivos* de direitos, e prevendo as *contranormas* factos *impeditivos*, *modificativos* e *extintivos* de direitos. Nesta linha, no decurso de uma ação, ao autor incumbirá provar os pressupostos que constituem as normas *principais* ou *base*, e ao réu caberá provar os pressupostos constituintes das *contranormas*. ROSENBERG caracterizava estas últimas explicitando que o réu recorre a uma *contranorma* quando pretende fazer valer um efeito jurídico que embora não seja incompatível com o direito alegado pelo autor, contém um *plus* que o inquina, ou seja, a *contranorma* contém em si mesma a norma *base*, produzindo, ao mesmo tempo, um efeito que acaba por contradizê-la, correspondendo a sua previsão a um raciocínio “sim, mas”. Se a previsão da norma corresponder a um raciocínio que

⁴⁴ RITA LYNCE DE FARIA, “A inversão do ónus da prova no direito civil português”, p. 27.

⁴⁵ Conforme ensina RITA LYNCE DE FARIA, “A inversão do ónus da prova no direito civil português”, pp. 27, ROSENBERG tinha apenas 21 anos quando publicou a obra “*Die Beweislast*”.

⁴⁶ Neste sentido, *vide* o Acórdão do TCA Sul de 10-03-2016, consagrando, na linha de ROSENBERG, que “a distribuição do ónus da prova está já implícita na regulação legal (substantiva) das próprias relações jurídicas, sendo por isso que tal distribuição deriva especificamente da forma como está estruturada a previsão das normas substantivas que regem o direito controvertido no processo. E assim também se conseguiu evitar a insegurança jurídica, perante a discricionariedade dos tribunais, existente na Alemanha do século XIX”, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d2c26f72ea77a8380257f7a004a7628?OpenDocument>.

expressa um “não”, o ónus da prova dos pressupostos que constituem a mesma recairá sobre o autor, e já não sobre o réu⁴⁷.

Uma vez contextualizado o tema, vejamos, então, em que medida esta distribuição poderá ter influência nos casos em que, no âmbito de um procedimento cautelar, seja invertido o contencioso, nos termos explanados *supra*.

4.2. A distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso

Decretada a providência e invertido o contencioso, se o requerido não se conformar com a manutenção definitiva da decisão cautelar, poderá, querendo, intentar “ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado”⁴⁸. Ao conferir esta possibilidade ao requerido, numa tentativa de equilíbrio de forças, a lei não especifica qual o tipo de ação que aquele deverá intentar, estabelecendo apenas que esta deverá destinar-se a impugnar a existência do direito. Esta expressão abre a porta a qualquer tipo de ação, uma vez que se refere à finalidade da mesma e não ao seu conteúdo⁴⁹, desde que, em caso de procedência da ação, o seu efeito seja incompatível com o resultado da decisão cautelar. Embora esteja aberta a possibilidade de o requerido intentar qualquer tipo de ação, uma vez que, à partida, aquele pretenderá “obter unicamente a declaração da (...) inexistência de um direito ou de um facto”⁵⁰, estaremos, na maioria dos casos, perante uma ação de simples apreciação negativa^{51 52}. Esta realidade, quando confrontada com a necessária distribuição do ónus da prova, torna-se verdadeiramente problemática e geradora de

⁴⁷ Neste sentido, *vide* RITA LYNCE DE FARIA, “A inversão do ónus da prova no direito civil português”, p. 30, dando como exemplo o caso em que o réu, no âmbito de um pedido de restituição de certa quantia que o autor alega que foi mutuada, se defende aceitando que a referida quantia foi mutuada, mas que o direito do autor prescreveu. Invocando, assim, a norma atinente à prescrição, está o réu a invocar uma *contranorma*, pelo que sobre ele recairá a prova de que o direito do autor prescreveu. Se, pelo contrário, o réu se defender alegando que a quantia não foi mutuada mas sim doada, o raciocínio subjacente a esta defesa não será mais de “sim, mas”, sendo antes de um simples “não”. Assim, neste caso, já recairia sobre o autor a prova de que a quantia tinha sido mutuada e não doada.

⁴⁸ Art. 371.º, n.º 1, do CPC.

⁴⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 14.

⁵⁰ Art. 10.º, n.º 3, alínea *a*) do CPC.

⁵¹ Neste sentido, *vide* RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 249; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 15.

⁵² Embora nem sempre assim seja. RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, p. 63, exemplificam, nomeadamente, com o caso de ação a intentar no caso de inversão do contencioso no âmbito da providência de suspensão de deliberações sociais, em que a ação a interpor pelo requerido será uma ação destinada a reconhecer a validade da deliberação em causa, *i.e.*, uma ação de simples apreciação positiva.

diferentes entendimentos da doutrina. A querela surge, embora não exclusivamente, em consequência do disposto no artigo 343.º do Código Civil – que trata da temática do ónus da prova em casos especiais – mais precisamente da norma do seu n.º 1. Dispõe, então, o n.º 1 do referido artigo que “[n]as ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga”. Esta norma – cuja *ratio* se prende com a extrema dificuldade de prova de factos negativos –, acareada com certas especificidades da inversão do contencioso, *i.e.*, confrontada com o facto de, na maioria das situações, as ações intentadas pelo requerido corresponderem a ações de simples apreciação negativa, cria uma situação de conflito com consequências que não devem ser ignoradas. De facto, a referida norma impõe que, tendo sido invertido o contencioso em procedimento cautelar, e querendo o requerido intentar ação principal, sendo essa ação, com grande probabilidade, uma ação de simples apreciação negativa, competirá ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga, *i.e.*, recairá sobre o réu desta ação principal (requerente da providência cautelar) o ónus da prova dos factos constitutivos do direito que se arroga. Temos, portanto, uma situação em que a lei confere ao requerente a possibilidade de requerer a inversão do contencioso, mas que, em momento posterior, faz recair sobre o mesmo o ónus de provar o direito que se arroga. Esta solução levou a que se levantassem, compreensivelmente, várias vozes críticas da doutrina⁵³, que entendiam que as regras do n.º 1 do art. 343.º do CC não se deveriam aplicar aos casos em que foi invertido o contencioso. Neste sentido, defendiam que sobre o autor (requerido), e não sobre o réu (requerente) deveria recair o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito (ou da inexistência de factos constitutivos do direito acautelado).

Não satisfeito com as dúvidas suscitadas pela doutrina relativamente ao sentido desta solução e quanto à aplicabilidade da mencionada norma aos casos de inversão do contencioso, o legislador entendeu que seria útil um aditamento ao n.º 1 do artigo 371.º do CPC, optando pela introdução da expressão “*sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova*”. Este aditamento, em nosso entender, tornou efetiva a interpretação que pugnava pela aplicação usual das normas sobre a distribuição do ónus da prova do CC. Embora nos pareça clara esta intenção do legislador, a referida expressão acabou por não resolver o problema que lhe subjaz, continuando a questão da distribuição

⁵³ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 250 e 251; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 15.

do ónus da prova na sequência do decretamento da inversão do contencioso a ser discutida pela doutrina.

Note-se que a discussão relativamente ao problema que nos ocupa não é meramente teórica, sendo precisamente por isso que ganha importância. É que a manutenção das regras do ónus da prova nos moldes em que estão estabelecidas no CC pode frustrar (e frustra) o sentido da figura da inversão do contencioso, reduzindo-a a um instituto formal com pouca aplicação prática, porque pouco vantajosa para o seu suposto beneficiário. De que servirá ao requerente de uma providência cautelar ficar dispensado de intentar a ação principal se, sendo intentada pelo requerido ação destinada a impugnar a existência do direito invocado (provavelmente, uma ação de simples apreciação negativa), se encontrar em situação idêntica àquela em que estaria caso tivesse interposto, ele mesmo, a ação principal? Não será expectável que o requerente, de modo a não atrasar o processo, não recorra à possibilidade que a inversão do contencioso lhe confere, intentando, ao invés, ele próprio a ação principal de que depende a manutenção da providência cautelar? Parece-nos que a manutenção das regras do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso não será a melhor solução a adotar. Percorreremos, porém, de seguida, o entendimento da doutrina acerca do presente problema, para, posteriormente, fundamentarmos de forma mais completa a nossa posição.

4.3. Entendimento e posições da doutrina

Dois entendimentos se afiguram comuns quanto à distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso: 1) o entendimento favorável à manutenção das regras da distribuição do ónus da prova, tal como configuradas nos artigos 342.º e 343.º do CC, dependendo essa distribuição do tipo de ação que o requerido intenta; e 2) o entendimento segundo o qual recai sempre sobre o autor (requerido no procedimento cautelar) o ónus de provar os factos constitutivos do seu direito (ou a inexistência de factos constitutivos do direito acautelado), nos termos explanados *supra*⁵⁴, independentemente do tipo de ação por ele intentada. Analisemos, então, a argumentação que fundamenta cada uma das posições.

⁵⁴ Pp. 24 e ss.

1) *Manutenção das regras da distribuição do ónus da prova*

Um primeiro argumento, do ponto de vista do autor, favorável a esta manutenção prende-se com a possível *instrumentalização* do procedimento cautelar⁵⁵, *i.e.*, com o risco de que o futuro autor/requerente, no caso de vigorar a solução da inversão do ónus da prova, recorra ao procedimento cautelar por nele ver inúmeras vantagens que o processo comum não oferece: uma exigência menor relativamente aos elementos probatórios a apresentar e, invertido o contencioso, a inversão do ónus da prova. Embora compreendamos este argumento, entendemos que o risco de instrumentalização do procedimento cautelar é consideravelmente diminuto, uma vez que o hipotético autor/requerente não tem à sua disposição, sem quaisquer limites ou requisitos, o processo comum e o procedimento cautelar. Como vimos, o recurso à via cautelar requer que se cumpram determinados requisitos. Não se verificando estes requisitos, não é possível ao autor/requerente enveredar por aquela via, não lhe sendo, conseqüentemente, viável instrumentalizar o que quer que seja. Para além disto, vimos também que para que seja invertido o contencioso é necessário que o juiz adquira convicção segura acerca da existência do direito do requerente, não bastando uma mera *summaria cognitio*, pelo que não será, certamente, o regime da inversão do contencioso que levará a uma instrumentalização do procedimento cautelar, antes pelo contrário: a possibilidade de instrumentalização é limitada pela exigência de uma maior segurança por parte do julgador cautelar.

Um outro argumento que tem sido utilizado em defesa deste primeiro entendimento, agora da perspectiva do réu, contempla o risco de *densificação*⁵⁶ do procedimento cautelar (caso não se mantenham as regras da distribuição), uma vez que o réu – por ter receio de que seja invertido o contencioso e de que, para que possa ver as suas pretensões apreciadas, sobre ele recaia o ónus de uma *probatio diabolica*, inerente à prova de factos negativos – pode sentir-se tentado a carrear para o procedimento cautelar uma quantidade excessiva de elementos que não se coaduna com a lógica cautelar, subvertendo-a. Este argumento é pertinente, uma vez que o risco que aponta é real, encontrando-se frequentemente presente nas várias fases do procedimento cautelar. Deparando-nos com

⁵⁵ Assim entende a Associação Sindical dos Juízes Portugueses, no seu Parecer de Janeiro de 2013, relativo à proposta de Lei n.º 521/2012, que aprova o CPC, p. 25.

⁵⁶ Na expressão de RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 250.

este risco em vários momentos, entendemos que seria benéfica a ponderação de medidas que o eliminassem ou, pelo menos, o mitigassem. Será viável, por exemplo, uma limitação expressa da quantidade de elementos (de prova, nomeadamente) que as partes podem trazer para o procedimento cautelar? Ou o estabelecimento de sanções (de natureza pecuniária, processual, ou de outro tipo) para a parte que ultrapassasse determinado limite? Ou a criação, por exemplo, de uma figura análoga à do *erro na forma do processo*, prevista no art. 193.º do CPC, adaptada à realidade dos procedimentos cautelares, sancionando dessa maneira a parte que subvertesse a lógica pretendida⁵⁷? Entendemos que se afigura necessária uma reflexão sobre possíveis soluções para que este risco seja ultrapassado. Porém, não aprofundaremos demasiado esta questão, por não contemplar diretamente o objeto da presente dissertação.

Ainda outro argumento utilizado para sustentar esta posição relaciona-se com o *fim* da inversão do contencioso ou, melhor dizendo, com o seu principal efeito. Sustentam os seus autores⁵⁸ que, em rigor, a figura da inversão do contencioso – tendo como *ratio*, conforme *supra* desenvolvido, evitar a duplicação desnecessária de procedimentos por parte do requerente, beneficiando-o nessa medida – atinge ou justifica a sua razão de ser quando a caducidade da providência é evitada, em virtude da mesma inversão. Afirmam, portanto, que o requerente, enquanto principal beneficiário do regime da inversão do contencioso, obteve já o respetivo benefício quando a providência que requereu não caducou por inação sua. Como tal, não se justificaria que fosse ainda mais beneficiado, através da dispensa do ónus da prova. Este argumento é, também ele, compreensível e pertinente. Contudo, entendemos que as alterações legislativas podem ter consequências a si associadas – que, por vezes, ultrapassam o efeito primordial que a alteração visa – que não devem ser ignoradas ou colocadas de parte apenas porque o efeito primordial pretendido com a alteração se esgotou, e que contribuem para a não inutilização da mesma alteração. No caso concreto, o efeito colateral que seria colocado de parte em virtude do esgotamento do propósito primordial da introdução da figura da inversão do contencioso, e que contribuiria para a não inutilização da mesma, seria, precisamente, o da concessão de mais um benefício ao requerente: o da dispensa do ónus da prova.

⁵⁷ Solução que, de entre as que foram sumariamente apresentadas, nos pareceria mais adequada, por se afigurar menos castradora das garantias processuais das partes, uma vez que daria alguma margem de manobra ao juiz para solucionar a questão de acordo com cada caso concreto.

⁵⁸ Vide RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 250.

2) *Alteração das regras sobre a distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso*

O segundo entendimento pugna pela não manutenção das regras da distribuição do ónus da prova, sustentando que, na sequência da inversão do ónus de propositura da ação principal, inverte-se também o ónus de provar os factos constitutivos do direito (ou a sua inexistência), *i.e.*, passa a recair sobre o requerido, independentemente do tipo de ação por ele proposta, o ónus da prova. Analisemos os argumentos que sustentam esta posição.

O primeiro argumento e, a nosso ver, o que consideramos como determinante para a definição da nossa posição, que melhor explanaremos *infra*, prende-se com as consequências nefastas que a manutenção das regras da distribuição do ónus da prova pode ter na praticabilidade do regime da inversão do contencioso. Como já anteriormente exposto, uma alteração legislativa tem, naturalmente, de ser praticável. Significa isto que a criação de uma nova figura jurídica, por exemplo, não terá cabimento se, em virtude de outros constrangimentos legais, a aplicação prática da figura se afigurar impossível ou até extremamente difícil. De facto, conforme sustenta a doutrina que argumenta neste sentido, mantendo-se as regras da distribuição do ónus da prova não será possível “alcançar na plenitude os efeitos que o legislador pretendeu com o instituto”⁵⁹. Mantendo-se as regras da distribuição do ónus da prova, este ónus recairia, na grande maioria das vezes, sobre o réu (requerente no procedimento cautelar), uma vez que a maior parte das ações interpostas pelo requerido configurarão ações de simples apreciação negativa. E este facto “em nada beneficiaria o requerente da providência”⁶⁰. Por isto esta mesma doutrina é favorável à alteração das regras da distribuição do ónus da prova, quando em causa estiver uma ação de simples apreciação negativa, entendendo que aquele ónus deveria recair sempre sobre o autor (requerido).

⁵⁹ Vide RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 250 e 251.

⁶⁰ Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 15, reforçando ainda que “(...) se, depois dessa inversão, lhe incumbisse provar, na subseqüente ação de apreciação negativa instaurada pelo requerido, o direito acautelado, esse requerente (e agora réu) encontrar-se-ia na mesma posição se não tivesse havido inversão do contencioso e se fosse sobre ele que recaísse o ónus de instaurar a ação principal”.

A doutrina argumenta ainda que fazer pesar sobre o requerente o ónus de provar, nestes casos, os factos constitutivos do seu direito não tem cabimento porquanto aquele já provou plenamente os mesmos factos em sede cautelar⁶¹. Naturalmente, este argumento vale apenas se se considerar que o requerente faz prova plena dos factos constitutivos do seu direito no procedimento cautelar. Nesse pressuposto, o presente argumento, a nosso ver, fará tremer a base justificativa que sustenta o primeiro entendimento apresentado. Por outro lado, caso se entenda, como demonstrado *supra*⁶², que é difícil que o requerente consiga provar plenamente o direito que se arroga, pelas características que definem o procedimento cautelar, este argumento não valerá na sua totalidade, embora reconhecamos, ainda assim, que poderá ter alguma relevância.

Uma outra argumentação favorável à alteração das regras sobre a distribuição do ónus da prova funda-se já no tipo de ação a propor. Entendem os seus autores⁶³ que a ação a intentar pelo requerido não será uma ação de simples apreciação negativa *qualquer*. Aceitam a sua qualificação como ação negatória, mas não como de simples apreciação negativa verdadeira e própria, por não se destinar a resolver uma situação de *incerteza objetiva*, como sucede na maior parte das situações. Faltará, na ação a intentar pelo requerido, a *provocatio ad agendum*⁶⁴, *i.e.*, o juízo de provocação ou jactância que caracteriza as ações de simples apreciação negativa: é o autor que provoca a intervenção do réu em virtude da *arrogância* deste que, por sua vez, criou a situação de incerteza. Nos casos de que tratamos, não existe uma situação de *incerteza objetiva*, mas sim uma situação de *quase certeza* (ou, de acordo com outro entendimento *supra* descrito, uma situação de *certeza*), por ter havido já uma decisão ponderada. Com efeito, a decisão (ainda que cautelar) de decretamento da providência – quer se considere que tenha sido decretada com base numa convicção *segura* ou *plena* – tem de ter relevância jurídica. Os defensores desta posição legitimam, portanto, a sua posição favorável à alteração das regras sobre a distribuição do ónus da prova, fundando-a na existência de uma “sentença jurisdicional favorável”⁶⁵ ao requerente, considerando, desta maneira, que deverá recair sobre o autor (requerido) o ónus da prova da inexistência do direito acautelado, ainda que a ação intentada por aquele seja uma ação negatória.

⁶¹ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 251.

⁶² P. 10.

⁶³ Por exemplo, CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, pp. 30 e 31.

⁶⁴ *Vide*, a este respeito, o Acórdão do TRC de 22-03-2011.

⁶⁵ CARLOS LOPES DO REGO, *O Novo Processo Declarativo*, p. 31.

Para além dos argumentos expostos, a doutrina alerta ainda para o risco de, mantendo-se as regras da distribuição do ónus da prova – recaindo, consequentemente, sobre o requerente, na maior parte dos casos, o ónus da prova –, essa manutenção levar a que o requerido intentasse a ação principal algo irrefletidamente, “com alguma *leviandade*”⁶⁶. Com efeito, sabendo o requerido que o ónus da prova recairá, caso interponha ação de simples apreciação negativa, sobre o requerente, “nada perderá” se a interpuser, decidindo “tentar a sua sorte” apenas porque não vislumbra qualquer grande desvantagem em fazê-lo.

Este segundo entendimento, apesar da pertinência dos argumentos relativos à primeira posição apresentada, revela-se, em nosso entender, como o mais razoável⁶⁷ do ponto de vista, principalmente, da utilidade prática do regime da inversão do contencioso. A crítica à introdução do instituto da inversão do contencioso é perfeitamente compreensível e justificável. O que não consideramos recomendável é que, uma vez aceite a existência do regime introduzido (porque consagrado na lei), se defendam soluções com potencial para inutilizar quase completamente o novo instituto. Entendemos, portanto, que sendo as críticas ao sentido e à existência do instituto absolutamente justificáveis, a defesa de mecanismos que o tornem obsoleto já o não será. Claro está que a intenção dos defensores do primeiro entendimento não será a de impedir a concretização prática do instituto.

⁶⁶ Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português*, p. 251. No mesmo sentido, ainda que em moldes distintos, LUCINDA DIAS DA SILVA, *As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso, O Novo Processo Civil – Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno 1, p. 139.

⁶⁷ Cumpre salientar que estes dois entendimentos não são únicos. Com efeito, LUCINDA DIAS DA SILVA, *As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso, O Novo Processo Civil – Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, Caderno 1, coloca a questão em termos distintos e extremamente interessantes. Segundo esta autora, não é por estar em causa uma ação de simples apreciação negativa que opera uma *inversão* do ónus da prova. Isto porque “[o] que se inverte são as posições dos sujeitos processuais – quem figuraria, em princípio, como autor, figura como réu e o inverso”. Neste sentido, ambos continuam a ter de provar os factos correspondentes à posição que teriam caso se tratasse de uma ação nos termos “comuns” – o réu (que normalmente figuraria como autor) terá de provar os factos constitutivos do seu direito e o autor (que figuraria, em princípio, como réu) terá de provar os factos impeditivos, extintivos e modificativos do direito em causa. Após expor este entendimento, a mesma autora coloca, na senda de CARLOS LOPES DO REGO, a questão sobre se se justifica conferir ao requerente mais uma vantagem pelo facto de este já ter uma decisão com alguma força (ainda que cautelar) a seu favor, concluindo que esta vantagem, a conceder, poderia não revestir a forma de inversão do ónus da prova, afirmando, neste sentido, que “[c]onvocável pode ser, designadamente, o raciocínio que preside à possibilidade, legalmente prevista, de um juízo de prova proferido num processo se tornar relevante no âmbito de um outro processo”. A autora acaba, então, por propor a atribuição de relevância, ainda que não exclusiva, na ação principal, à prova produzida no procedimento cautelar, sendo conferido, desta maneira, um outro benefício ao requerente, mas em moldes diferentes.

Porém, o resultado acaba por ser esse mesmo. Em jeito de conclusão, analisemos, então, a solução que a lei adotou e a nossa posição quanto à mesma.

4.4. Solução legal e posição adotada

Como acima referimos, entendemos que a introdução, no número 1 do artigo 371.º do CPC, da expressão “*sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova*” efetivou a opção legal pela manutenção clara daquelas regras⁶⁸. Assim, a lei impõe que tudo se passe, aquando da propositura, pelo requerido, da ação principal, como se de um processo comum *ordinário* se tratasse: tratando-se, como acontecerá em grande parte dos casos, de ação de simples apreciação negativa, o ónus da prova dos factos constitutivos do direito recairá sobre o réu (requerente). A nosso ver, como ficou demonstrado pela análise realizada *supra*, esta opção tem potencial para inutilizar, na prática, o recurso ao instituto da inversão do contencioso. O requerente, consciente de que, ficando dispensado de interpor a ação principal em virtude da inversão do contencioso, sobre ele recairá, caso o requerido intente ação destinada a impugnar o direito acautelado, o ónus de provar os factos constitutivos do seu direito, ficando na mesma posição em que estaria caso não houvesse requerido a inversão do contencioso, não irá, com alguma probabilidade, recorrer a este mecanismo. Ademais, nem a hipotética possibilidade de a providência se consolidar como definitiva motivará o requerente a acionar o mecanismo da inversão do contencioso, uma vez que, em virtude da manutenção das regras sobre o ónus da prova, o requerido tentará, muito provavelmente, na grande maioria das vezes, ação destinada a impugnar o direito acautelado, por “nada ter a perder”. Esta inevitabilidade leva-nos à conclusão de que seria juridicamente mais coerente e desejável que, nos casos em que a ação intentada pelo requerido consubstancie ação de simples apreciação negativa (ou, para alguns autores, ação *negatória*, nos termos explanados *supra*), se alterassem as regras sobre a distribuição do ónus da prova, de tal maneira a que continuasse a recair sobre o autor (requerido) o ónus da prova da inexistência do direito acautelado. Não somos, apesar de tudo, alheios às implicações que este caminho teria e ao esforço que se

⁶⁸ Não deixa de ser curioso o entendimento de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, p. 15, que considera que a ressalva do n.º 1 do art. 371.º do CPC é conciliável com a posição favorável à alteração das regras do ónus da prova caso esteja em causa uma ação de simples apreciação negativa. Isto, naturalmente, pela sua interpretação das regras sobre a distribuição do ónus da prova – para mais desenvolvimentos, *vide* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*.

importaria ao requerido, onerado com o peso da interposição da ação e da prova dos factos negativos relevantes. Contudo, entendemos, na senda da argumentação *supra* exposta, que esse esforço é o preço a pagar pelo requerido por lhe ser concedida uma hipótese de ver a sua pretensão apreciada numa situação em que o juiz formou já convicção segura acerca da existência do direito do requerente. Consideramos, então, que teria sido mais feliz a consagração de uma regra de inversão do ónus da prova nos casos apresentados, em que a ação a intentar pelo requerido configurasse uma ação de simples apreciação negativa ou *negatória*, conforme os diferentes entendimentos. Em suma, vislumbra-se “difícil de compreender e, muito mais, de justificar, que uma decisão judicial, transitada em julgado, que reconheceu a existência do direito acautelado, e que, por isso, dispensou o requerente da providência do ónus da propositura da ação principal, não tenha sequer cabimento nas regras fixadas no n.º 1 do art. 344.º do Cód. Civil, determinativas da inversão do ónus da prova, sobrepondo-se desse modo à regra do n.º 1 do art. 343.º do mesmo Código, de tal modo que, a ser assim, caberá ao autor da ação de impugnação fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado (...), e não ao réu-requerente no procedimento”⁶⁹.

5. Jurisprudência relevante: a aplicação prática da inversão do contencioso

O estudo de questões jurídicas (e não só) não estará nunca completo se não se analisar a sua aplicação prática. Afinal, como referíamos no capítulo introdutório da presente dissertação, o Direito existe, em primeira linha, para ser aplicado, mais do que pensado. Pensá-lo é essencial, mas com o fim de o aplicar. Neste pressuposto, consideramos essencial uma análise – ainda que breve – da jurisprudência que nos parece levantar as questões mais relevantes, para podermos complementar a nossa análise teórica e compreender que problemas se levantam no dia-a-dia dos tribunais relativamente à aplicação deste novo regime do CPC. Exporemos, assim, algumas questões que consideramos interessantes que se colocaram e decidiram nos tribunais portugueses, ainda que, em virtude dos poucos anos de vida da inversão do contencioso – e, quiçá, dos desincentivos ao recurso à figura *supra* enunciados –, poucos sejam os casos em que ela tenha sido requerida.

⁶⁹ Cfr. ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, p. 442.

1) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19-05-2014⁷⁰

No caso subjacente a este acórdão, B intentou procedimento cautelar de arrolamento contra C, D e E. De entre os pedidos formulados por B, um pedido em concreto destinava-se a fazer operar a “*inversão do contencioso (...) dispensando a requerente de propor a ação principal*”. Trata-se, portanto, de um caso em que – talvez por, à data, poucos meses terem decorrido desde a introdução do mecanismo – a norma do art. 369.º do CPC foi manifestamente mal interpretada pela requerente da providência. De facto, a requerente fundamenta o seu requerimento para a inversão do contencioso no facto de considerar que, daquilo que alegou e da prova documental produzida, a matéria de facto adquirida permitia resolver definitivamente uma questão específica por ela levantada. A requerente interpreta, assim, erradamente, os requisitos da *convicção segura acerca da existência do direito* e da *adequação da providência a realizar a composição definitiva do litígio*, substituindo-os, na sua equivocada interpretação, por um outro requisito, correspondente à *possibilidade de a matéria de facto adquirida permitir resolver definitivamente o litígio*. O juiz desembargador, percebendo o equívoco, corrige a requerente e decide, naturalmente, no sentido da não aplicabilidade da inversão do contencioso à providência cautelar de arrolamento, por se tratar de uma providência manifestamente conservatória, confirmando a decisão do juiz cautelar. Conclui, portanto, deixando claro que “[a] *inversão do contencioso só é, assim, admissível se a tutela cautelar puder substituir a definitiva e, tendo em conta o elenco previsto no artigo 376.º, apenas se a providência cautelar requerida - de carácter nominado ou inominado - não tiver um **sentido manifestamente conservatório***. (...). *A inversão não é, deste modo, aplicável (...) ao Arresto, ao Arrolamento e ao Arbitramento de Reparação Provisória. Nestes casos, a tutela definitiva e a tutela cautelar cumprem uma função totalmente distinta e prosseguem objectivos completamente diferentes, não sendo admissível aplicar-lhes a inversão. Colhe-se, portanto, do exposto que a inversão do contencioso não é aplicável à presente providência cautelar de arrolamento, já que ele tem, como resulta do artigo 403.º, nº 1 do CPCivil, uma finalidade meramente conservatória, ou seja, a tutela cautelar cumpre uma função totalmente distinta daquela que será a tutela definitiva*”.

⁷⁰ Disponível em

www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2e3fd4d72ddcccb80257ce6003775a2?OpenDocument.

2) *Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14-04-2016*⁷¹

No caso objeto deste acórdão A e B intentam procedimento cautelar de restituição provisória da posse de prédio urbano contra C e D, requerendo, simultaneamente, a inversão do contencioso. Por sentença de 20 de Outubro de 2015 o juiz cautelar julga parcialmente procedente a providência cautelar, ordenando, em traços gerais, que fosse restituída provisoriamente a posse do referido prédio. Curiosamente, apenas no dia 10 de Dezembro do mesmo ano – data em que a sentença supramencionada já transitara em julgado – vem o juiz proferir decisão relativamente ao requerimento da inversão do contencioso, entendendo encontrarem-se cumpridos os requisitos para que aquela fosse decretada, dispensando, conseqüentemente, os requerentes da propositura da ação principal. Sucede que o n.º 1 do art. 369.º do CPC estabelece expressamente que o juiz poderá dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal *na decisão que decreta a providência*. O juiz cautelar, não tendo esta exigência em conta, apenas decretou a inversão do contencioso após o trânsito em julgado da sua primeira decisão de procedência da providência cautelar. Os requeridos recorrem, neste sentido, da segunda decisão, alegando que “*a decisão que decreta a inversão do contencioso não é dissociável da decisão sobre a providência requerida*”, justificando-se por isso, para além da sua apreciação conjunta, a sua recorribilidade conjunta. Entendem, assim, que a separação das decisões pelo juiz cautelar não é legalmente admissível, por se ter, nos termos do n.º 1 do art. 613.º do CPC, esgotado o seu poder jurisdicional aquando do trânsito em julgado da sentença proferida em primeiro lugar. Alegam ainda que o juiz, por ter proferido a segunda decisão nestas condições, decretou oficiosamente a inversão do contencioso – atuação que a lei, como vimos, não permite –, violando, concomitantemente, as normas relativas ao trânsito em julgado, influido na boa decisão da causa, e qualificam, desta forma, a decisão recorrida como nula, nos termos dos arts. 195.º, 196.º, segunda parte, 197.º, n.º 1, 199.º, n.º 1, e 200.º, n.º 3, do CPC.

O juiz desembargador, em cumprimento da lei, decide, em traços gerais, no sentido da argumentação dos recorrentes, revogando a decisão, concluindo que “[c]onforme resulta

⁷¹ Disponível em

www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dcc401312af3977580257fc60053dbe3?OpenDocument.

do disposto no art. 369º, nº1 do CPC, a inversão do contencioso deve ser decretada na decisão que defira a providência. Da decisão que decreta a inversão do contencioso apenas cabe recurso em conjunto com a decisão que decreta a providência e a decisão que indefira a inversão é irrecorrível (art. 370º, nº1 do CPC). No caso subjudice, a decisão que deferiu parcialmente a providência de restituição provisória de posse foi omissa quanto à inversão do contencioso. Tal omissão poderia configurar uma nulidade por omissão de pronúncia que deveria ter sido suscitada pelos requerentes (art. 615º, nº1, d) do CPC). Não tendo sido decretada na sentença a inversão do contencioso, a verificação das condições da requerida inversão não constitui matéria incidental posterior à sentença e à notificação das partes. Se tivesse sido decretada a inversão do contencioso, os requeridos poderiam ter impugnado tal decisão que poderia ser revogada ou mantida (art. 372º, nº3 do CPC). Após a prolação da sentença e não tendo sido arguida a nulidade por omissão de pronúncia, ficou esgotado o poder jurisdicional do juiz (artº 613º, nº1 do CPC). A decisão recorrida carece, assim, de apoio legal e, nessa medida, não pode manter-se em vigor na ordem jurídica, devendo ser revogada”.

3) *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29-06-2017*⁷²

No caso de que trata este acórdão B e C intentam procedimento cautelar comum contra D, E, F, G e H. Neste âmbito, e no contexto não especificado do procedimento, B e C formulam, sumariamente, os seguintes pedidos: a realização das obras que entendem necessárias; a condenação dos requeridos no pagamento de sanção pecuniária compulsória; a inversão do contencioso; o reconhecimento da posição dos requerentes enquanto “*detentores do direito de arrendamento*” do imóvel em questão; a condenação dos requeridos na disponibilização provisória de um imóvel aos requerentes; a “*aplicação do regime da exceção de não cumprimento do contrato*”; e a condenação dos requeridos no pagamento de indemnização aos requerentes por danos não patrimoniais alegadamente sofridos. Deparados com os pedidos formulados, é deduzida oposição, sendo invocada, entre outras, a exceção de nulidade do processo por erro na forma de processo, com fundamento na natureza dos pedidos apresentados pelos requerentes, alegando “*que os pedidos formulados pelos requerentes não têm qualquer natureza conservatória ou*

⁷² Disponível em

www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ec6d610de1cfcb218025816b004e0a7a?OpenDocument

antecipatória (...)”. A decisão recorrida confirma, naturalmente, a existência de exceção dilatória de erro na forma de processo, absolvendo os requeridos da instância. Os requerentes, inconformados, recorrem, sustentando a sua pretensão de um modo interessante e revelador das várias erradas interpretações possíveis do regime da inversão do contencioso, mesmo que decorridos quatro anos da sua introdução na ordem jurídica portuguesa. Justificam, portanto, a formulação dos pedidos nos termos apresentados afirmando que o fizeram precisamente por terem requerido a inversão do contencioso. Defendem, aliás, que os pedidos foram “*realizados ao abrigo da inversão do contencioso*”. Os requerentes, analisando o regime da inversão do contencioso, encontraram no requisito da *definitividade* da providência fundamento para sustentar que o instituto lhes permite formular os seus pedidos como se de ação declarativa comum se tratasse. Neste sentido, dividem as suas pretensões, separando os pedidos realizados *dentro do âmbito da inversão do contencioso* dos pedidos formulados *fora do âmbito da inversão do contencioso*, associando os primeiros aos pedidos conexos com a definitividade da providência, e os segundos aos pedidos que consideram não terem uma vocação de definitividade tão marcada. Nesta linha, e de um modo, em certa medida, algo confuso, qualificam o pedido de realização de obras urgentes como um pedido realizado *fora do âmbito da inversão do contencioso*, entendendo que os restantes pedidos formulados (supramencionados) correspondem a pretensões realizadas *dentro* desse mesmo âmbito.

O juiz desembargador, consciente da confusão e da errada interpretação do instituto pelos requerentes, resolve-a rapidamente na decisão, após percorrer brevemente os requisitos de necessária verificação para o decretamento da inversão do contencioso, deixando expresso que “*a possibilidade de inversão do contencioso não legitima a inversão da essência do procedimento cautelar, caracterizado pela celeridade e provisoriedade, por forma a transferir para o procedimento cautelar a ação definitiva*”.

Entendemos que esta decisão e a sua fundamentação poderá, como vimos⁷³, ser a base construtiva de uma solução que *proteja* a inversão do contencioso de uma das suas possíveis desvantagens: para se evitar que as partes carreassem para o procedimento cautelar uma quantidade excessiva de elementos que não se coaduna com a lógica célere

⁷³ P. 31.

e provisória que o caracteriza, seria de ponderar a criação de uma norma que prevísse um tipo de *erro na forma de processo*, adaptado à realidade cautelar.

6. Conclusão

Os desafios que a duplicação de procedimentos cria e as tentativas de o ultrapassar da melhor maneira possível atestam duas realidades dignas de nota, que procuraremos, em jeito conclusivo, sintetizar, percorrendo, simultânea e brevemente, as principais posições que construímos ao longo da presente dissertação.

Em primeiro lugar, o regime da inversão do contencioso, como a generalidade dos problemas jurídicos, deve ser abordado de modo particularmente cauteloso. De facto, as consequências de determinadas decisões legislativas ou entendimentos doutrinários podem ser de tal maneira gravosas que criem um risco de alteração repentina do sentido ou dos efeitos que o legislador pretendeu conferir a tal regime. Com efeito, da análise das vantagens, desvantagens e críticas à figura da inversão do contencioso depreende-se, neste sentido, que o significado de alguns termos aos quais o legislador não terá dado a devida relevância poderá, no fim de contas, ser de extrema importância na interpretação do regime, legitimando a sua existência ou inquinando-a, mas também na adoção, pelas partes, de estratégias processuais com potencial para inutilizar o instituto introduzido. O cuidado que entendemos que se deve exigir na abordagem ao regime em apreço relaciona-se, também, com a nossa posição favorável à sua introdução na ordem jurídica portuguesa. No decorrer da dissertação tentámos deixar claro este entendimento, vincando a importância do equilíbrio no que às garantias processuais das partes respeita. Se, por um lado, entendemos ser essencial que o requerido num procedimento cautelar sempre tenha a oportunidade de se opor a uma decisão tomada com base num conhecimento, apesar de tudo, limitado, sendo esta oposição e a possibilidade de alteração da decisão cautelar legitimadas pela improbabilidade forte da formação de uma convicção *plena* acerca do litígio por parte do juiz cautelar, consideramos igualmente que, optando-se pela introdução de um regime que respeite esse equilíbrio, como o faz o instituto da inversão do contencioso, será essencial não o inutilizar nas suas várias vertentes, ainda que essa não inutilização implique algumas dificuldades para uma das partes do litígio. Esta não inutilização apenas será possível, a nosso ver, através da não manutenção das regras do ónus da prova tal como se encontram estabelecidas na lei, devendo continuar a recair sobre o autor (requerido) o ónus da prova na sequência da inversão do contencioso. Entendemos, assim, que uma lógica de um *equilíbrio de forças* nos colocará mais próximos da Justiça.

Em segundo lugar, a análise a que procedemos e as múltiplas posições com que nos deparámos demonstram a preocupação geral processualista em que a abordagem à presente questão, mas também à generalidade das questões que surgem no dia de um profissional do foro, seja realizada com o cuidado acima referido. Esta preocupação manifesta-se tanto através da importantíssima contribuição da doutrina como através do trabalho dos magistrados judiciais na clarificação e orientação na tarefa interpretativa das normas, como, de resto, se verificou pela análise jurisprudencial realizada. O princípio de não conformação com o estabelecido sempre orientou as batalhas de quem ativamente lutava por um mundo melhor. Na verdade, é precisamente esta não conformação, materializada na seriedade e multiplicidade da busca de novas e melhores soluções, que atesta a existência de um Direito Processual Civil que procura, efetivamente, e não obstante as dificuldades que se apresentam no seu caminho, servir as pessoas.

Bibliografia

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Noções elementares de processo civil*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JUÍZES PORTUGUESES, *Parecer de Janeiro de 2013 à Proposta de Lei 521/2012*, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Parecer-ASJP-Janeiro-2013.pdf>

CALAMANDREI, PIERO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, a cura di MAURO CAPPELLETI, vol. IV, Napoli, Casa editrice A. Morano, 1970.

FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003;

- *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Lex, 2001;

- *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português – Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, Junho 2016;

- *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, in *Debate A Reforma do Processo Civil*, Revista do Ministério Público, Cadernos II, 2012, pp. 49-61.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro 2013.

LIMA, JOAQUIM PIRES DE / VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição revista e atualizada, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, Fevereiro 2011.

NETO, ABÍLIO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2ª Edição revista e atualizada, Lisboa, Ediforum, Janeiro 2014.

PINTO, RUI, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

REGO, CARLOS LOPES DO, *O Novo Processo Declarativo*, in *O Novo Processo Civil, contributos da doutrina no decurso do processo legislativo, designadamente à luz do anteprojecto e da proposta de lei n.º 113/XII*, caderno II, Centro de Estudos Judiciários, Novembro 2013, disponível em

http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/lopesrego.pdf.

- *Os princípios orientadores da reforma do Processo Civil em curso: o modelo da ação declarativa*, Julgar, n.º 16, janeiro-abril 2012, pp. 99 e ss., disponível em

<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-DEBATER-Os-princ%C3%ADpios-orientadores-da-reforma-do-Process.pdf>;

REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ª Edição, 1950, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

SILVA, LUCINDA DIAS DA, *As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso*, in *O Novo Processo Civil – Contributos da*

Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil, Caderno 1, 2ª edição, Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf.

SILVA, PAULA COSTA E, *Cautela e Certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*, in *Debate A reforma do processo civil*, Revista do Ministério Público, Cadernos II, 2012, pp. 139 e ss., disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25216.pdf.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As providências cautelares e a inversão do contencioso*, paper publicado no site do IPPC, disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES / BEZERRA, J. MIGUEL / NORA, SAMPAIO E, *Manual de Processo Civil*, 2ª Edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

XAVIER, RITA LOBO / FOLHADELA, INÊS / CASTRO, GONÇALO ANDRADE E, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios e Pressupostos*, Porto, Universidade Católica Editora – Porto, 2014.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-03-2011, Proc. n.º

158/09.3TBVZL.C1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d006947a984e3d5f80257871003257f3?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19-05-2014, Proc. n.º

2727/13.8TBPVZ.P1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2e3fd4d72ddcccb80257ce6003775a2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10-03-2016, Proc. n.º 12843/15, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9d2c26f72ea77a8380257f7a004a7628?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14-04-2016, Proc. n.º

436/15.2T8EPS-A.G1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dcc401312af3977580257fc60053dbe3?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29-06-2017, Proc. n.º

25601/16.1T8PRT.P1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ec6d610de1cfcb218025816b004e0a7a?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 06-12-2017, Proc. n.º

774/13.9BELRS, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/00e4c1818d5aa6ad802581f5003d1511?OpenDocument>