



Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha

O exercício do contraditório nos procedimentos cautelares

DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(21\)2017.ic-01](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(21)2017.ic-01)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

O exercício do contraditório nos procedimentos cautelares

The exercise of the contradictory in previous procedures

Eugénia Maria de Moura Marinho da CUNHA^{1 2}

RESUMO: Este trabalho é constituído por um sumário, sete capítulos, uma conclusão e a bibliografia.

No **capítulo 1** é tratado o princípio do contraditório: origens, conteúdo, relevo e alcance histórico. No **capítulo 2** é abordada a evolução que o mesmo conheceu nos últimos tempos, passando o princípio do contraditório a ser visto como direito de influenciar a decisão, quer ao nível da alegação fáctica, quer ao da prova quer ao do direito. No **capítulo 3** são analisados os diversos procedimentos cautelares que existem em matéria cível. No **capítulo 4** são abordadas as restrições ao contraditório e tratado o exercício do mesmo nos referidos procedimentos, sendo abordados os casos em que há sempre contraditório, os em que nunca há e aqueles em que pode haver diferimento do mesmo. No **capítulo 5** é analisada a “*ratio*” da opção do legislador ao estabelecer quando há e quando não há contraditório nos procedimentos cautelares. No **capítulo 6** são tratados os critérios de referência para o legislador na preterição da regra do contraditório nos procedimentos cautelares. No **capítulo 7** é feita a análise das consequências da inobservância do princípio em estudo. Na **conclusão** elencam-se as principais ilações que se retiram do trabalho.

¹ Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito (Ciências jurídico-processuais) pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Juíza de Direito

² Estudo que serviu de base à Palestra realizada no dia 31 de Outubro de 2016, na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, no âmbito do Mestrado em Direito.

PALAVRAS CHAVE: Contraditório; resposta; defesa; influência na decisão; procedimentos cautelares

ABSTRACT: This work, is structured in a summary, seven chapters, a conclusion and a bibliography.

In chapter 1 the contradictory principle is developed and its origins, content, relevance and historical achievement. **In chapter 2**, the evolution of Law concept later analysis is approached, covering the right to influence the decision and materialization at the level of factual allegation, evidence and law. **In chapter 3** diverse precautionary procedures which exist at civil matters are analyzed. **In chapter 4** the restrictions and the contradictory materialization in previous procedures is described. . Whenever there is something contradictory, the same is analyzed, which happens in those in which there is no contradiction and in those in which there might be some doubts. **In chapter 5** the legislator's "ratio" option is analyzed when establishing whether there is or not contradiction precautionary procedures. **In chapter 6** reference criteria for the legislator are treated in the devaluation of the precautionary contradictory procedures rule. **In chapter 7** the undervalue consequences of the aimed principle are analyzed. In the conclusion, the main evidences from the work are depicted.

KEYWORDS: Contradictory; answer; defense; decision influence; previous procedures.

1. Princípio do contraditório: origens, conteúdo, relevo e alcance histórico

A consagração constitucional de garantias processuais e a crescente importância dos princípios gerais do processo civil iniciou-se no último pós guerra. As constituições dos vários Estados passaram a conter normas a eles alusivas e constitucionalistas e processualistas começaram a definir os princípios fundamentais da jurisdição e do processo e a desenvolver o sentido das normas constitucionais, conformando os códigos e as práticas da sua aplicação às constituições. Entre os princípios gerais do processo civil que

viram dignidade constitucional, por respeitarem a direitos tidos como fundamentais, conta-se o da equidade, nomeadamente nas vertentes da contrariedade e da igualdade de armas das partes.

O direito ao contraditório, que vamos analisar, é uma decorrência natural do princípio da igualdade das partes, presentemente consagrado no artigo 4º, do Código de Processo Civil, sendo deste diploma os preceitos citados sem outra referência.

Vimos assistindo a uma crescente tendência de substituição de um processo individualista, privatístico, por um mais voltado para valores de justiça e eficácia, passando o juiz a ser visto, não como um mero garante das regras do jogo honesto, mas, antes, empenhado na solução concreta do conflito, mais aberto na consideração das consequências das soluções, deixando-se às partes o direito a influenciar a decisão. A **garantia do contraditório** foi caminhando, de um **sentido restrito** (visto como direito de, ao longo de todo o processo, uma parte responder à posição tomada pela parte contrária) para um **sentido lato** (entendido como direito de as partes intervirem, ao longo de todo o processo, para influenciarem a decisão). Tal ficou a dever-se à nova visão, ser a colaboração das partes primordial para que o processo atinja plenamente o seu fim - **a justa composição do litígio** -, que melhor se alcança através de cooperação recíproca. O princípio do contraditório tem uma importância primordial no exercício da atividade jurisdicional, pois só com o conhecimento da posição de ambas as partes e com a sua colaboração, ao longo do processo, se pode almejar descobrir a verdade material e alcançar a justa composição do litígio.

O referido princípio, de reserva de ordem pública internacional, engloba em si duas garantias processuais de suma importância – a da igualdade das partes e a independência do julgador.

O princípio da igualdade (que pretende significar que todas as partes no processo têm os mesmos direitos e garantias quanto a oportunidades e condições processuais para a defesa das suas pretensões e definição e tutela do seu direito) visa assegurar às partes, ao longo de todo o processo, uma situação de efetiva paridade. Tal impõe, desde logo, a presença de ambas desde o início do processo, por tal forma que nenhuma decisão seja tomada sem que sejam, as duas, ouvidas.

O princípio do contraditório, corolário do princípio da igualdade das partes, na medida em que garante a igualdade das mesmas ao nível da possibilidade de pronúncia sobre os elementos suscetíveis de influenciar a decisão, “possui um conteúdo multifacetado: ele atribui à parte não só o direito ao conhecimento de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência e, portanto, um direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão, mas também um direito a conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas, ou seja, um direito de resposta”³.

Enquanto princípio de que resulta o direito de resposta, o mesmo enquadra-se no âmbito das garantias mínimas essenciais do processo, sendo a sua inclusão nos princípios processuais essenciais inderrogável e que se impõe, sempre, independentemente de estar ou não positivamente consagrado.

Tal princípio, enquanto garantia processual, encontra-se consagrado no art. 32º, nº 5, da CRP, estando inserido nos direitos, liberdades e garantias, e, embora se reporte literalmente ao processo criminal, é interpretado pela doutrina como tendo eficácia irradiante ao processo civil⁴.

Em consagração deste princípio processual, a lei confere a cada parte a possibilidade de controlar e contrariar a atividade da outra ao longo de todo o processo, e não apenas na fase dos articulados. Isto significa que não podem ser tomadas quaisquer providências contra uma pessoa sem que ela seja, previamente, ouvida.

O referido “direito de resposta consiste na faculdade, concedida a qualquer das partes, de responder a um acto processual (articulado, requerimento, alegação ou acto probatório) da contraparte”⁵.

Considera-se que o mesmo envolve a proibição da “indefesa” que é a privação ou limitação do direito de defesa do cidadão perante os órgãos judiciais do Estado onde se discutem questões suas⁶.

³ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª ed.. Lisboa, Lex, 2000, p. 53 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/10/98, processo 98A817, in www.dgsi.pt).

⁴ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Ed.. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 958-959.

⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 47.

⁶ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* (anotada), Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 164

Este princípio não se reporta a todo o processo em bloco mas antes, e de modo dialético, a cada questão concretamente suscitada por uma das partes.

Anteriormente o mesmo era visto com um **sentido restrito** - imposição de, uma vez formulado um pedido, tomada uma posição sobre uma determinada questão ou oferecida uma prova por uma parte, ter de ser dada à parte contrária a oportunidade de se pronunciar, antes de ser tomada qualquer decisão, possibilitando-se, assim, a fiscalização recíproca das afirmações e provas feitas pela contraparte, traduzindo-se o processo numa espécie “de um debate ou discussão entre as partes (“audiatur et altera pars”), em que cada uma das partes é chamada a deduzir as suas razões (de facto e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discretar sobre o valor e resultados de umas e outras”⁷.

2. Evolução que conheceu - princípio do contraditório como direito de influenciar a decisão

No contexto de uma conceção liberal do processo civil (em que ao juiz era atribuído um papel passivo de mero árbitro regulador da atividade das partes), o princípio do contraditório, que implicava, apenas, o direito ao conhecimento e pronúncia sobre todos os elementos suscetíveis de influenciar a decisão carreados para o processo pela outra parte (imposto pelo princípio da igualdade das partes), tinha somente a referida dimensão restrita, a que Lucinda D. Dias da Silva chamou de “**contraditório horizontal**”⁸ por respeitar ao exercício do direito de pronúncia das partes, as quais se encontram posicionadas ao mesmo nível, em posição de paridade, e para assegurar a igualdade de ambas.

A cada sujeito processual competia uma função específica e diversa da do outro, que era individual e estanquamente exercida. Às partes cabia a iniciativa processual para ser dado início à lide, trazer para o processo os

⁷ Cfr. ESTEVES, Herculano, *Noções elementares de Processo Civil/ Manuel A. Domingues de Andrade* (colab. Antunes Varela), (nova edição revista e atualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 379.

⁸ SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum, Princípio do Contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 45 e segs.

factos e as razões de direito que entendessem relevantes para a decisão da causa, apresentar a defesa e produzir a prova, que considerassem relevante, para os factos alegados. Após, ao juiz incumbia, com autonomia, aplicar o direito aos factos, proferindo a decisão.

Foram-se, porém, dando transformações culturais e políticas no sentido mais interventivo do Estado e que, a nível do exercício da função jurisdicional, também revelaram essa tendência, passando a ser vistos, na atividade jurisdicional, interesses de ordem pública. Embora continuando a iniciativa da ação no poder das partes, os termos do seu desenvolvimento e os seus resultados deixaram de ser tidos como indiferentes à entidade responsável pela administração da justiça - o Estado - passando ela a ter um papel mais ativo e interventivo com vista à adequada realização da justiça tendente a garantir, mais eficazmente, a paz social e segurança jurídica.

Para tanto, alterou-se atuação do juiz ao longo do processo e, sempre com vista a alcançar a verdade material, passou a privilegiar-se a **dialética** processual como forma de fazer progredir a atividade jurisdicional, eliminando-se entraves de carácter meramente formal e limitações decorrentes da subordinação da decisão ao resultado da atividade processual das partes. O juiz rasgou a veste de mero árbitro, no jogo das partes, e passou a adotar um papel mais interessado, interessante e ativo na busca da verdade absoluta. Abriram-se-lhe portas, surgindo o seu campo de intervenção mais alargado, passando a desenvolver esforços, conjuntos com os outros sujeitos processuais, tendentes a, de um modo concertado entre todos, lograr alcançar a base necessária a obter a segurança e a paz sociais. Concedeu-se ao juiz **poderes para suprir obstáculos de natureza formal** a impedir a realização da justa composição do litígio e **poderes de verdadeira iniciativa e gestão processual** para melhor conduzir o processo aos seus adequados fins. O juiz passou a poder influir em todos os elementos que integram a base da decisão – factos, prova e direito. E sempre que da sua atuação, agora alargada aos dois primeiros campos referidos, advenham alterações a nível da matéria de facto ou da prova, por imposição do princípio do contraditório, têm as partes de ser ouvidas, resultando, daí, uma maior abrangência daquele princípio.

Assim, as modificações culturais e políticas que ocorreram, e que se verificaram, também, no processo civil, no que concerne às funções do julgador, repercutiram-se no âmbito do princípio do contraditório, ampliando-o.

Tal ampliação deu-se a todos os níveis e não apenas ao nível dos factos e da prova que, como vimos se abriram ao poder de influência do juiz. Na verdade, também, e ao nível da base decisória, que antes cabia, de modo estanque, ao juiz, as próprias partes passaram a poder participar ativamente e de um modo mais amplo do que anteriormente se verificava. Tal alargamento passou a impor-se, desde logo, nas questões de direito oficiosamente suscitadas pelo juiz.

Traduzindo o desejo de um permanente diálogo entre os diversos intervenientes processuais “Na medida em que é concedida ao juiz a intervenção no plano dos factos e da prova, às partes é ampliado o domínio de intervenção no plano do direito, sendo que, no cômputo global, o exercício do contraditório pelas partes passa a dever poder incidir sobre qualquer elemento integrante da base de decisão, independentemente do sujeito que tenha estado na origem da sua proveniência”⁹.

Acresce, assim, ao princípio do contraditório clássico (horizontal) uma outra dimensão que “terá por objecto os elementos de decisão factuais, probatórios e jurídicos cuja relevância processual seja fruto da iniciativa oficiosa do juiz, pelo que o exercício do contraditório assume direcção vertical. As intervenções das partes assumem, por sua vez, sentido convergente e ascendente (...) **contraditório vertical**”¹⁰.

Trata-se, ainda, do exercício do contraditório na medida em que as partes continuam a exercer as suas atividades de, respetivamente, defesa e ataque uma relativamente à outra. Esta dimensão do contraditório (vertical) não decorre do princípio da igualdade das partes - o que acontece no contraditório horizontal - mas justifica-se e impõe-se pela necessidade de assegurar que ambas intervenham para influenciarem a decisão em todos os seus elementos.

O contraditório passa, assim, a ser visto como “o eixo de articulação entre as actividades desenvolvidas pelos diversos sujeitos processuais (...) aproveitamento de sinergias permitido pela comunidade de trabalho processual

⁹ *Ibidem*, pp. 66-67.

¹⁰ *Ibidem*.

e conducente a uma maior efectividade no alcance dos fins de que o processo é meio” analisando-se, hoje, “em duas coordenadas fundamentais: o contraditório horizontal (correspondente ao princípio do contraditório em sentido estrito ou clássico) e o contraditório vertical, dimensões que, em conjunto, conformam o princípio do contraditório em sentido amplo”¹¹.

Deste modo, existe **presentemente**, positivamente consagrada, uma conceção **mais ampla, mais lata** de tal princípio, a qual teve origem em garantia constitucional da República Federal Alemã, tendo a doutrina e jurisprudência começando a ligar ao princípio do contraditório ideias de **participação efetiva** das partes no desenvolvimento do litígio e de **influência** na decisão, passando o **processo visto como um sistema aberto de comunicações entre as partes e o Tribunal**.

Agora, o princípio do contraditório significa muito mais do que um jogo de ataque e defesa ao longo do qual o processo se desenvolve, sendo entendido como garantia do direito de influenciar a decisão, mediante a possibilidade de participação efetiva de ambas as partes em todos os elementos em que o litígio se manifesta - o plano da alegação de facto, o plano da prova e o plano do direito - que em qualquer fase do processo surjam como potencialmente relevantes para a decisão.

O **princípio do contraditório**, visto como **direito de influenciar a decisão**, é uma garantia de participação efetiva das partes no desenrolar de todo o litígio, mediante a possibilidade de as mesmas influenciarem em todos as dimensões - factos, provas e direito – a decisão, garantindo-se a ambas condições de igualdade¹².

O objetivo principal do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou de resistência à atuação da parte contrária, para passar a ser a influência positiva, construtiva e ativa na decisão, ou seja, passou a ser visto como o direito de intervir - com argumentos quer factuais, incluindo provas dos factos, quer os jurídicos - para provocar uma decisão favorável.

¹¹ *Ibidem*, pp. 68-69 e 83

¹² Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; Freitas, 2002, pp. 17-19 e *idem*, *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 107.

Deste modo, o princípio do contraditório passou a ter um **sentido amplo** que abarca quer o direito ao conhecimento e pronuncia sobre todos os elementos suscetíveis de influenciar a decisão carreados para o processo pela parte contrária (contraditório clássico ou horizontal) quer o direito de ambas as partes intervirem para influenciarem a decisão da causa, assim se evitando decisões surpresa (contraditório vertical).

A necessidade da contradição (materializada em inúmeras disposições ao longo do Código de Processo Civil, que a vêm, continuamente, lembrar e reforçar), está genericamente consagrada no **artigo 3º**, que, sob a epígrafe “**Necessidade do pedido e da contradição**”, presentemente, de modo abrangente e amplo, dispõe:

“1. O Tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4. Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final”.

O **direito à audiência prévia**, concretização do princípio do contraditório, vem, desde logo, consagrado na **parte final do nº1**, do referido artigo, ao estabelecer que a parte contra a qual foi proposta a ação deve ser chamada a deduzir oposição.

O nosso direito processual civil não quer decisões tomadas à revelia dos interessados. Apenas as admite, excepcionalmente, em situações muito precisas e só quando outros interesses, considerados superiores, o reclamam (v. **nº2**).

O direito de resposta consiste na faculdade, concedida por lei a qualquer das partes, de responder a um ato processual da contraparte. Decorre da consagração legal deste princípio que cada parte processual é convidada a trazer ao processo as suas razões de facto e de direito, a indicar as suas provas e a pronunciar-se sobre o valor e o resultado delas, revelando-se, desde logo, na possibilidade de contestação da ação, na audiência contraditória das provas e na necessidade de o tribunal dar conhecimento à parte dos resultados de um esclarecimento pedido à outra parte. E é o direito à audiência prévia que impõe cuidados na citação do réu (exigindo-se, até, que, em sede de revelia absoluta, isto é, no caso de o réu não deduzir oposição, não constituir mandatário nem se apresentar a intervir de qualquer forma no processo, o juiz verifique se a citação foi feita com as formalidades legais e a mande repetir, caso encontre irregularidades), a consagração dos casos em que se considera que há falta de citação ou que ela é nula, a possibilidade de interposição de recurso extraordinário de revisão contra sentença proferida em processo em que a citação tenha faltado ou em que seja nula e de oposição à execução com esse fundamento.

É jurisprudência do Tribunal Constitucional que a garantia, consagrada no art. 20º da Constituição da República Portuguesa, de acesso aos Tribunais envolve a de que “nenhuma prova deve ser aceite na audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada, pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade, ao sujeito processual contra o qual ela é dirigida, de a discutir, de a contestar e de a valorar”¹³. O princípio do contraditório impõe que a cada uma das partes seja dada a possibilidade de aduzir as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas, de controlar as provas do adversário e de discutir o valor e o resultado de umas e outras pois, como se decidiu nos Acs. nº 259/2000 do Tribunal Constitucional, de 2/5/2000 e nº47, 345 , DR, II, de 7/11/2000, “o processo de um estado de direito (processo civil incluído) tem de ser um processo equitativo e leal. E, por isso, nele, cada uma das partes tem de poder expor as suas razões (de facto e de direito) perante o Tribunal antes que este tome a sua decisão. É o direito de defesa, que as partes hão-de poder exercer

¹³ Cfr. Acórdão. nº 298/2005 do Tribunal Constitucional, de 7/6/2005: DR, II, de 28/7/2005, p. 10871

em condições de igualdade. Nisso se analisa, essencialmente, o princípio do contraditório, que vai ínsito no direito de acesso aos tribunais, consagrado no art. 20º da Constituição”¹⁴.

Assim, todas e cada uma das fases do processo civil - articulados, audiência prévia, proposição e produção de provas, julgamento, alegações de facto e de direito e ainda em fase de recurso - decorrem, em cada momento, segundo as absolutas regras da contraditoriedade, numa dialética de permanente diálogo entre as partes sob a direção do juiz¹⁵.

A 1ª parte, do nº3, do art. 3º, impõe ao juiz, de modo programático, o dever de observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, tendo a reforma acentuado a relevância concedida à garantia do contraditório na vertente de direito de resposta.

Os nºs 3 e 4, consagram o princípio do contraditório, o primeiro em geral e na vertente proibitiva da decisão – surpresa e o segundo no aspeto da alegação dos factos. O primeiro preceito, verdadeiramente inovador, veio ampliar o âmbito da regra do contraditório, trazendo para o nosso direito processual, a acrescer à conceção tradicional (entendida como garantia de uma discussão dialética entre as partes ao longo do desenvolvimento do processo), uma conceção mais alargada, visando-se **prevenir “decisões surpresa”**.

Tal sentido amplo do princípio do contraditório (que impõe que seja concedida às partes a possibilidade de, antes de proferida decisão, se pronunciarem sobre questões suscitadas oficiosamente pelo juiz em termos inovatórios, mesmo que apenas de direito), já há muito vinha sendo seguido pela jurisprudência constitucional no processo penal, devido às garantias de defesa do arguido. A referida conceção ampla do princípio do contraditório, também já há muito defendida pelo Professor Lebre de Freitas¹⁶ para o processo civil, traduz um direito à fiscalização recíproca ao longo do processo, visto como uma “garantia da **participação efectiva das partes no**

¹⁴ Cfr. Acórdão. nº 259/2000 do Tribunal Constitucional, de 2/5/2000 e nº47, 345 , DR, II, de 7/11/2000.

¹⁵ Cfr. neste sentido, GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil* Vol. I, 2ª ed. (1. Princípios Fundamentais 2. Fase Inicial da Processo Declarativo), Coimbra, Almedina, 1998a, p. 75.

¹⁶ Cfr. FREITAS, Lebre de, “Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, I, pp. 35-38.

desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (**factos, provas, questões de direito**) que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objecto da causa e que, em qualquer fase do processo, apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”¹⁷.

Esta vertente do contraditório, que surgiu no nosso direito processual como uma inovação, apresenta grandes potencialidades práticas em termos de cooperação, de lealdade recíproca dos vários intervenientes processuais e de eficácia das decisões judiciais que passam, sempre, a ser previstas pelas partes.

E, na medida em que garante a igualdade das partes (pela possibilidade de pronúncia e resposta) leva a que a solução do litígio seja a mais adequada e justa, logrando-se atingir num maior número de casos a verdade material e realizar os verdadeiros objetivos finais de que o processo é um mero instrumento para alcançar.

Ao **nível do direito**, o princípio do contraditório impõe que, antes de ser proferida a decisão final, seja facultada às partes a **discussão de todos os fundamentos de direito em que ela vá assentar**, sendo aquele princípio o instrumento destinado a evitar decisões surpresa¹⁸. A **proibição da decisão-surpresa** reporta-se às questões suscitadas oficiosamente pelo tribunal. O juiz que pretenda basear a sua decisão em questões não suscitadas pelas partes mas oficiosamente levantadas por si, sejam elas de mérito ou meramente processuais, deve, previamente, convidá-las as partes a sobre elas tomarem posição. Só pode não o fazer, conforme dispõe o n.º 3, do art. 3.º, em casos de manifesta desnecessidade. Com esta consagração legal quis-se impedir que as partes pudessem ser surpreendidas com soluções de direito com que não pudessem contar.

A proibição das decisões-surpresa não retira a liberdade e a independência ao julgador de subsumir, seleccionar, qualificar, interpretar e aplicar a norma jurídica que bem entender, aplicando o direito aos factos de modo totalmente autónomo. Impõe, apenas, que, quando surja uma questão

¹⁷ FREITAS, José Lebre de; Redinha, João; Pinto, Rui, *Código de Processo Civil (anotado)*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 8.

¹⁸ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 115 a 118.

“ex novo”, antes de decidir, faculte às partes a sua discussão. A regra do contraditório passou, assim, a abarcar a própria decisão de uma questão de direito, decisiva para o pleito, não pensada pelas partes, tendo de lhes ser dada a possibilidade de, previamente, a discutirem sendo que tal “entendimento amplo da regra do contraditório, afirmado pelo nº3, do art. 3º, não limita obviamente a liberdade subsuntiva ou de qualificação jurídica dos factos pelo juiz – tarefa em que continua a não estar sujeito às alegações das partes relativas à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (art. 664º); trata-se apenas e tão somente, de, previamente ao exercício de tal “liberdade subsuntiva” do julgador, dever este facultar às partes a dedução das razões que considerem pertinentes, perante um possível enquadramento ou qualificação jurídica do pleito, ou uma eventual ocorrência de excepções dilatórias, com que elas não tinham razoavelmente podido contar”¹⁹.

Não quis, pois, a lei excluir da decisão as subsunções que juridicamente são possíveis embora não tenham sido pedidas, antes estabeleceu que a concreta decisão a tomar tem de, previamente, ser prevista pelas partes, tendo, por isso, de lhes ser dada “*a priori*” possibilidade de se pronunciarem sobre o novo e possível enquadramento jurídico. A surpresa que se visa evitar não se prende com o sentido da decisão mas com a circunstância de se decidir uma questão não prevista. Visa-se evitar a surpresa de se decidir uma questão com que se não estava a contar. Esta solução legalmente consagrada, confere ao juiz possibilidade de uma maior ponderação, reduz os casos de absolvição da instância, pois, em regra, as excepções dilatórias são supríveis, e contribui para uma maior eficácia da decisão e satisfação das partes, que, de modo mais célere, vêm resolvidos os seus litígios.

Com o nº 3, onde se consagrou o direito a exprimir posição para influenciar a decisão, pretendeu-se uma maior eficácia do sistema, colocando, com maior utilidade prática, a contraditoriedade ao serviço da boa administração da justiça, reforçando-se a **colaboração e o contributo das partes** com vista à melhor satisfação dos seus próprios interesses e à justa composição dos litígios.

¹⁹ REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 32.

Nenhuma decisão deve, pois, ser tomada sem que previamente tenha sido dada efetiva possibilidade ao sujeito processual contra quem é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar, possibilitando-se-lhe, assim, influir ativamente na construção da decisão²⁰.

Uma determinada questão, seja relativa ao mérito da causa seja meramente adjetiva, não pode ser decidida, quer em primeira instância, quer em via de recurso, com um fundamento jurídico diverso, até então omitido nos autos e não ponderado pelas partes sem que, antes, as mesmas sejam convidadas a sobre ela se pronunciarem²¹.

O **momento processual adequado** para o juiz fazer atuar a regra do contraditório com vista a evitar uma decisão-surpresa é o da audiência prévia, caso o processo reúna os elementos necessários à apreciação imediata de exceções dilatórias ou do mérito da causa, se o não tiver já efetuado em momento anterior, designadamente em despacho pré-saneador, o que pode fazer ao abrigo dos seus poderes de gestão processual²². Fora desses casos, se o juiz, durante a audiência de julgamento, se aperceber da existência de uma exceção dilatória de conhecimento oficioso, ou da possibilidade de ter de vir a realizar uma substancial convolação jurídica relativamente ao enquadramento de direito dado pelas partes deve suscitar tal questão, de imediato, convidando as partes a pronunciarem-se sobre ela nas alegações finais. Caso só se aperceba da “possível e inovatória ‘razão de direito’ em momento ulterior ao encerramento dos debates, deverá necessariamente – sob pena de nulidade – sobrestar na decisão, confrontando as partes com a possível existência da exceção dilatória ou com a possibilidade de se vir a operar a ‘surpreendente’ convolação jurídica, convidando-as a deduzir sobre tal matéria as razões ou argumentos jurídicos que considerem pertinentes – e só depois proferindo decisão”²³.

Como a dita audiência das partes sobre a questão jurídica nova, realizada nesta fase processual tardia, acarreta prejuízos em termos de celeridade

²⁰ Cfr. Acórdão do STJ de 04/05/99, processo nº 99057, www.dgsi.pt.

²¹ Cfr, neste sentido Acórdão do STJ de 15/10/2002, processo nº 02A2478, www.dgsi.pt, Acórdão da RL de 11/03/2008, processo nº 2051/2008-7, www.dgsi.pt, , Acórdão da RL de 21/05/2009, processo nº 1490/04.8TBPD.L1-6, www.dgsi.pt, e Acórdão da RP de 10/01/2008, processo 0736877, www.dgsi.pt.

²² Cfr. arts 590º e 6º, do Código de Processo civil, respetivamente com as epígrafes “Gestão inicial do processo” e “Dever de gestão processual” .

²³ REGO, *ibidem*, pp. 32-33.

processual, a referida disposição legal limitou-a aos casos em que a considerou justificada, dispensando-a nos casos de “manifesta desnecessidade” isto é “quando – nomeadamente por se tratar de questões simples e incontroversas – tal audiência se configure como verdadeiro ‘acto inútil’(...) só deverá ter lugar quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela”²⁴.

Em nossa opinião, e concordando inteiramente com o ilustre autor anteriormente referido, não se pode, sob pena de se subverter o espírito da norma em causa, generalizar a audiência complementar das partes de modo a considerar que toda e qualquer alteração do enquadramento jurídico dado por elas às suas pretensões impõe tal audiência. O dever de audiência prévia só existe quando estiverem em causa factos ou questões de direito suscetíveis de virem a integrar a **base de decisão**. E não é uma qualquer divergência pontual e incontroversa da qualificação jurídica que impõe a audiência das partes, a qual apenas deve ter lugar em situações de **substancial convolação jurídica**.

Assim, o exercício do contraditório só é justificável se puder gerar o efeito que com ele se pretende – permitir que a pronúncia das partes possa influenciar a decisão do Tribunal – pois, de outro modo, será inútil, tendo tal juízo de ser aferido em termos objetivos, isto é, de ser ou não absolutamente líquida a questão em termos de jurisprudência e doutrina.

E entendemos, também, que “a negligência da parte interessada que, v.g. omite quaisquer ‘razões de direito’, alega frouxamente, situando de forma truncada e insuficiente o óbvio enquadramento jurídico da sua pretensão ou deixa escapar questões jurídicas clara e inquestionavelmente decorrentes dos autos, não merece naturalmente tutela, em termos de obrigar o tribunal – movendo-se, no momento da decisão, dentro dos próprios institutos jurídicos em que as partes no essencial haviam situado as suas pretensões – a, sob pena de nulidade, realizar uma audiência não compreendida no normal fluir da causa”²⁵.

²⁴ *Ibidem*, p. 33.

²⁵ *Ibidem*, pp. 33-34.

Assim, como refere o professor Lebre de Freitas, in ob cit., que vimos a seguir de perto, o princípio do contraditório materializa-se em todas as fases do processo - quer ao nível dos factos, quer da prova, quer do direito - tendo as partes direito a, de modo participante e ativo, influenciar a decisão, tentando convencer o julgador do acerto da sua posição, o que tem suma importância, pois que da discussão nasce a luz.

3. Procedimentos cautelares, em matéria cível

Procedimentos cautelares são instrumentos processuais destinados à obtenção de uma providência ou medida para acautelar a eficácia de uma decisão judicial. São a vertente adjetiva das medidas cautelares, conjunto de atos processuais tendentes à obtenção da pretensão de direito material deduzida, sendo esta a providência (pedido) que é solicitada para acautelar o direito material a definir na ação principal.

Destinam-se a garantir a utilidade prática da ação principal. São garantia do direito à efetiva tutela jurisdicional, que se visa obter com o processo principal, evitando danos, que possam advir da demora, para o efeito útil da ação. São, pois, instrumentos de eficácia do processo principal. Recorre-se às providências cautelares quando a regulação dos interesses não pode aguardar pela decisão definitiva, sendo necessária, para assegurar a utilidade da decisão final e a efetividade da tutela jurisdicional, uma composição provisória do litígio, que vai acautelar a situação até à decisão definitiva.

O processo cautelar é o instrumento de preservação do fim do processo – tutela jurisdicional do caso concreto. É “...na expressiva síntese de CALAMANDREI, “garantia da garantia”, caracterizando-se a sua natureza por uma dupla instrumentalidade”, tendo por fim a proteção da garantia, isto é, através da sua garantia, do seu fruto (a providência cautelar), garantir a produção do efeito útil final – a decisão da ação principal²⁶.

Permite assegurar a validade e eficácia da decisão através da adoção de medidas (providências) que atuam ao nível da realidade prática por forma a

²⁶ SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum, Princípio do Contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 113.

preservar, acautelar, o efeito útil a produzir pela ação principal. A decisão cautelar não traduz, em regra²⁷, uma antecipação da decisão principal (embora casualmente possa, conduzir à produção de alguns dos efeitos próprios desta). Antes tem uma natureza preventiva, pois visa acautelar e prevenir que, no período que decorre entre o momento em que a providência é proposta e aquele em que a decisão da ação principal produz efeitos, não ocorra situação que inviabilize a utilidade da mesma.

Destinam-se a tutelar o efeito da ação, a assegurar o direito à efetiva tutela jurisdicional, isto é, a garantir o **efeito útil** da ação principal que vai regular definitivamente o direito.

Com a reforma do Código de Processo Civil e a introdução da inversão do contencioso, o processo cautelar deixou de ser, instrumental e provisório uma vez que permite que se forme a convicção sobre a existência do direito apta a resolver, de modo definitivo, o litígio, verificados os pressupostos legalmente previstos.

A reger os procedimentos cautelares temos o princípio da legalidade.

O Código de Processo Civil, no Título IV, define os pressupostos de cada uma dessas medidas cautelares e regula a respetiva tramitação processual, consagrando:

1 – no Capítulo I - arts 362º a 376º - o “procedimento cautelar comum”, de âmbito residual;

2 - no Capítulo II os “procedimentos cautelares especificados”, no qual figuram: na **Secção I a Restituição provisória de posse** (arts 377º a 379º), na **Secção II a Suspensão de deliberações sociais** (arts 380º a 383º), na **Secção III os alimentos provisórios** (arts 384º a 387º), na **Secção IV o Arbitramento de reparação provisória** (arts 388º a 390º), na **Secção V o arresto** (arts 391º a 396º), na **Secção VI o Embargo de Obra Nova** (arts 397º a 402º) e na **Secção VII o arrolamento** (arts 403º a 409º).

Para além dos referidos procedimentos cautelares, prevenidos no Código de Processo Civil, há, ainda, no âmbito do direito privado, os seguintes regulados em **legislação avulsa**:

²⁷ Cfr, contudo, o art. 369º, do Código de Processo Civil, com a epígrafe “**Inversão do contencioso**”

- **a apreensão de veículo automóvel**, regulada nos artigos 15º a 22º do Dec. Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro;

- **a entrega judicial** na locação financeira, regulada no art. 21º do Decreto Lei nº 149/95, de 24 de Junho, alterado pelo Decreto Lei nº 265/97, de 2 de Outubro e pelo Decreto Lei nº30/2008, de 25 de Fevereiro;

- **a suspensão de exibição de obra**, consagrada no artigo 209º do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo DL nº63/85, de 14/3, e suas subsequentes alterações;

- **proibição provisória de cláusulas contratuais gerais**, consagrado no artigo 31º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25/10, e suas alterações);

- **providências relativas a ilícitos previstos no Código da Propriedade Industrial**, consagrado no artigo 339º do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL nº 36/2003, de 5/3.

Vejamos, sinteticamente, em que se traduz cada um dos ditos procedimentos.

3.1. Os consagrados no Código de Processo Civil

3.1.1. Procedimento cautelar comum

O **procedimento cautelar comum** tem quatro requisitos principais e um secundário, sendo os principais:

1º - Não estar a providência a obter abrangida por qualquer procedimento cautelar especificado, acima referido (nº 3, do art. 362º), sendo este procedimento destinado a fazer face a situações de “*periculum in mora*” não especialmente acauteladas através dos procedimentos cautelares especificados na lei (prevenidas no Capítulo II ou em legislação avulsa), sendo uma “verdadeira ação cautelar geral”;

2º - A existência de um direito (contentando-se a lei com a emissão de um juízo de probabilidade ou verosimilhança, mas exigindo que tal probabilidade seja forte pois consagra (nº 1, do art. 368º) que “a providência é

decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito...”
(*fumus boni iuris*);

3º - O atual e fundado ou sério receio de que esse direito sofra lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*) - (nº 1, do art. 362º e nº 1 do art. 368º);

4º - A adequação da providência solicitada para evitar a lesão e assegurar a efetividade do direito ameaçado (parte final do nº 1, do art. 362º).

O requisito secundário consiste em não resultar da providência prejuízo consideravelmente superior ao dano que ela visa evitar, pois, conforme estabelece o nº 2, do art. 368º, a providência deve ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.

Dentro dos procedimentos cautelares regulados no Código de Processo Civil, as providências cautelares não especificadas surgem como um procedimento cautelar subsidiário, só aplicável quando o caso se não subsumir a qualquer outro dos referidos. Só pode recorrer-se ao procedimento cautelar comum quando a situação de “*periculum in mora*” não esteja especialmente tutelada por medida prevista nos procedimentos cautelares típicos nem por medida prevista em legislação avulsa. A subsidiariedade pressupõe que não haja nenhuma providência nominada que abstratamente seja aplicável²⁸. Consagra-se “a vigência de uma “cláusula geral” em sede de justiça cautelar, implicando a atribuição às partes de um poder genérico de requerer as medidas cautelares mais adequadas à garantia da efectividade de todo e qualquer direito ameaçado, com o conseqüente poder-dever do juiz de decretar a providência concretamente mais adequada à prevenção do risco de lesão invocado”²⁹.

Nos termos do nº 1, do art. 376º, as referidas disposições, constantes do Capítulo I, “...são aplicáveis aos procedimentos cautelares regulados no Capítulo subsequente, em tudo quanto nela se não encontre especialmente prevenido”. O referido preceito estabelece a aplicabilidade subsidiária das regras gerais e da tramitação do procedimento cautelar comum a todas as providências especificadas na lei, servindo a tramitação do procedimento

²⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8/04/97, processo 96A940, in www.dgsi.pt.

²⁹ REGO, *ibidem*, p. 341.

cautelar comum de paradigma a todos os restantes procedimentos cautelares, pois que se lhes aplica em tudo quanto neles se não encontrar especialmente regulado. O Código de Processo Civil condensa no procedimento cautelar comum os princípios e regras a aplicar a todos os procedimentos cautelares.

3.1.2. Restituição provisória de posse

A **restituição provisória da posse** é uma providência de regulação que nos termos do art. 377º permite que, no caso de esbulho violento, o possuidor possa pedir que seja restituído provisoriamente à sua posse, alegando os factos que constituem “a posse, o esbulho e a violência”. São requisitos desta providência cautelar:

1º - que o requerente tenha a posse da coisa objeto do procedimento cautelar;

2º - que tenha sido esbulhado do exercício dessa posse;

3º - que o esbulho tenha sido levado a cabo por meio de violência, podendo esta ser física ou psicológica e exercida sobre pessoas ou coisas.

Constitui um meio de defesa da posse, previsto no art. 1279º do CC, ao dispor do possuidor, contra atos de esbulho violento, que garante, de modo célere e eficaz, a reconstituição da situação anterior, facultando ao lesado a devolução da posse e impedindo a persistência da situação e o agravamento dos danos.

3.1.3. Suspensão de deliberações sociais

A **suspensão das deliberações sociais** é uma providência de regulação, com efeitos constitutivos e condenatórios. Constitui uma providência que permite antecipar efeitos derivados da sentença declarativa da nulidade ou da anulação, obstando à execução de uma deliberação inválida que poderia ter efeitos negativos na esfera do sócio ou da pessoa coletiva.

A suspensão de deliberações sociais tem como requisitos: que a deliberação social (de uma associação ou sociedade) seja ilegal, por contrária à lei geral ou por violar os estatutos ou o pacto social (lei especial da

sociedade), e que da sua execução possa resultar um dano apreciável, tendo o requerente de provar, também, a sua qualidade de sócio³⁰.

3.1.4. Alimentos provisórios

A providência de **alimentos provisórios** é uma providência de antecipação, pois o efeito dela resultante corresponde à antecipada (embora transitória) produção dos efeitos a produzir na ação principal.

Pode ser requerida como dependência da ação em que seja pedida uma prestação de alimentos definitivos (art. 2007º do CC), podendo sê-lo pelo investigante da maternidade, verificados determinados pressupostos (art. 1821º do CC), pelo arrestado (art. 393º, nº 3) e, genericamente, pelo autor da ação em que, principal ou acessoriamente, se peça a prestação de alimentos (art. 384º). A obrigação de alimentos tem origem noutras normas legais, emergindo de certos laços familiares existentes entre duas pessoas. Os alimentos provisórios são fixados numa quantia mensal (art. 384º) tomando em consideração o que for estritamente necessário para o sustento, a habitação e o vestuário do requerente.

3.1.5. Arbitramento de reparação provisória

A providência de **arbitramento de reparação provisória** é, tal como a anteriormente referida, uma providência de antecipação³¹. Abrange os casos em que se trata de reparar provisoriamente o dano decorrente de morte ou lesão corporal (nº 1, do art.388º) mas também aqueles em que a pretensão indemnizatória se funde em dano suscetível de pôr seriamente em causa o sustento ou a habitação do lesado (nº 4).

São requisitos de procedência da providência do arbitramento de reparação provisória:

- 1º - a existência duma situação de necessidade;

³⁰ Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 17/12/2008, Processo 0825051, in www.dgsi.net

³¹ Cfr.. art. 565º do CC

2º - que essa situação de necessidade seja consequência dos danos sofridos;

3º - que esteja indiciada a obrigação do requerido de indemnizar esses danos³².

Estamos perante “uma providência com repercussão na tutela eficaz de direitos subjectivos, na medida em que, além de assegurar aos interessados a antecipação dos efeitos da sentença, também constitui um forte instrumento ao serviço da celeridade processual no que concerne ao exercício dos direitos de crédito visados”³³.

O procedimento cautelar de alimentos provisórios aplica-se subsidiariamente ao de arbitramento de reparação provisória (nº1, do art. 389º), sendo, também este, justificado pela necessidade de garantir a atribuição imediata ao credor de um determinado quantitativo periódico, protegendo-o dos efeitos inerentes à demora da decisão da ação definitiva. O montante de reparação provisória é fixado equitativamente e é descontado ao montante indemnizatório que vier a ser atribuído na ação principal.

3.1.6. Arresto

O **arresto** é uma providência de garantia pois constitui uma forma de assegurar que a delonga da tramitação processual da ação não se irá refletir negativamente no efeito útil da mesma. No arresto, conforme estabelece o nº 1, do art. 391º, do CPC, que adjectiva o consagrado no nº 1, do art. 619º do CC, “O credor que tenha justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor”. O arresto consiste na apreensão judicial de bens do devedor ou de bens transmitidos por este a um terceiro – 391º, nº 2 e 392, nº 2 do CPC e 619º, nº 1 e 2 do CC. Constitui um importante meio de defesa de direitos de natureza creditícia, atentas a efetiva conservação da garantia patrimonial do credor que com ela se alcança.

³² Cfr. Acórdão. da Relação de Lisboa, de 10/11/1998, in *CJ*, 1998, 5º: 85

³³ GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Vol., 2ª ed. (6. Procedimento Cautelares Especificados), Coimbra, Almedina, 2003, p. 131.

O procedimento cautelar de arresto depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

1º - probabilidade da existência do crédito;

2º - justo ou fundado receio de perda da garantia patrimonial³⁴.

Pressupõe a alegação e prova (sumária) de factos suscetíveis de gerar perigo de se tornar difícil ou impossível a cobrança do crédito, assegurando-se com o arresto a sua efetiva execução.

3.1.7. Embargo de obra nova

O **embargo de obra nova** é uma providência de regulação que tem funções preventivas ou conservatórias pois através dela pretende-se obter a estabilização de uma situação de facto até que seja resolvido definitivamente o litígio na ação principal³⁵.

O embargo de obra nova pode ser judicial ou extrajudicial. No judicial é solicitado ao tribunal que a obra, trabalho ou serviço seja mandado suspender imediatamente³⁶. No extrajudicial o interessado faz diretamente o embargo por via extrajudicial, notificando, verbalmente, perante duas testemunhas, o dono da obra, ou, na sua falta, o encarregado ou quem o substituir para a não continuar, tendo, após isso, de requerer a ratificação judicial, dentro de cinco dias, sob pena de ficar sem efeito³⁷.

O embargo de obra nova pode ser requerido por quem se sentir ofendido no seu direito de propriedade ou noutro direito real ou pessoal de gozo ou posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço que lhe cause ou ameace causar prejuízo.

Conforme resulta do art. 397º, o embargo judicial e a ratificação do embargo extrajudicial da obra nova obedecem aos seguintes requisitos:

1º - que o requerente seja titular de um direito de propriedade, de qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou posse, entendendo-se que basta a aparência da existência do direito;

³⁴ Cfr Acórdão da Relação do Porto de 16/6/2009 processo 3994/08.4TBVNG-C.P1, in www.dgsi.net

³⁵ Cfr GERALDES, 2003, pp. 237-238

³⁶ Cfr nº1, do art. 397º

³⁷ Cfr nº2 e 3, do art. 397º

2º - que o requerente se julgue ofendido no seu direito em consequência de obra, trabalho ou serviço novo, exigindo o embargo que as obras ou trabalhos em realização já tenham ofendido o direito;

3º - que a obra, trabalho ou serviço novo cause ou ameace causar prejuízos ao requerente, entendendo-se que o mesmo se deve aferir em relação ao direito que legitima a intervenção do embargante: se houver lesão desse direito, deve entender-se que há o prejuízo a que a lei se refere³⁸.

3.1.8. Arrolamento

O **arrolamento** é uma providência de garantia, tem a finalidade garantir a realização de uma prestação e assegurar a sua execução, destinando-se a evitar o extravio ou a dissipação de bens, móveis ou imóveis ou de documentos que, para o efeito, são descritos, avaliados e depositados.

O arrolamento é uma medida de carácter conservatório que pode apresentar-se sob duas vertentes:

a) Como medida destinada a assegurar a manutenção de certos bens litigiosos, enquanto a titularidade do direito sobre eles estiver em discussão na ação principal;

b) Como medida destinada a garantir a persistência de documentos necessários para provar a titularidade do direito sobre as coisas arroladas.

Constituem fundamentos do arrolamento o perigo de extravio e dissipação ou ocultação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos e o justo receio do seu extravio, ocultação ou dissipação³⁹.

3.2. Os consagrados em legislação avulsa

3.2.1. Apreensão de veículo automóvel

A **apreensão de veículo automóvel** é uma providência de garantia, regulada nos artigos 15º a 22º, do Dec. Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro, com

³⁸ Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 17/5/2005: processo 484/05, in www.dgsi.net

³⁹ Ver neste sentido, Acórdão da Relação do Porto de 10/5/2004, JTRP00035957 e de 20/3/2001, processo 0120037, in www.dgsi.net

os seus fundamentos consagrados no nº 1, do referido art. 15º (v. nº 1, do art. 16º), constituindo uma providência cautelar destinada a impedir a utilização de veículos automóveis, a fim de garantir a sua preservação, perante a evidência de que a manutenção da situação ocasiona a sua desvalorização ou importa o perigo de inutilização, colocando em causa a eficácia da decisão final que venha a ser favorável ao credor no processo principal.

“A inserção da apreensão de veículos automóveis no leque das providências específicas, sujeita a uma regulamentação própria, caracterizada pela sua simplicidade, representou um avanço no campo da celeridade e da eficácia dos meios processuais capaz de impulsionar a efectiva satisfação de direitos de crédito relacionados com os veículos automóveis... sem grave prejuízo para os interesses do requerido...”⁴⁰, sendo que o que levou a que se afastasse a exigência da verificação do “periculum in mora” foi a especial natureza das relações subjacentes à mesma (venda com reserva de propriedade ou constituição de garantia hipotecária) bastando-se com a prova sumária do vencimento e incumprimento da obrigação hipotecária ou do incumprimento das obrigações emergentes do contrato de alienação com reserva de propriedade.

3.2.2. Entrega judicial

Ao procedimento cautelar de entrega judicial na locação financeira, consagrado em diploma avulso, aplicam-se as regras jurídico-processuais especialmente criadas para este procedimento específico – art. 21º do Dec. Lei nº 149/95, de 24/6 (alterado pelo Dec. Lei nº 265/97, de 2/10 e pelo Dec. Lei nº 30/2008, de 25/2).

Esta providência cautelar apenas tem lugar no âmbito dos contratos de locação financeira, que são aqueles em que há a cedência temporária de um bem adquirido ou construído por indicação do locatário e em que, findo o período do contrato, há lugar a opção de compra, mediante o pagamento de um valor residual acordado.

⁴⁰ GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Vol., 2ª ed. (6. Procedimento Cautelares Especificados), Coimbra, Almedina, 2003, pp. 296-297.

A providência cautelar de entrega judicial surgiu para acautelar situações de “*periculum in mora*” relacionadas com o incumprimento do locatário de obrigações emergentes do contrato de locação financeira, minorando-se os prejuízos económicos derivados de situações de imobilização de bens, tendo o legislador conferido ao credor a possibilidade de obter a satisfação antecipada dos efeitos que tendem a ser produzidos apenas pela sentença definitiva (efeito antecipatório da medida cautelar, pois apesar da sua natureza provisória, a providência acaba por, na prática, conduzir a resultados definitivos). O bem apreendido é entregue ao locador, que passa a ter poder dispor dele, cancelando-se, logo, o registo da locação financeira que tenha sido efetuado.

3.2.3. Suspensão de exibição de obra

A **suspensão de exibição de obra** é uma providência de regulação consagrada no artigo 209º do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo DL nº63/85, de 14/3, e suas subseqüentes alterações, que dispõe que, “sem prejuízo das providências cautelares previstas na lei de processo, pode o autor requerer das autoridades policiais e administrativas do lugar onde se verifique a violação do seu direito a imediata suspensão de representação, recitação, execução ou qualquer outra forma de exibição de obra protegida que se estejam realizando sem a devida autorização e, cumulativamente requerer a apreensão da totalidade das receitas”.

3.2.4. Proibição provisória de cláusulas contratuais gerais

A **proibição provisória de cláusulas contratuais gerais** é uma providência de regulação estabelecida no artigo 31º do Regime Jurídico das Clausulas Contratuais Gerais (DL nº 446/85, de 25/10, e suas alterações) que estipula que, “quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no presente diploma, podem as entidades referidas no artigo 26º, requerer provisoriamente a sua proibição” (nº1), seguindo a proibição provisória, “com as devidas adaptações, os termos fixados na lei processual para os procedimentos cautelares não especificados”.

3.2.5. Providências relativas a ilícitos previstos no Código da Propriedade Industrial

O artigo 339º do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL nº 36/2003, de 5/3, prescreve que “nos casos em que se verifique qualquer dos ilícitos previstos neste Código e sempre que a finalidade não seja, exclusivamente, a apreensão prevista no artigo seguinte, podem ser decretadas providências cautelares, nos termos em que o Código de Processo Civil o estabelece para o procedimento cautelar comum”.

*

Verifica-se, assim, que algumas providências visam garantir a realização de um direito (arresto, apreensão de veículo e arrolamento), outras destinam-se a regular provisoriamente uma situação até à composição definitiva da ação (restituição provisória da posse, embargo de obra nova, suspensão de deliberações sociais, suspensão de exibição de obra e proibição provisória de cláusulas contratuais gerais) e outras, ainda, visam antecipar a tutela jurisdicional pretendida até se averiguar, através de uma decisão definitiva, a situação jurídica (alimentos provisórios, arbitramento de reparação provisória e entrega judicial).

4. Restrições e exercício do contraditório nos procedimentos cautelares

O contraditório, consagrado no art. 3º com a referência a um **critério amplo**, comporta **exceções, as quais vêm**, genericamente, previstas no **nº 2**, que estabelece que só nos casos excepcionais previstos na lei podem ser tomadas providências contra determinada pessoa sem que ela seja, previamente, ouvida.

As **restrições** legais ao princípio do contraditório centram-se em matéria cautelar (sendo, no mais, raras), constando:

- do **art. 366º, nº 1**, nos casos excepcionais em que, no procedimento cautelar **comum** e **naqueles em que se aplicam as regras deste procedimento**, o requerido não é previamente ouvido;

- do **art. 378º**, referente ao procedimento cautelar de **restituição provisória de posse**, em que o esbulhador nunca é ouvido;

- do **art 393º, nº 1**, referente ao procedimento cautelar de **arresto**, em que o requerido nunca é ouvido;

- do **art. 16º, do DL nº 54/75, de 24/2**, em que na **apreensão de veículos automóveis** não há contraditório prévio;

- do **art, 366º, nº4**,, no caso de **inviabilidade de citação pessoal**, em que não há contraditório prévio do requerido em qualquer procedimento cautelar..

Tais exceções foram consagradas para os casos em que o legislador, ponderados os vários interesses em jogo, concluiu que deveria prevalecer o fator da eficácia como forma de prevenir prejuízos sérios, sendo impostas pela necessidade de atuar com urgência e, por vezes, sem que o requerido esteja a contar, prevendo restrições ao princípio do contraditório apenas nas situações em que considera mostrar-se necessário prevenir a violação do direito ou garantir o efeito útil da ação.

Sendo o contraditório, tal como foi definido, também, a **regra** nos procedimentos cautelares, o exercício do mesmo assume aí características específicas que se justificam e impõem pela especificidade que caracteriza dada um deles. As especificidades do contraditório no domínio da tutela cautelar são devidas:

- **à urgência**, impondo-se grande celeridade, pois que o fim visado com o procedimento exige que a decisão seja proferida num curto espaço de tempo (desde logo com dispensa de audiência prévia do requerido quando não seja viável a citação pessoal – cfr nº 4, do art. 366º);

- **à relação de dependência existente com a ação principal** (instrumentalidade do procedimento em relação à ação principal), pois ambos os processos estão intimamente relacionados, sendo que a produção do efeito útil da ação principal depende da eficácia da decisão do procedimento cautelar.

Sendo em matéria de procedimentos cautelares o regime regra, também, o contraditório prévio, consagra-se a possibilidade de, em casos

concretos e a título excecional, ser diferido o momento do exercício do contraditório. Na verdade, apenas se derroga, em casos excepcionais, a antecedência do contraditório relativamente à decisão a proferir, pois que embora a lei permita, em certos casos, que se não ouça, inicialmente, o requerido nunca autoriza que o processo prossiga sem que este seja ouvido.

Com efeito, a audiência prévia da pessoa contra quem tenha sido requerida uma providência não terá lugar quando a realização do direito do requerente possa ser posta em **perigo** em função do conhecimento da pretensão deduzida, mas o direito de defesa, ainda assim, vai ser exercido e é o logo que se mostre acautelado aquele perigo (com a decisão – da fase unilateral- e execução da providência). É, porém, exercido “**a posteriori**”, após o decretamento e execução da providência.

Ocorre, pois, nos procedimentos cautelares, flexibilidade quanto ao momento do exercício do contraditório, havendo casos em que:

- 1- há sempre contraditório prévio;**
- 2- nunca há contraditório prévio;**
- 3- há, como regra, contraditório prévio e o seu desrespeito depende de decisão judicial.**

4.1. Há sempre contraditório prévio

A regra é, como vimos (cfr. nº 1, do art. 3º), a obrigatoriedade de ouvir as razões do requerido antes de proferida decisão, sendo o mesmo citado para, querendo, deduzir oposição (contraditório prévio). E a obrigatoriedade de audição do requerido é reportada, não apenas ao momento imediatamente a seguir à entrada do procedimento em juízo, mas durante todo o desenrolar do mesmo, como em qualquer outro processo e com o conteúdo e sentido amplo analisado (a nível dos factos, provas e direito), relativamente a ambas as partes, incluindo a proibição de decisões surpresa.

Há, sempre, contraditório prévio na **suspensão de deliberações sociais**, nos **alimentos provisórios** e no **arbitramento de reparação provisória**.

4.1.1. Suspensão de deliberações sociais

Não existe diferimento do contraditório na **suspensão de deliberações sociais**, o que resulta de, neste procedimento cautelar, à citação se associar um efeito neutralizador automático dos riscos que possam advir para o efeito útil do procedimento cautelar – proibição de execução imediata da deliberação social (cfr. nº 3, do art. 381º).

Assim, a tutela transitória dos interesses do requerente é antecipada e, logo, automaticamente obtida com a citação.

4.1.2. Alimentos provisórios e arbitramento de reparação provisória

Nos **alimentos provisórios** e no **arbitramento de reparação provisória o contraditório prévio tem sempre lugar**, embora com a particularidade da especial aceleração consagrada no art. 385º, aplicável a este último procedimento por força do nº 1, do art. 389º, de não se aguardar pela apresentação da contestação, designando-se, imediatamente, a audiência de julgamento.

Nestes procedimentos, há uma maior condensação das fases processuais, exercendo-se o contraditório em audiência.

4.2. Há sempre diferimento do contraditório

Há procedimentos cautelares que, pela sua natureza, devem ser, sempre, decretados sem a audiência do requerido. **O legislador impôs que houvesse, sempre, ausência de audiência prévia** do requerido na **restituição provisória de posse**, no **arresto** e na **apreensão de veículo automóvel**. O diferimento do contraditório ocorre, nestes casos, por força de disposições legais imperativas. Neles, a **dispensa de audiência** da parte contrária **é imposta por lei** já que, pelas suas características, com a audiência prévia se corriam sérios riscos e o legislador procurou um ponto de equilíbrio entre o direito de ação e o direito de defesa.

Também, e relativamente a todos os procedimentos cautelares, a lei **dispensa** a audiência prévia sempre que ocorra a **inviabilidade da citação pessoal**. Não sendo possível a citação pessoal, o nº 4, do art. 366º, **veda-se** a possibilidade de citação edital, no âmbito dos procedimentos cautelares, dando prevalência à necessidade de célere apreciação sobre o princípio do contraditório prévio do requerido, pois a audiência de deste é suscetível de pôr

em risco o decretamento, em tempo útil, e, por isso, a eficácia da providência. Vigora, assim, como regra, o princípio de que a inviabilidade da citação pessoal deve conduzir, automaticamente, à exclusão da citação edital. Tal não significa que não devam ser desenvolvidos esforços no sentido de saber o paradeiro do requerido, com vista à realização da citação pessoal. O que se veda é a citação edital por, acarretando morosidade, não se compaginar com os procedimentos cautelares que impõem uma decisão célere.

4.2.1. Restituição Provisória de Posse

Na restituição provisória de posse, segundo dispõem os arts 1279º do CC e o 378º do CPC a decisão é proferida sem audiência do esbulhador. Neste procedimento cautelar é **automaticamente** vedada, adjetivamente pelo art. 378º, a audiência prévia do requerido.

O benefício do requerente de ser restituído à posse imediatamente, sem que o requerido seja ouvido e “antes de ser julgada procedente a acção, tem a sua justificação precisamente na violência cometida pelo esbulhador: é, por assim dizer, o castigo da violência”⁴¹.

No entender do referido autor, “a restituição provisória da posse não é rigorosamente uma providência cautelar. É, sem dúvida, uma providência preventiva e conservatória; mas não é uma providência cautelar, porque lhe falta a característica do *periculum in mora*.”

Para obter a restituição o requerente não precisa de alegar e provar que corre um risco, que a demora da decisão definitiva na acção possessória o expõe à ameaça de dano jurídico; basta ... que alegue e prove a posse, o esbulho e a violência. O benefício da providência é concedido, não em atenção a um perigo de dano eminente, mas como compensação da violência de que o possuidor foi vítima”⁴².

Estamos perante uma exceção ao princípio geral contido nos arts 3º, nº 1 e 415º em que a dispensa do contraditório, para além de favorecer uma mais rápida restituição da coisa esbulhada e, por isso, conforme aos interesses e vantagens de **celeridade** processual com vista à **eficácia e utilidade** da

⁴¹ REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado* vol. I, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 668.

⁴² *Ibidem*, p. 670.

providência, constitui, também, uma forma de reação contra a atuação violenta do requerido, constituindo, diferentemente do que se verifica nos restantes procedimentos cautelares, **uma sanção** para a violência usada pelo esbulhador, mas que se justifica (embora os procedimentos cautelares, em si, não tenham finalidades punitivas) por o que presidiu à escolha desta solução, por parte do legislador, terem sido interesses de eficácia e de celeridade.

No procedimento cautelar de restituição provisória de posse não tem de se verificar qualquer dos requisitos gerais de concessão de deferimento do contraditório (risco sério para o fim ou eficácia da providência). Nela o imposto de deferimento do contraditório é uma forma de reação contra a violência usada pelo requerido o que “se revela dissonante com a natureza dos fundamentos que, em geral, presidem à dispensa de audiência prévia do requerido.

Devendo, porém, a restrição da garantia processual essencial, em que o contraditório se traduz, ter lugar em situações em que tanto se afigure absolutamente necessário (o que não se verifica na hipótese em apreço, dado que seria possível punir, por outras vias, o recurso à violência), afigura-se-nos que o automático deferimento do contraditório não constituirá a sanção mais adequada”⁴³.

Como com o afastar do contraditório se potenciam maiores riscos de decisões injustas, tem o julgador de ser mais rigoroso e interventivo, surgindo a necessidade de o juiz ter uma atenção acrescida a eventuais falsas situações carecidas de proteção e a manobras do requerente, devendo utilizar, na decisão, um critério mais rigoroso e acionar o princípio do inquisitório, tendo em vista determinar a falta de condições de viabilidade da medida solicitada. Apesar de o dever de uso dos poderes inquisitórios não estar expressamente regulado no regime específico da restituição provisória, resulta do disposto no art. 367º, nº 1, supletivamente aplicável por força do nº 1, do 376º, que deve ser acionado pelo julgador⁴⁴.

Estando vedado, por lei, o contraditório prévio, depois de proferida decisão e de executada a mesma, é notificado o requerido que, como abaixo veremos, pode exercer o contraditório posterior à decisão - cfr. art. 372º aplicável ex vi referido nº 1, do art. 376º - podendo utilizar, no incidente de

⁴³ SILVA, Lucinda D. Dias da, *ibidem*, p. 172.

⁴⁴ Cfr., neste sentido, GERALDES, *ibidem*, pp. 52-53.

oposição, todos os meios de defesa a que poderia recorrer caso tivesse existido contraditório prévio. O direito de defesa é, então, exercido *a posteriori*, após a efetivação da providência decretada e, a partir daí, nenhuma restrição ao contraditório volta a existir, repondo-se plenamente o contraditório.

4.2.2. Arresto

O arresto é sempre decretado sem a audiência da parte contrária (cfr. art. 393º, nº 1). **A lei impede que o requerido seja ouvido** para salvaguardar a eficácia da atividade jurisdicional.

No arresto, o perigo para o efeito útil da medida cautelar resulta da própria conduta do requerido relativamente ao seu património, enquanto garantia geral das suas obrigações, presumindo o legislador, de modo inilidível, que a audiência do requerido é suscetível de criar um risco sério para a eficácia da providência. Daí o secretismo que envolve o arresto, ocultando-se a instauração do procedimento. Não se admite a intervenção do requerido, a não ser depois de notificado da concretização do arresto, nos termos do nº 6, do art. 366º. O arrestado não é ouvido antes de ser decretada a providência, mas, depois de a decisão ser proferida e de executado o arresto, tem direito de se lhe opor (cfr. art. 372º, aplicável *ex vi* nº1, do art. 376º, ambos do CPC), repondo-se o contraditório na sua plenitude.

Os meios de defesa só poderão ser utilizados após a notificação do arrestado, sendo essa mais uma materialização do contraditório, embora aqui, também, apenas posterior ao decretamento e execução da providência⁴⁵.

4.2.3. Apreensão de veículo automóvel

Como vimos, o legislador procedeu a uma regulamentação autónoma deste procedimento cautelar, em diploma avulso, sendo-lhe, por isso, aplicáveis as regras criadas especialmente para ele (artigos 15º a 22º, do Dec. Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro). As lacunas existentes devem ser resolvidas pelas regras gerais de interpretação e não através de recurso automático às normas previstas no Código de Processo Civil (já que no referido diploma legal não existe qualquer norma que importe tal remissão e, também, naquele código

⁴⁵ Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 7/7/1992 *CJ*, tomo IV, p. 235 e Geraldès, *ibidem*, p. 210.

não existe qualquer referência no sentido de que as regras dos procedimentos cautelares aí regulados se apliquem a procedimentos regulados em diplomas avulsos).

Decorre do DL nº 54/75 que a regra do **contraditório prévio**, também, é **afastada**, pois, uma vez comprovados os factos a que alude o nº 1, do art. 16º, normalmente por via documental, nos termos da parte final do referido preceito, “o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo”, tendo essa expressão o significado de ficar afastada a audiência do requerido. Pretendeu-se um procedimento cautelar simples, célere e eficaz, atentos os valores em jogo⁴⁶.

Porém, apesar de o referido diploma nada dizer, o contraditório tem de ser observado neste caso, como em todos os outros em que o contraditório prévio é afastado, após a execução da providência. Notificado da decisão, após executada a apreensão, é-lhe dada a possibilidade de a impugnar “*a posteriori*”. A impor esta solução temos, como vimos, para além de exigências de ordem constitucional, desde logo, o princípio geral do contraditório consagrado no art. 3º.

Por integração do regime jurídico com recurso a normas conexas constantes do CPC, é facultado ao requerido o uso dos meios de defesa que resultam genericamente do art. 372º (contraditório subsequente ao decretamento da providência).

Assim, notificado da decisão, depois de executada a apreensão, tem o requerido a possibilidade de recorrer “...nos termos gerais, quando a divergência respeite apenas à integração jurídica dos factos provados, ou de deduzir o incidente de oposição, quando, porventura, pretenda impugnar a matéria de facto considerada assente, de modo a conseguir a revogação da providência” alegando novos factos ou apresentando novas provas⁴⁷.

4.3. Pode haver diferimento do contraditório

No procedimento cautelar **comum**, nos restantes procedimentos especificados – **embargo de obra nova e arrolamento** – e na **entrega judicial na locação financeira**, a regra é o contraditório prévio, sendo legalmente autorizado o seu desrespeito, uma vez verificadas certas

⁴⁶ Cfr. GERALDES, *ibidem*, p. 309.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 314.

circunstâncias, o qual fica, porém, dependente de decisão judicial (fundamentada) nesse sentido. Para que possa ser proferida decisão de diferimento do contraditório é necessário que se constate que a audiência prévia do requerido é suscetível, com grande grau de probabilidade, de pôr em risco o fim ou a eficácia da providência cautelar.

4.3.1. Procedimento Cautelar comum

4.3.1.1. Regime regra - contraditório prévio - e possibilidade do seu afastamento

No procedimento cautelar comum, a **regra**, consagrada no art. 366º, é a de que o requerido **deve ser ouvido “ab initio”**. Tal artigo, com epígrafe “**Contraditório do requerido**”, dispõe no nº 1, que “o Tribunal ouvirá o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência”. Impõe-se ao tribunal pondere e emita um juízo sobre o “risco sério” de ouvir o requerido, tendo em vista “o fim ou a eficácia da providência”. E a regra é a de o tribunal ouvir as razões do requerido, sendo o mesmo citado para, querendo, deduzir oposição. Apenas “não o será quando a sua audiência puder esvaziar o objectivo ou os efeitos práticos da providência requerida (v.g., aumentando ou prolongando o dano durante um lapso maior de tempo), seja por motivos ligados à pessoa do requerido, seja por razões respeitantes ao objecto do litígio ...”⁴⁸.

Ouvindo o requerido antes de proferida a decisão, o mesmo pode contestar e indicar os meios de prova, obedecendo a oposição ao disposto no art. 293º. E, sendo apresentada oposição, ainda por imposição do princípio do contraditório, o requerente tem de ser notificado de tal articulado a fim de poder tomar conhecimento dos factos e das razões de direito que forem invocadas e, sendo o caso, tomar posição.

A audiência do requerido só não deve ter lugar quando o conhecimento da pretensão cautelar do requerente ou a demora da decisão a decretar da providência aumente, de modo “sério”, o perigo de lesão grave e de difícil reparação que com a providência se visa afastar.

⁴⁸ MARQUES, J. P. Remédio, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 120.

Assim, mesmo no campo dos procedimentos cautelares, impera a regra de que o tribunal deve assegurar, sempre, o cumprimento do contraditório, ouvindo o requerido previamente à decisão, só podendo não o fazer quando tenha elementos razoavelmente seguros que lhe permitam concluir que a audição do requerido pode colocar em risco sério o fim ou a eficácia da providência (permitindo a lei, nesse caso, que o contraditório se exerça depois do decretamento da providência), devendo ser proferido, nessa situação, despacho fundamentado a dispensar o contraditório prévio⁴⁹.

Na decisão a tomar, têm de ser analisados os factos alegados, ponderados os interesses de ambas as partes e observadas as vantagens e os inconvenientes derivados da audição do requerido. Se o juiz concluir pela verificação daquele risco, profere despacho onde fundamente as razões que o levam a adotar o **procedimento excepcional**. Caso não encontre elementos suficientemente fortes que desaconselhem a audição do requerido deve dar-lhe a possibilidade de se pronunciar.

“A observância do contraditório mesmo em sede dos procedimentos cautelares não deixa de constituir um elemento que potencia o melhor esclarecimento da questão litigiosa e permite maior certeza e segurança na decisão, uma vez que, como é natural, a parcialidade do requerente pode conduzir a que alegue apenas os factos que beneficiam a sua posição, carregando o quadro com as cores luminosas do seu direito e com as cores negras do “*periculum in mora*”.

A sua posição de parte interessada potencia a indicação de meios de prova que lhe são favoráveis e a ocultação dos restantes, com isso influenciando o julgador que, alheio ao litígio, e confrontado apenas com uma das versões, pode ser induzido, erroneamente, a decretar uma medida cautelar injusta, sem correspondência com a verdade material escondida por detrás de manobras maliciosas ou tendenciosas do requerente”⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30/04/96, *Coletânea de Jurisprudência* STJ, II, p. 46, de 02/06/98, processo 98A448 e de 1/7/97, processo 97A406, ambos in www.dgsi.net, da Relação de Lisboa de 12/07/2007, processo 4047/2007-4, de 01/04/2005, processo 3386/2005-8, ambos in www.dgsi.net, e de 17/2/1998, in *Boletim de Ministério da Justiça*, 474, pp. 540-541, da Relação de Coimbra de 14/11/2000 CJ, V, 2000, p. 10 e segs e da Relação do Porto de 18/01/2000, processo 9921259, in www.dgsi.net

⁵⁰ GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Vol., 3ª ed. (5. Procedimento Cautelar Comum), Coimbra, Almedina, 1998b, p. 160.

Assim, o juiz deve ouvir o requerido sempre que se convença de que a sua audição vem trazer mais segurança e justiça à decisão cautelar.

Conclui-se, assim, que a dispensa de audição do requerido pressupõe a verificação de três tipos de circunstâncias:

- 1 - a existência de risco para o efeito útil do procedimento cautelar;
- 2 - que esse risco seja sério;
- 3 - que o exercício imediato do contraditório seja suscetível de pôr em causa o fim ou a eficácia da providência.

Para que o procedimento deva seguir sem audição do requerido é necessário que exista um perigo ou **risco sério** para o fim ou a eficácia da providência, tendo o aumento de perigo de lesão de ser **objetivo e substancial**. Para ser afastado o contraditório não basta, pois, um mero temor ou receio não suficientemente concretizado em factos. É necessário que, objetivamente, resulte esse grau de risco - um risco sério - para o fim ou eficácia da providência, tendo tal risco de verificação de prejuízos resultantes da audição do requerido de resultar dos factos alegados no requerimento inicial, de modo que, face aos elementos constantes do processo e analisados à luz da experiência comum, se conclua pela desvantagem da sua audiência⁵¹.

Das referidas expressões “risco sério para o fim ou eficácia da providência” resulta que, para além de se atender aos efeitos jurídicos derivados do decretamento da providência, se deve atentar nos efeitos práticos, que dependem da **celeridade** e do **efeito surpresa** com que se tomem as medidas.

O juiz deve optar pela dispensa do contraditório, independentemente da iniciativa do requerente, se se convencer de que a audição do requerido coloca em perigo a utilidade ou a eficácia da providência, tendo o risco, de o contraditório provocar maiores danos ao requerido do que benefícios ao requerente, de ser sério. Deve afastar-se o contraditório prévio sempre que o seu imediato exercício seja suscetível de afetar o efeito útil do procedimento, mesmo que só para o diminuir.

Considera o autor acima referido, em nosso entender numa interpretação conforme ao espírito da lei, que, para avaliar o perigo que pode

⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 162.

emergir do exercício do contraditório, “pode o intérprete guiar-se pelo circunstancialismo que normalmente subjaz às providências de arresto e de restituição provisória da posse, de cuja análise empírica o legislador concluiu pela necessidade de se excluir a audição do requerido. Fazendo-o nesses casos, porque a experiência demonstrou que a audição do requerido era susceptível de prejudicar seriamente a eficácia das medidas. Será para situações semelhantes, mas que se enquadrem nos limites objectivos dessas duas providências, que se deve ocultar ao requerido a pendência do procedimento cautelar”⁵² (Geraldes, 1998b: 163).

“O diferimento do contraditório no processo cautelar comum caracteriza-se, assim, por quatro notas fundamentais: tem natureza eventual (não é uma circunstância omnipresente nos processos cautelares que seguem tal forma de processo cautelar), concreta, formal e fundamentada (formal porque pressupõe que haja lugar a uma decisão judicial nesse sentido, no concreto processo cautelar em que ocorre; decisão necessariamente fundamentada)” (Silva, 2009: 170).

4.3.1.2. Contraditório “*A Posteriori*”

O artigo 372º, que tem a epígrafe “**Contraditório subsequente ao decretamento da providência**” consagra, no nº 1, que “Quando o requerido não tiver sido ouvido antes do decretamento da providência, é-lhe lícito, em alternativa, na sequência da notificação prevista no nº 6, do art. 366º (que, também, por exigência do contraditório tem de ser pessoal):

- a) Recorrer, nos termos gerais, do despacho que a decretou...;
- b) Deduzir oposição, quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinar a sua redução...”.

Assim, ao constatar ter-lhe sido imposta uma decisão cautelar proferida sem contraditório, o requerido, caso pretenda que a decisão se não torne definitiva, tem de optar por um de dois meios de defesa: **recorrer da decisão** ou **deduzir oposição**, traduzindo, ambos, formas de viabilizar o contraditório.

⁵² *Ibidem*, p. 163.

Na verdade, a fase que se segue à referida notificação visa permitir o exercício do contraditório pelo requerido, devendo ser-lhe asseguradas, a partir daí, as mesmas garantias de que beneficiaria se não tivesse havido dispensa de audiência prévia, designadamente o contraditório vertical e a proibição de decisões surpresa.

O **recurso** é a via de impugnação da decisão que não traduz introdução de dados inovadores; não influencia na base em que ela assentou, apenas sendo revelada discordância relativamente ao próprio ato em si.

A **oposição** é o meio de defesa destinado a trazer para a lide **factos novos ou meios de prova não valorados pelo tribunal**, tendentes a afastar os fundamentos que levaram a que a providência fosse decretada ou a determinar a sua redução. Com este incidente, vem facultar-se ao requerido a possibilidade de, em momento posterior, deduzir a defesa que ficou privado de exercer, como vimos, por razões procedimentais e de celeridade (relacionadas com o fim e a eficácia da providência), no decurso do procedimento cautelar e antes da sua decisão (intercalar) influenciando o sentido da decisão (definitiva) do processo cautelar⁵³. Prevêem-se, como fundamentos únicos de dedução de oposição, a invocação de novos elementos de decisão – novos factos ou novos meios de prova - não anteriormente conhecidos e considerados pelo tribunal, e que tenham a potencialidade de, uma vez provados, levarem à alteração, pelo mesmo órgão judicial, da decisão, provocando o afastamento ou a redução da medida cautelar decretada “com base em novos elementos de prova ou em novos factos, que são agora carreados para os autos pelo oponente e com os quais o Tribunal antes não pôde contar. Ou seja, com a dedução da oposição o que se abre é uma nova fase processual, dominada pelo princípio do contraditório, em que se procura reequilibrar a posição de ambas as partes, dando possibilidade ao requerido, não ouvido anteriormente, de alegar factos e produzir meios de prova que não foram tomados em atenção aquando do deferimento da providência”⁵⁴.

Com a oposição pretende-se alterar a base da decisão e, através dessa modificação, alterar o próprio conteúdo da mesma. Possibilita-se, assim, que

⁵³ Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 15/7/2009, processo 822/08.4TJPRT-A.P1, in www.dgsi.net

⁵⁴ Acórdão da Relação do Porto, de 13/1/2009, processo 0827226, in www.dgsi.net

se reponha o contraditório, permitindo-se que o requerido influencie, em todos os seus elementos - factos, prova e direito -, a decisão definitiva (do procedimento) e relevante que surge a final, fruto da comparticipação inovadora de ambas as partes.

É a própria lei que, ao constatar mais falibilidade e maiores riscos de injustiça derivados da prolação de uma decisão cautelar sem a garantia do contraditório, ocorrendo, por isso, restrição da base decisória resultante da unilateralidade da pronúncia (apenas do requerente), ainda em sede de primeira instância, concede ao requerido a possibilidade de diligenciar pela **alteração** da decisão, desde que o mesmo se apresente a alegar novos factos ou a trazer meios de prova que sejam suscetíveis de afastar os fundamentos da medida decretada ou de determinar a sua redução. Com a participação da outra parte ao nível da alegação fáctica, ao nível da prova e ao da apresentação de argumentos de direito, maior garantia de uma decisão justa se alcança por nela serem ponderados os argumentos de ambas as partes. “A utilidade desta comparticipação, se é visível no tratamento da matéria de direito, alertando o juiz para a verificação ou não de determinados requisitos de ordem legal, mais se revela aquando da produção e valoração de meios de prova destinados à formação da convicção do juiz acerca dos pressupostos de facto de que depende o deferimento ou indeferimento da pretensão”⁵⁵.

À oposição, limitada, pelo art. 372º, nº 1, al. b), à alegação de **novos factos** ou à **apresentação de novos meios de prova**, segue-se, no cumprimento do contraditório, a notificação do requerente e - com aproveitamento (na medida em que não haja redução de garantias) da atividade probatória já, antes, produzida - a produção da nova prova, em audiência final, e a decisão final do procedimento cautelar que, então, surge como fruto da comparticipação de ambas as partes.

Distinguem-se, assim, nos procedimentos cautelares em que há diferimento da audiência do requerido duas fases distintas:

- **a fase unilateral**, só com o requerente, em que não há contraditório;
- **a fase bilateral**, com requerente e requerido, destinada a repor o contraditório, anulando a desigualdade das partes, “visando-se permitir a

⁵⁵ GERALDES, *ibidem*, p. 230.

concessão da inovadora possibilidade de pronúncia ..., não a repetição da actividade desenvolvida ou a realização de actividade passível de ter tido lugar na fase unilateral”⁵⁶.

Concluída a fase unilateral, com prolação da decisão, esgota-se o poder jurisdicional (tornando-se aquela definitiva se nada for feito pelo requerido), o qual, contudo, se renova se houver oposição para, então, ser proferida uma decisão final mais rigorosa, segura e justa, por fruto da participação das partes no processo.

4.3.2. Outros procedimentos especificados

Nos outros procedimentos cautelares especificados - **embargo de obra nova e arrolamento** – como não existem quaisquer normas especiais que se reportem ao momento do exercício do contraditório, segue-se o regime consagrado no **nº 1, do art. 366º**, cabendo ao juiz avaliar, face às circunstâncias concretas do caso e aos elementos objetivos revelados pelos autos, em que medida deve ou não ser respeitado o contraditório prévio, considerando os fatores consagrados no mencionado preceito, aplicável aos demais procedimentos cautelares especificados, por força e nos termos do nº 1, do art. 376º, que consagra a aplicabilidade subsidiária das regras do procedimento cautelar comum às providências nominadas.

4.3.3. Entrega judicial na locação financeira e restantes providências

Na providência de entrega judicial, tal como acontece no procedimento cautelar comum (art. 366º, nº 1), a regra é a **audição do requerido**, só se justificando a sua não audição quando haja uma situação de risco para o “fim” ou a “eficácia” da providência - cfr nº 3, do art. 21º do DL nº 149/95, de 24 de Junho. O mesmo acontece nas restantes providências acima referidas, consagradas em legislação avulsa, pois, como vimos, a respetiva regulamentação remete para os termos do procedimento cautelar comum.

É, pois, também aqui, excepcional o afastamento do contraditório “devendo o juiz ponderar não apenas os riscos que para a eficácia da

⁵⁶ SILVA, *ibidem*, p. 297.

apreensão possam resultar da audição do requerido, mas também as previsíveis consequências na esfera deste”⁵⁷.

Decidindo-se, por despacho fundamentado, dispensar o contraditório, só depois de proferida e executada a decisão se procede à notificação do requerido para exercer o direito de defesa – contraditório posterior – podendo o mesmo, então, deduzir o incidente de oposição ou recorrer de tal decisão, nos termos do art. 366º, nº 6 e 372º, aplicáveis *ex vi* nº 8, do art. 21º do DL nº 149/95, de 24 de Junho.

*

Pelo que se expôs, não se pode entender, nos procedimentos cautelares em que se legitima a prolação de uma decisão cautelar sem prévia audição do requerido, a ausência de contraditório prévio como violadora de qualquer princípio constitucional face aos relevantes valores que estão em jogo e que é necessário salvaguardar e atentos os pressupostos objetivos anteriormente referidos de que a lei faz depender o seu regime⁵⁸.

5. Ratio da opção do legislador no exercício do contraditório

O legislador quis o sacrifício do contraditório na **menor medida possível** e apenas nos casos em que expressamente contemplou essa possibilidade. O motivo que está na base da consagração, também em sede de procedimentos cautelares, do princípio do contraditório, como regra, funda-se no importante contributo que pode ser fornecido pela intervenção do requerido.

Nunca prescinde a lei, também nos procedimentos cautelares, da concessão ao requerido da possibilidade de exercer o contraditório, apenas optando por diferir, em alguns casos, como vimos, o **momento** em que tal exercício pode ocorrer. E deferi-lo implica o mais das vezes que, tendo sido já proferida decisão (no termo da fase unilateral), após reposto o contraditório se

⁵⁷ GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Vol., 2ª ed. (6. Procedimento Cautelares Especificados), Coimbra, Almedina, 2003, p. 327.

⁵⁸ Cfr. neste sentido, GERALDES, *ibidem*, p. 51, Acórdão. da Relação de Évora, de 26/9/96, CJ, tomo IV, pag 281, Acórdão do Tribunal Constitucional, de 2/11/99, D.R., II Série, de 20/3/00 e Acórdão do mesmo Tribunal publicado no D.R., II Série, de 4/5/02.

volte à fase de produção de provas, após a qual é proferida nova decisão (na fase bilateral).

Aquilo que justifica o afastamento da prévia audiência do requerido é pretender acautelar-se, de forma eficaz, situações suscetíveis de se enquadrarem num contexto de uma **especial** ou **anormal urgência**, quando tal audiência possa afetar o efeito útil do procedimento, sendo que toda a lei processual tem subjacente a ideia da salvaguarda do efeito útil, combatendo a prática de atos inúteis (cfr art. 130º).

Ora, aquela especialidade ou anormalidade pode resultar de uma **urgência atual**, presente, muito **acentuada** e, por isso, a reclamar medidas céleres e a tomar num prazo muito breve, ou resultar da **urgência** aparentemente normal mas **agravada** pela necessidade de se atuar sem que o requerido tenha conhecimento de que foi solicitada a medida cautelar em causa, por forma a evitar-se que este possa vir a criar a necessidade de proferir a decisão cautelar de modo extremamente célere, adveniente da prática de atos suscetíveis de levar a que não fosse, já, então, possível proferir uma decisão cautelar útil (traduzindo, assim, uma real **urgência futura**).

6. Critérios de referência para o julgador

Nos procedimentos cautelares, em que é reservado ao juiz o poder de (ponderando o contexto do caso concreto objeto do procedimento) decidir pela citação do requerido para exercício do contraditório prévio ou diferir esse contraditório, podem ser enunciados, quanto a tal, critérios a seguir pelo julgador. Para tanto cabe ponderar os critérios legais de referência, que apontam para o diferimento e que são:

1 - os consagrados na norma geral do nº1, do art. 366º - pôr a audiência do requerido, em “risco sério” o “fim ou a eficácia da providência” (isto é verificar-se um perigo de lesão objetivo e substancial);

2 - o que subjaz às providências de arresto e de restituição provisória de posse, que levou o legislador a concluir pela necessidade de excluir, nesses procedimentos cautelares, sempre, o contraditório prévio.

A enunciação de critérios de referência para o afastamento do contraditório prévio do requerido passa pelo apurar do que é suscetível de afetar o **efeito útil** do procedimento cautelar, sendo que o diferimento do contraditório apenas é permitido na medida do indispensável à preservação de tal efeito útil. Sempre que a audiência prévia do requerido seja suscetível de importar diminuição ou eliminação do efeito útil decorrente do procedimento cautelar, deve ser derogada tal audiência, para que se logre obter plenamente o fim útil que se tem em vista com o procedimento.

Assim, em situações de **urgência** particularmente **acentuada** (acrescida relativamente à normal urgência que já caracteriza os procedimentos cautelares) que traduzam necessidade de adotar e executar, de modo muito célere e num período de tempo muito curto (urgência presente), a medida cautelar requerida para que possa surtir o seu efeito útil, impõe-se que seja conferida tutela jurisdicional, com prolação de decisão (a qual é, contudo, transitória) e execução da mesma, diferindo-se para momento posterior a audiência do requerido. A razão determinante da dispensa de audiência prévia é, pois, neste caso, exigência de encurtamento da tramitação processual até à decisão cautelar e execução da mesma, imposta pela necessidade de acautelar imediatamente a própria situação a tutelar, com vista a que a providência cautelar realize cabalmente o seu **fim**.

Outra situação a reclamar e justificar o afastamento do contraditório prévio abarca os casos em que o perigo para o efeito útil do processo cautelar resulte do **conhecimento, pelo requerido**, de que foi instaurado procedimento cautelar, impondo que se atue sem que o mesmo esteja a contar, para que não possa desencadear atos suscetíveis de frustrar o efeito útil que o procedimento visa tutelar, criando uma urgência futura a que já se não consiga, em tempo útil, dar resposta, com o inerente desencadear do frustrar da eficácia da providência (havendo, neste caso, imperiosa necessidade de atribuição de carácter secreto ao procedimento).

No primeiro caso (de acentuada urgência de tutela da situação concreta internamente perspectivada), está em causa o próprio **fim** da providência e, no segundo caso (de necessidade de atuar com desconhecimento do requerido para obviar a uma urgência futura a que podia, posteriormente, não se conseguir dar resposta), está em causa a **eficácia** da providência a decretar.

A não observância do contraditório prévio é uma forma de assegurar o efeito útil da providência, sendo uma medida de natureza cautelar destinada a preservar a eficácia da decisão.

Encontramos subjacentes nas decisões judiciais que vão sendo tomadas linhas de raciocínio constantes que permitem extrair **critérios** passíveis de enunciação genérica quanto ao afastar do contraditório prévio pelo juiz, nos casos em que lhe é conferida a possibilidade de o fazer, no sentido de que o requerido não deve ser previamente ouvido:

- sempre que a sua audiência prévia ponha em **risco sério o fim** da providência e, assim, a **efetividade** do direito que o requerente pretende acautelar⁵⁹;

- sempre que, com ela, a providência possa **perder** a sua **real eficácia e utilidade**⁶⁰;

- sempre que haja o risco sério de se **frustrar o efeito prático** que concretamente se pretende atingir, isto é, quando o **conhecimento** da pretensão cautelar pelo requerido ou a **demora** no deferimento da providência resultante da observância da contraditoriedade, aumente o perigo da lesão grave e de difícil reparação que a providência visa evitar⁶¹.

Ao pretendermos colher, na jurisprudência, situações concretas a especificar o referido, encontramos sempre presente o princípio de que é prioritária a observância do contraditório nas providências cautelares, constituindo a não audiência exceção que só deve ocorrer quando, em concreto, se afigure ao julgador real e sério o risco de, com ela, se frustrar o fim ou a eficácia da providência⁶², e tal, nesses casos, compreende-se “ porque a audiência retarda o decretamento da providência, potencia o *periculum in mora*, eliminando a audiência o efeito surpresa da medida, bem podendo o requerido, nesse interim, agir por forma a inutilizar todo o interesse da medida cautelar”⁶³.

⁵⁹ Cfr. Acórdão do STJ de 20/10/98: processo 98A680, in www.dgsi.pt

⁶⁰ Cfr. Acórdãos do STJ de 14/01/99: processo 99A522, e da RL de 01/04/2005: processo 3386/2005-8, ambos in www.dgsi.pt e Acórdão da Relação de Lisboa, de 18/4/1996, CJ 1996, 2º, pag 99.

⁶¹ Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra de 2/10/2007: processo 554/04, in www.dgsi.pt e Acórdão. do Supremo Tribunal de Justiça de 22/11/1963, in *BMJ*, 131, p. 328.

⁶² Cfr., designadamente, Acórdão da Relação do Porto, de 14/12/2000, CJ, 2000, 5º, p. 215.

⁶³ Acórdão da Relação de Coimbra de 4/12/2007: processo 1783/07.2TBCBR.C1, in www.dgsi.pt

7. Inobservância

A inobservância do contraditório constitui uma omissão grave, representando uma **nulidade processual** sempre que tal omissão seja suscetível de influir no exame ou na decisão da causa.

Sendo decorrência do referido princípio a proibição de decisões-surpresa, isto é, decisões baseadas em fundamento não previamente considerado pelas partes, tais decisões, a serem proferidas, incluem-se nas referidas nulidades.

A não observância do contraditório, no sentido de se conceder às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre a questão a conhecer, na medida em que possa influir no exame ou decisão da causa, constitui uma nulidade processual, nos termos do art. 195^o, que tem de ser arguida de acordo com a regra geral prevista no art. 199^{o64}.

Apenas se não verifica a referida necessidade de arguição no caso consagrado no art. 566^o, que, em sede de **revelia absoluta** e faltando ou sendo nula a citação do réu, estabelece que o tribunal intervém, anulando-a oficiosamente e mandando-a repetir, quando encontre irregularidades e apure ter havido preterição de formalidade legal.

A omissão da audiência prévia do requerido, nos procedimentos cautelares, quando a audição não seja suscetível de pôr em risco sério o fim ou a eficácia da providência, implica a nulidade do ato⁶⁵.

Também constitui nulidade processual prevista nos arts 187^o, al. a) e 195^o, n^o 1, parte final, a falta de despacho expresso e fundamentado a afastar a prévia audição do requerido ao abrigo do n^o 1, do art. 366^o, quando se opte por não o ouvir antes de decretada a providência, dada a situação excecional que se verifica, ao decidir-se afastar a regra de que o requerido deve ser previamente ouvido⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. Acórdãos. do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/1/2005: processo 04B4031, in www.dgsi.pt e Acórdão da Relação de Évora, de 1/4/2004: processo 2737/03-2, in www.dgsi.pt e Acórdão da Relação do Porto de 10/01/2008, processo n^o 0736877, in www.dgsi.pt

⁶⁵ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/02/90: processo 079739, in www.dgsi.pt.

⁶⁶ Cfr. Acórdãos. do STJ, de 15/11/90, processo 079739, de 1/10/96, processo 97A406, de 29/4/98, processo 98B132, todos in www.dgsi.pt. e de 29/4/1998: *BMJ* 476, 335, da RL, de 17/2/1998: *BMJ*, 474, 540 e de 01/04/2005, processo 3386/2005-8, in www.dgsi.pt, da RC, de 18/5/1999: *BMJ* 487, 371 e de 4/12/2007: processo 1783/07.2TBCBR.C1, in www.dgsi.pt

Incluindo-se a violação do princípio do contraditório na cláusula geral sobre as nulidades processuais constantes do art. 195º, nº 1, não constituindo nulidade de que o tribunal conheça oficiosamente, a mesma tem-se por sanada se não for invocada pelo interessado no prazo de 10 dias após a respetiva intervenção em algum ato praticado no processo - arts 197º, nº 1 e 199º, nº 1⁶⁷.

CONCLUSÃO

1. O princípio do contraditório constitui o princípio basilar e a pedra angular em que deve assentar o Processo Civil, pois se não tivermos, em cada momento, conhecimento da posição de ambas as partes quanto a cada questão colocada antes de decidir, correremos, seriamente, o risco de termos decisões substancialmente injustas e desajustadas da realidade, sendo que o objetivo essencial é, sempre e incondicionalmente, a busca da verdade material para, com ela, se realizar a justiça do caso concreto.

2. O contraditório, amplamente consagrado na nossa legislação processual civil, e que tem, sempre, de ter lugar em todos os processos, é a via tendente à melhor satisfação dos interesses que presidem ao recurso das partes aos Tribunais: a boa administração da justiça, a justa composição dos litígios e a ampla satisfação dos interesses de cada cidadão e do Estado, interessado em que tais resultados últimos se alcancem.

3. Em processo civil o contraditório prévio à decisão é a regra que só deve ser sacrificada na menor medida possível e, apenas, nos casos fixados na lei.

4. Considerando o fundamental relevo que a garantia do contraditório representa, a única razão legítima do seu diferimento é o risco sério para o fim ou eficácia da providência, tendo, sempre, de ser observado um equilíbrio entre os valores da contraditoriedade e os da eficácia da justiça.

5. Há necessidade de respeitar, escrupulosamente, a regra do contraditório, devendo a prática dos tribunais orientar-se por critérios restritivos, minimizando as situações de não contraditório prévio.

⁶⁷ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/1/2005: processo 04B4031, de 11/12/95, processo 96A483, de 03/12/96, processo 97A232, de 06/05/97, processo 97A232 e de 22/01/98, processo 98A448, in www.dgsi.pt

6. A doutrina processualista defende, incansavelmente, uma feição dinâmica e positiva do contraditório, pretendendo uma “verdadeira comunhão de trabalho entre os participantes da justiça (juiz activo e partes actuantes) para que esta seja melhor atingida” elevando, até, a necessidade dessa colaboração à categoria de princípio⁶⁸, devendo a jurisprudência realizar, em concreto, um esforço acrescido para que se logre, sempre, obtê-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, L. P. Moitinho de, *Providências Cautelares não Especificadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979.
- BATISTA, J. Pereira, *Reforma do Processo Civil, Princípios Fundamentais*, Lisboa, Lex, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* (anotada), Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- ESTEVES, Herculano, *Noções elementares de Processo Civil/ Manuel A. Domingues de Andrade* (colab. Antunes Varela), (nova edição revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- FREITAS, José Lebre de, *Nota Introdutória ao Código de Processo Civil*, Lisboa, *Quid Juris?*, 1996.
- FREITAS, José Lebre de; Redinha, João; Pinto, Rui, *Código de Processo Civil* (anotado), vol. I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- FREITAS, Lebre de, “Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, I, pp. 29 a 43.
- GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil* Vol. I, 2ª ed. (1. Princípios Fundamentais 2. Fase Inicial da Processo Declarativo), Coimbra: Almedina, 1998a.

⁶⁸ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 25.

- GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Vol., 3ª ed. (5. Procedimento Cautelar Comum), Coimbra, Almedina, 1998b.
- GERALDES, António S. Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Vol., 2ª ed. (6. Procedimento Cautelares Especificados), Coimbra, Almedina, 2003.
- MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MENDES, Castro, *Direito Processual Civil*, Lisboa, Associação Académica, 1980.
- NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 19ª ed., Lisboa, Ediforum, 2007.
- PARECER DA COMISSÃO CONSTITUCIONAL nº 18/81: Pareceres de Comissão Constitucional, 17º-14 e ss.; Ac. Tribunal Constitucional nº434/87, de 4/11/1987. in *BMJ*, 371º-160.
- REGO, Carlos Lopes do, “Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil”, in AA. VV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, p. 835.
- REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. I, Coimbra, Almedina, 2004.
- REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado* vol. I, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1982.
- SILVA, Lucinda D. Dias da, *Processo Cautelar Comum, Princípio do Contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª ed.. Lisboa, Lex, 2000.
- VARELA, J. Antunes, “Alguns dos princípios fundamentais do processo Civil”, in *Ciclo de conferências em homenagem póstuma ao Professor Doutor Manuel de Andrade* (Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados), Coimbra, Almedina, 2002.

ACÓRDÃOS

Do Tribunal Constitucional

- * Acórdão nº 298/2005, de 7/6/2005: DR, II, de 28/7/2005, p. 10871.

Do Supremo Tribunal de Justiça

- * Acórdão de 15/11/90: processo 079739, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 11/12/95, processo 96A483, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 30/04/96, in *CJ STJ*, II;
- * Acórdão de 1/10/96, processo 97A406, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 03/12/96, processo 97A232, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 8/04/97, processo 96A940, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 06/05/97, processo 97A232, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 1/7/97, processo 97A406, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 22/01/98, processo 98A448, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 29/4/1998: BMJ, 476, 335;
- * Acórdão de 29/04/98, processo 98B132, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 02/06/98, processo 98A448, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 20/10/98: processo 98A680, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 27/10/98, processo 98A817, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;

- * Acórdão de 14/01/99: processo 99A522, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 04/05/99, processo nº 99A057, consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 15/10/2002, processo nº 02A2478, consultado em 8/10/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 13/1/2005: processo 04B4031, consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>.

Do Tribunal da Relação de Lisboa

- * Acórdão de 18/4/1996: CJ, 1996, 2º, 99;
- * Acórdão de 17/2/1998: *BMJ*, 474, 540-541;
- * Acórdão de 10/11/1998, in *CJ*, 1998, 5º, 85;
- * Acórdão de 01/04/2005, processo 3386/2005-8, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 12/07/2007: processo 4047/2007-4, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 01/04/2005: processo 3386/2005-8, consultado em 18/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 11/03/2008, processo 2051/2008-7, consultado em 8/10/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>
- * Acórdão de 21/05/2009, processo 1490/04.8TBPDL.L1-6, consultado em 8/10/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;

Do Tribunal da Relação do Porto

- * Acórdão de 7/7/1992: *CJ* 1992 , IV;
- * Acórdão de 18/01/2000, processo 9921259, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 14/12/2000, *CJ*, 2000, 5º, 215;
- * Acórdão de 20/3/2001, processo 0120037, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 10/5/2004, *JTRP*00035957, consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;

- * Acórdão de 10/01/2008, processo 0736877, consultado em 8/10/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 17/12/2008, processo 0825051, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 13/1/2009, processo 0827226, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 16/6/2009 processo 3994/08.4TBVNG-C.P1, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 15/7/2009, processo 822/08.4TJPRT-A.P1, consultado em 11/11/2009, disponível na internet: URL <http://www.dgsi.pt>.

Do Tribunal da Relação de Coimbra

- * Acórdão de 19/5/81: *CJ* 1981, 3^o;
- * Acórdão de 18/5/1999: *BMJ*, 487, 371;
- * Acórdão de 14/11/2000, *CJ*, V, 2000;
- * Acórdão de 17/5/2005: processo 484/05, consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 4/12/2007: processo 1783/07.2TBCEBR.C1. consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>;
- * Acórdão de 2/10/2007: processo 554/04, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>.
- * Acórdão de 4/12/2007: processo 1783/07.2TBCEBR.C1, consultado em 11/11/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>

Do Tribunal da Relação de Évora

- * Acórdão de 1/4/2004: processo 2737/03-2, consultado em 12/06/2009, disponível na Internet: URL <http://www.dgsi.pt>.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Portuguesa

Código de processo Civil

Código Civil

Dec. Lei nº 54/75, de 24 de Fevereiro

Dec. Lei nº149/95, de 24 de Junho
Dec. Lei nº329-A/95, de 12 de Dezembro
Dec. Lei nº 265/97, de 2 de Outubro
Dec. Lei nº 30/2008, de 25 de Fevereiro
Dec. Lei nº63/85, de 14 de Março
Dec. Lei nº 446/85, de 25 de Outubro
Dec. Lei nº 36/2003, de 5 de Março.

Data de submissão do artigo: 01/11/2016
Data de aprovação do artigo: 01/03/2017

Edição e propriedade:
Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL
Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto
Email: upt@upt.pt