

17.

Jurisprudência
Crítica

FUNÇÃO E REQUISITOS DA NORMA
DO ART. 389-1-b CPC.
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.
ABUSO DE DIREITO

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

Acórdão do TRL de 6.12.05

I. RELATÓRIO

BP LUBS Lda. e BP PORTUGUESA SA (actualmente BP PORTUGAL SA) requereram contra José Ramos Sobreiro providência cautelar não especificada, a qual veio a ser decretada por decisão de 12JUN2001 e confirmada por decisão de 1FEV2002, que concomitantemente julgou improcedente a oposição do requerido.

Em 7JUL2005 veio o requerido invocar a caducidade da providência dado o processo principal encontrar-se parado há mais de 30 dias por negligência do requerente.

A esse requerimento respondeu a requerente através de peça processual remetida por fax e mail de 21JUL2005, tendo, em 25JUL2005, sido proferido despacho a indeferir a requerida caducidade da providência, por não ocorrência do fundamento invocado.

Posteriormente a tal despacho foi junto ao processo o original da resposta do requerente enviada por fax e mail, desta vez acompanhada dos documentos (cópias de decisões judiciais).

Inconformado, agravou o requerido alegando, em síntese, a nulidade do despacho recorrido por prolatado anteriormente à resposta da contra-parte e ocorrer o invocado fundamento.

Houve contra-alegação onde se propugnou pela manutenção do decidido.

II. QUESTÕES A RESOLVER

Consabidamente, a delimitação objectiva do recurso emerge do teor das conclusões do recorrente, enquanto constituam corolário lógico-jurídico correspectivo da fundamentação expressa na alegação, sem embargo das questões de que o tribunal *ad quem* possa ou deva conhecer *ex officio* ⁽¹⁾.

De outra via, como meio impugnatório de decisões judiciais, o recurso visa tão só suscitar a reapreciação do decidido, não comportando, assim *ius novarum*, i.e., a criação de decisão sobre matéria nova não submetida à apreciação do tribunal *a quo* ⁽²⁾.

Ademais, também o tribunal de recurso não está adstrito à apreciação de todos os argumentos produzidos em alegação, mas apenas – e com liberdade no respeitante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito – de todas as “questões” suscitadas, e que, por respeitarem aos elementos da causa, definidos em função das pretensões e causa de pedir aduzidas, se configurem como relevantes para conhecimento do respectivo objecto, exceptuadas as que resultem prejudicadas pela solução dada a outras ⁽³⁾.

Assim, em face do que se acaba de expor e das conclusões apresentadas, são as seguintes questões a desembargar:

- se o despacho recorrido é nulo;
- se ocorreu a caducidade da providência.

⁽¹⁾ Cf. art.º 684.º, n.º 3, e 690.º CPC, bem como os acórdãos do STJ de 21OUT93 (CJ-ATJ, 3/93, 81) e 23MAI96 (CF-STJ, 2/96, 86).

⁽²⁾ Cf. acórdãos do STJ de 15ABR93 (CJ-STJ, 2/93, 62) e da RL de 2NOV95 (CJ, 5/95, 98). Cf., ainda, Amâncio Ferreira, *Manual dos recursos em Processo Civil*, 5.ª ed., 2004, pg. 141.

⁽³⁾ Cfr. artigos 713.º, n.º 2, 660.º, n.º 2, e 664.º do CPC, acórdão do STJ de 11JAN2000 (BMJ, 493, 385) e Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 247.

III. FUNDAMENTOS DE FACTO

Para além dos já referidos no relatório, mostra-se relevante para a decisão a seguinte factualidade:

1. Na acção principal de que estes autos de providência cautelar são dependentes realizou-se, em 20JAN2004, audiência preliminar na qual as AA (requerentes da providência cautelar), com vista à regularização subjectiva da instância, deram conta das alterações entretanto ocorridas na sua estrutura societária (fusão por incorporação);
2. tendo o R. pedido prazo para se pronunciar sobre a questão e, desde logo, requerido a junção das escrituras e títulos comprovativos daquelas alterações;
3. o que o Mm.º juiz deferiu;
4. em 23FEV2004 veio o R. requerer, alegando que as operações em causa revelavam uma vasta teia de relações jurídicas que poderia justificar a suspeita sobre a legalidade da fusão em causa, face ao regime comunitário da concorrência, veio requerer se notificasse a A. para juntar aos autos inúmeros documentos (13 acordos relativos a Aliança Comercial, escrituras e actas de reuniões de órgãos sociais);
5. por despacho de 26FEV2004 o Mm.º juiz deferiu tal requerimento;
6. em 2MAR2004 foi junta aos autos a resposta do A. ao requerimento referido em 4;
7. em 12MAR2004 veio o A. invocar ter sido deferido o requerimento referido em 4 sem respeito pelo contraditório, requerendo se reapreciasse de novo a questão (agora tendo em conta a resposta apresentada) e se relegasse tal apreciação para depois da selecção da matéria de facto (pois só aí se podia aquilatar da relevância dos documentos em causa);
8. por despacho de 20OUT2004 foi reafirmado o anterior despacho, declarando-se dever o A. juntar os documentos em 20 dias;
9. em 17NOV2004 o A. veio requerer o esclarecimento de tal despacho;

10. na sequência do qual veio a ser proferido despacho, em 31Jan2005, ordenando-se a junção dos referidos documentos em 10 dias;
11. como nada tivesse sido junto foi, por despacho de 25FEV2005, determinado que os autos ficassem a aguardar a junção de tais documentos, sem prejuízo do disposto no art.º 51.º/2/b) do CCJ e do art.º 285.º do CPC;
12. tendo tal despacho sido notificado às partes por registo de 1MAR 2005;
13. em 14JUN2005 veio o A. alegar que, sem prejuízo de o tribunal não se ter ainda pronunciado sobre o pedido de esclarecimento referido em 9, os documentos em causa contêm matéria sujeita a sigilo comercial (relativo à A. e a terceiros – alguns dos quais recusaram expressamente autorização para a sua revelação) e propondo, ao abrigo do princípio da cooperação, uma solução para poder facultar o acesso aos mesmos sem violação daquele sigilo;
14. solução essa que foi aceite pelo Mm.º juiz em despacho de 22JUN2005.

IV. FUNDAMENTOS DE DIREITO

Relativamente à nulidade do despacho recorrido (mais propriamente à irregularidade da sua prolação sem prévio respeito do contraditório) ela é manifestamente improcedente, em primeiro lugar porque ao recorrente, que não foi o prejudicado, está vedada a invocação de tal irregularidade (art.º 203.º, n.º 1, do CPC); em segundo lugar, e fundamentalmente, porque, conforme resulta da factualidade apontada no relatório, aquando da prolação de tal despacho já se encontrava nos autos a resposta.

No que se reporta à invocada caducidade da providência, também ela não procede.

Com efeito, e sem necessidade de nos pronunciarmos quanto à repartição do ónus da prova dos respectivos fundamentos, ressalta evidente da matéria de facto que o processo, entre 4MAR2005 e 14JUN2005, não esteve parado por facto imputável a título negligência do requerente (art.º 389.º, n.º 1, al. b), do CPC).

Sendo os documentos um meio de prova a falta de apresentação dos mesmos tem apenas repercussão na consideração do facto a que se reporta como provado ou não provado, não sendo causa de paragem do processo (o que desde logo resulta da possibilidade de apresentação dos mesmos até ao encerramento da discussão – art.º 523.º, n.º 2, do CPC). Não tendo sido juntos os documentos no prazo assinalado competia ao Mm.º juiz *a quo* prosseguir com o processo, e não determinar que este ficasse a aguardar aquela junção.

Por outro lado, a questão da junção dos documentos, estava ainda dependente da apreciação, que não foi feita e é devida, do pedido de esclarecimento do despacho de 20OUT2004.

Em conclusão, o processo esteve parado única e exclusivamente por facto imputável ao tribunal.

Por outro lado, ainda, a actuação do A., em face da matéria de facto relevante, jamais poderia ser qualificada de negligente; pelo contrário, o que se evidencia é uma actuação diligente no sentido de, perante uma actuação de chicana processual do R. que requereu uma panóplia de documentos a propósito de uma banal regularização subjectiva da instância (e que é de lamentar não ter sido prontamente atalhada, assim se evitando o esbanjamento de recursos em que a subsequente tramitação se consubstanciou), ultrapassar as dificuldades daí emergentes, obtendo um meio de, respeitando todos os interesses relevantes, não deixar de facultar ao tribunal a análise dos referidos documentos.

Não merece, pois, qualquer censura o despacho recorrido.

V. DECISÃO

Termos em que se nega provimento ao agravo, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 2005DEZ06

Rijo Ferreira

Carlos Moreira

Rosário Gonçalves

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRL DE 6.12.05

SUMÁRIO:

I. O CASO CONCRETO: 1. Base factual; 2. Objecto do comentário. II. Os PRESUPOSTOS DE FACTO DA NORMA DO ARTIGO 389-1-b CPC: 1. Da dupla dependência do procedimento cautelar; 2. Razão e requisitos da norma. Ónus de impulso e negligência do autor; 3. A iniciativa e a alegação do requerido; 4. Nem ónus de impulso nem negligência; 5. O princípio da proporcionalidade na valoração da ultrapassagem do prazo. III. O ABUSO DE DIREITO. IV. CONCLUSÕES.

I. O CASO CONCRETO

1. Base factual

BP LUBS LDA e BP PORTUGUESA SA requereram, em 20.5.01, uma providência cautelar não especificada contra JOSÉ RAMOS SOBREIRO. Pediram ao tribunal que ordenasse a entrega imediata dum posto de abastecimento de combustíveis, cuja exploração a primeira lhe concedera por contrato de 29.9.89, tendo a segunda posteriormente adquirido os direitos de exploração de todos os estabelecimentos de comercialização de combustíveis pertencentes à primeira em território nacional. O requerido tinha deixado de pagar a remuneração convencionada e o preço de fornecimentos efectuados, tinha deixado de comprar à segunda requerente combustíveis em regime de exclusividade e tinha tapado o logotipo da marca BP, o que levava as requerentes a resolver o contrato, além de o haverem denunciado nos termos também convencionados.

A providência cautelar foi deferida por decisão de 12.6.01, logo notificada, tendo sido o requerido condenado na entrega imediata do referido posto, a qual teve lugar em 25.6.01. A decisão foi objecto de recurso de agravo, julgado improcedente.

Em 5.7.01, sete dias antes de extinto o prazo de 30 dias do art. 389-1-a CPC, as requerentes propuseram contra o requerido, na Comarca de Lisboa, acção ordinária em que pediram: a *devolução* do referido posto de abastecimento; o *pagamento* de fornecimentos e remunerações no montante de 118.981.432\$00; o *pagamento* da quantia de 70.201.692\$00, acrescida de juros vincendos, a título de lucros cessantes; o *pagamento* da indemnização por danos à imagem, no valor de 100.000.000\$00.

Na contestação da acção, o réu arguiu a *excepção de incompetência relativa* do tribunal de Lisboa, pretendendo que a acção prosseguisse no tribunal de comarca (Sintra) da área de localização do posto de abastecimento em causa, “universalidade de facto” cuja localização determinaria a competência do tribunal, nos termos do art. 73-3 CPC, sem possibilidade de afastamento por vontade das partes. O tribunal de Lisboa declarou-se *incompetente*, em 24.1.02, aceitando a argumentação do réu e acrescentando que o pacto de competência não abrangia as questões decorrentes da resolução do contrato; mas, por entender que não tinha aplicação ao caso o art. 73-3 CPC e que a estipulação da competência do foro de Lisboa para os problemas decorrentes da execução do contrato abrangia as questões decorrentes do respectivo incumprimento, o TRL revogou, em 15.10.02, essa decisão da 1.^a instância, julgando *competente* o tribunal em que a acção fora proposta. Deste acórdão recorreu o réu para o STJ, com fundamento em *ofensa de caso julgado*, formado em sentido inverso nos autos da providência cautelar, e consequente *oposição de decisões* (conforme fundamentação fornecida após despacho de aperfeiçoamento); não tendo sido admitido o recurso, por decisão de 18.12.02, o réu ainda reclamou para o presidente do STJ, que indeferiu a reclamação em 20.3.03.

Na contestação, o réu arguiu também, por forma vaga e pouco compreensível, a *ilegitimidade* das autoras, pois — disse — nunca contratou com a 2.^a autora nem recebeu qualquer fornecimento da 1.^a autora. Além disso, impugnou, reconveio e requereu que a autora fosse notificada para apresentar “todos os treze contratos

referidos na douda petição inicial, designadamente o de aliança comercial e o da sua extinção, o de associação e a sua extinção”.

Baixado o processo, onde as partes haviam apresentado réplica e *tréplica* (esta em parte inadmissível, em face do art. 503-1 CPC), foi, por despacho de 16.5.03, designado o dia 20.1.04 para a audiência preliminar.

Nesta audiência, as autoras comunicaram a *transformação* da BP LUBS em sociedade anónima, a *fusão* de ambas e a *alteração da denominação social* da sociedade incorporante para BP PORTUGAL SA, apresentando cópia de certidão comprovativa do registo comercial.

“Em face da extensão e importância dos factos acabados de trazer aos autos”, o réu requereu a concessão de *prazo* para se pronunciar sobre eles e sobre o documento apresentado, bem como a apresentação, “pela autora”, das “*escrituras* de transformação e incorporação”, dos “*títulos* respeitantes às alterações de denominação” e dos “*documentos complementares* respectivos”. O juiz deferiu, esclarecendo que o prazo para a resposta do réu se contaria da data da sua notificação, “pelas autoras”, da apresentação dos documentos pretendidos e suspendendo, em consequência, a audiência.

Em 5.2.04, a BP PORTUGAL SA apresentou certidão das *escrituras públicas* que formalizaram os actos de transformação, fusão e alteração da denominação social, bem como do *registo comercial* efectuado.

Em 23.2.04, o réu *aceitou expressamente a autenticidade* dos documentos apresentados. Mas invocou também que a sua pretensão “visava a pronúncia sobre o *teor das relações jurídicas* que os documentos apenas formalizam”, dado que a fusão das autoras era “o culminar de um processo longo, que decorreu da Aliança Comercial inicial (...) e que consubstancia o fundamento primeiro da presente acção, na medida em que é o *critério aferidor da legitimidade das autoras*, agora fundidas, para a propositura da mesma e correspondentes pedidos”. Requereu por isso que fosse a autora notificada para apresentar: “*os treze contratos relativos à Aliança Comercial*, conforme requerido na contestação”; “a *escritura de cessão de quotas* a favor da BP PORTUGUESA SA e da BP PORTUGUESA LIMITED, apresentada a registo no dia 12.10.2000, conforme apresentações 22, 23 e 24, a fls. 16v. da certidão do registo comercial

ora junta no requerimento notificado ao aqui réu”; as *actas das deliberações* das assembleias gerais e dos órgãos de administração e gerência das autoras, relativas aos actos de transformação, fusão e alteração de denominação. Requereu ainda que lhe fosse concedido o prazo de 15 dias para se pronunciar *após a apresentação desses documentos*, porquanto só então lhe seria possível “*compreender* as implicações do emaranhado de relações jurídicas constituídas entre MOBIL e BP, pelo efectivo conhecimento do respectivo teor, com reflexo directo na relação comercial mantida entre autoras e réu (...), e *determinar* se o conjunto dos actos em causa (...) [constitui] ou não um acto proibido, ferido de *nulidade*, [ou até] se a concretização paulatina dos diversos negócios jurídicos concretizados não teria corporizado, *ab initio*, uma *simulação contratual*, conforme alegado em sede de contestação”.

Em 26.2.04, o juiz da causa, *sem aguardar o termo do prazo para a resposta da autora*, deferiu o requerido pelo réu e fixou o prazo de 10 dias para a apresentação dos documentos solicitados. Com a notificação deste despacho cruzou-se a resposta da autora, junta aos autos em 2.3.04. Nela, a autora defendeu que o requerimento do réu se devia ter por não escrito, na parte em que constituía alegação de *novos factos* e *ampliação do pedido reconvenicional*; não havia lugar a analisar se a fusão tinha sido nula e os novos documentos pretendidos pelo réu eram irrelevantes. Posteriormente, em 12.3.04, a autora, perante o despacho de 26.2.04 e sem expressamente arguir a sua nulidade, invocou o seu *direito de resposta* ao requerido pelo réu antes da decisão e pretendeu que o novo juízo a emitir sobre a necessidade ou pertinência dos documentos tivesse lugar *depois de seleccionada a matéria de facto*, visto dever sê-lo perante o elenco dos factos a cuja prova os documentos se destinassem.

Em requerimento de 25.3.04, o réu veio justificar o seu pedido de solicitação de documentos: em parte, mais não era do que “a *reafirmação do pedido constante da contestação*, para serem juntos aos autos os treze contratos relativos à Aliança Comercial”; noutra parte (actas das deliberações sociais), tratava-se de possibilitar ao réu o *exercício do contraditório quanto à legitimidade processual*, com “*reflexos sobre o próprio objecto do processo*”.

Em 20.10.04 o juiz da causa, limitando-se a dizer que não via motivo para alterar a decisão tomada e que estava esgotado o poder jurisdicional, concedeu à autora *20 dias* para juntar aos autos a documentação ordenada.

Em 17.11.04, a autora pediu a *aclaração* deste despacho, invocando, além do mais, a não especificação, pela parte contrária ou pelo juiz, dos *factos que os documentos se destinariam a provar*, o que representava violação do art. 528 CPC e impossibilitaria a aplicação dos arts. 519-2 CPC e 344-2 CC.

Em resposta, o juiz, em 31.1.05, ordenou a notificação da autora para apresentar os documentos ordenados, “os quais, *independentemente das pretensões deduzidas pelo réu, que em momento próprio se apreciarão*, se revelam ao tribunal como *eventualmente pertinentes à boa decisão da causa*, atenta a complexidade das relações jurídicas que se configuram”. E, em 25.2.05, proferiu novo despacho:

“Aguardem os autos que a autora proceda à junção ordenada no despacho que antecede, sem prejuízo do disposto nos arts. 51, n.º 2, alínea b) do CCJ e 285 do CPC”.

Em 14.6.05, no termo do prazo de 3 meses contados da notificação, em 4.3.05, do despacho de 25.2.05, a autora requereu que o réu fosse notificado para *cumprimento do art. 528-1 CPC* (ponto sobre o qual o juiz ainda não despachara), que fosse admitida a apresentação dos documentos em causa em *invólucro fechado e lacrado* para verificação, pelo juiz, da sua relevância para a decisão da causa e que, na versão que viesse a ficar junta aos autos, fossem rasuradas ou apagadas todas as partes deles que, não interessando à boa decisão da causa, fossem *confidenciais ou sigilosas*.

Em 22.6.05, o juiz da causa reafirmou que, “independentemente das pretensões do réu”, ao tribunal interessava a apresentação dos documentos “até para averiguar da sua *pertinência para a boa decisão da causa*”; e *aceitou que a apresentação e a posterior junção ao processo se fizesse nos termos requeridos pela autora*, que oportunamente viria a ser consultada sobre os elementos sigilosos que neles se contivessem.

Notificada em 27.6.05 deste despacho, a autora apresentou em 7.7.05 os documentos em causa.

Em 5.7.05 o réu veio, nos autos do procedimento cautelar, requerer que, nos termos do art. 389-1-b CPC, fosse declarada a *caducidade da providência decretada*, por o processo ter estado parado mais de 30 dias por responsabilidade exclusiva da autora.

2. Objecto do comentário

Perante este panorama de facto, que pormenorizo dado o juízo que foi emitido pelo TRL sobre a chicana processual do réu e a complacência da 1.^a instância, quer o juiz da causa, quer, em recurso, o TRL, indeferiram o requerimento do réu, entendendo que não caducara a providência cautelar decretada.

Entenderam bem.

Vou, em comentário a essa decisão, começar pela *análise da previsão da norma de caducidade* contida no art. 389-1-b CPC, considerada a sua *letra* e o seu *espírito*, passando seguidamente à verificação da *inocorrência concreta dos respectivos requisitos*. Por último, no pressuposto — contrário — da ocorrência desses requisitos, indagarei ainda *se o exercício, pelo requerido, do direito ao levantamento da providência não seria abusivo*, considerada a globalidade do seu *comportamento processual*.

II. OS PRESSUPOSTOS DE FACTO DA NORMA DO ARTIGO 389-1-B CPC

1. Da dupla dependência do procedimento cautelar

O procedimento cautelar está, no nosso direito processual, duplamente dependente da causa principal. Por um lado, dela depende, como é inerente à sua *função instrumental*, na medida em que nele se procura obter o decretamento de providências, de *natura provisória*, que acautelem o direito feito valer em juízo ou, mais latamente, “o efeito útil da acção” (art. 2-2 CPC); por esta razão, é sempre instaurado como preliminar ou como incidente da causa que tem por fundamento o direito acautelado (art. 383-1

CPC) e extingue-se, tal como a providência que nele seja ordenada, não só com a extinção desse direito (art. 389-1-e CPC), mas também com a sentença que não o reconheça (art. 389-1-c CPC). Por outro lado, o procedimento cautelar, tal como a providência que nele seja decretada, depende da causa principal na medida em que as *vicissitudes* da propositura desta (art. 389-1-a CPC), do seu prosseguimento (art. 389-1-b CPC) e da sua extinção por sentença que não chegue a apreciar o mérito da causa (art. 389-1-d CPC) ⁽¹⁾ podem igualmente levar à sua extinção.

O primeiro tipo de dependência, sendo-lhe *imane*nte, pode encontrar-se, relativamente a todos os procedimentos cautelares ⁽²⁾, em qualquer sistema de direito processual; mas o segundo não.

⁽¹⁾ Salvo se o requerente propuser nova acção a tempo de aproveitar os efeitos da propositura da anterior. Quanto à sentença homologatória de confissão do pedido ou transacção, tem, no nosso direito, o valor da sentença de mérito condenatória, totalmente no primeiro caso e parcialmente no segundo (art. 300-3 CPC), pelo que só neste caso poderá eventualmente ocorrer a caducidade da providência cautelar (sem prejuízo de o efeito da sentença homologatória da confissão poder absorver o efeito da providência, que, enquanto tal, não perdurará: ver LEBRE DE FREITAS — JOÃO REDINHA — RUI PINTO — MONTALVÃO MACHADO — RIBEIRO MENDES, *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003 [2008], II, n.º 7 da anotação ao art. 389).

⁽²⁾ Diversa, não constituindo *tutela cautelar*, é a *tutela antecipatória* do direito brasileiro, conferida em *acção pendente* e prescindindo do *periculum in mora*: quando o juiz se convença, mesmo oficiosamente, da “verosimilhança da alegação do autor”, por dela já ter sido feita “prova inequívoca”, pode ele, em qualquer momento da acção, antecipar a tutela pedida, sem prejuízo de os efeitos da decisão que proferir virem a cessar se a sentença de mérito final tiver conteúdo diferente (art. 273 CPC br). A lei processual italiana conhece esta figura, mas com alcance restrito, desde a reforma de 1995: de acordo com o art. 186-*quater* CPC it, é permitido ao juiz de instrução, a requerimento da parte, ordenar, quando creia para tanto suficiente a prova já produzida, o pagamento da quantia pedida ou a entrega ou restituição de bens, o que ganhará eficácia de sentença final se o processo posteriormente se extinguir sem sentença de mérito; semelhantemente, no direito processual de trabalho, a reintegração do trabalhador pode ser ordenada em qualquer momento do processo em que o juiz creia sem valor ou insuficientes os elementos de prova fornecidos pela entidade patronal para justificar o despedimento (ACHILLE SALETTI, *Le système des mesures provisoires*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, ps. 61-62 e 65-67; EDOARDO RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1997, ps. 72-77). Este tipo de tutela antecipatória, não instrumental, é distinto da tradicional tutela cautelar antecipatória, que vemos consagrada no nosso art. 381-1 CPC e que é inidónea a tornar-se definitiva (ANTONIO CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, ps. 8, 20, 74, 78 e 124-125).

Assim é que, nos *direitos francês e belga*, a providência de *référé* é provisória na medida em que caduca quando na causa principal é acertada a inexistência do direito acautelado, mas não caduca nem por a acção principal não ser proposta em certo prazo (ou por, nela, o autor não ser diligente) nem por o processo da acção principal vir a extinguir-se por motivo diferente da decisão de mérito. Com efeito, *o requerente até pode não propor a acção*, se a solução obtida em sede cautelar for satisfatória ⁽³⁾; por isso se fala, em vez de provisoriedade *necessária*, duma provisoriedade *eventual* da providência cautelar, destinada a transformar-se praticamente em definitiva na falta de iniciativa da parte contrária ⁽⁴⁾.

Por seu lado, nos sistemas que conhecem o referido duplo tipo de dependência, o leque de vicissitudes da causa principal com eficácia extintiva do procedimento e da providência cautelares não é sempre tão largo como o nosso. Assim é que no *direito italiano* o juiz, ao ordenar a providência, deve fixar um prazo peremptório, não superior a 30 dias (se não o fixar, este é o prazo), dentro do qual o requerente tem o ónus de propor a acção principal (arts. 669 – *octies* CPC it); a providência decretada caduca, quer quando o prazo não é observado, quer quando ocorre uma causa de extinção do processo principal (art. 669-*novies* CPC it) ⁽⁵⁾. Assim é também que no *direito brasileiro* há um prazo de 30 dias para a propositura da acção (art. 806 CPC br) ⁽⁶⁾, sob

⁽³⁾ EDOARDO RICCI, *cit.*, p. 66; GILBERT KEMEZ – CHRISTIAN PANIER, *L'autonomie du référé*, in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* *cit.*, p. 46; LOÏC CADIEU, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2000, ps. 563-564. A Cassação francesa admite, porém, que o juiz dos *référés* estabeleça a “obrigação” de o requerente propor a acção principal em prazo que fixa, sob pena de caducidade da providência, que assim ganha então natureza de decisão verdadeiramente provisória (ac. de 16.7.97, Cons. Mitterand contra Gubler (*ibidem* e, do mesmo autor, *Code de Procédure Civile*, Litec, 2005, p. 276, em nota 13 ao art. 484 CPC fr).

⁽⁴⁾ GIUSEPPE TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, Milano, Cedam, 2004, p. XXVIII. No entanto, sendo a acção principal sempre possível, os efeitos do *référé* podem sempre acabar por cessar, pelo que os autores se limitam, prudentemente, a dizer que a providência ordenada em *référé* goza de “alguma autoridade de caso julgado” (VINCENT – GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1987, p. 188).

⁽⁵⁾ Veja-se CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995, III, ps. 303-304, com várias remissões doutrinárias.

⁽⁶⁾ O prazo, tal como no nosso CPC de 1939, conta desde a realização da providência (cf., entre nós, o art. 389-2 CPC).

pena de caducidade, que igualmente se verifica em todos os casos de extinção do processo principal (art. 807 CPC br). Assim é ainda que no *direito alemão* o prazo para a propositura da acção só é fixado, pelo juiz, a requerimento de uma das partes ou quando o juiz o entenda necessário (§§ 926 e 936 da ZPO alemã), entendendo os tribunais que, proferida na causa principal uma absolvição da instância, a providência caduca como se a acção não tivesse sido proposta dentro do prazo fixado⁽⁷⁾, mas que, em qualquer caso, a providência se mantém se a acção for proposta depois de terminado o prazo fixado, mas antes de o juiz se ter pronunciado sobre o levantamento da providência⁽⁸⁾. Semelhantemente acontece no *direito austríaco*, em que o § 391(2) da *Esecutionsordnung* só diverge da lei alemã em que a fixação judicial do prazo tem lugar sempre. *Em nenhum destes sistemas a paragem do processo principal durante prazo superior ao fixado para a propositura da acção conduz à caducidade da providência*, bastando ao autor respeitar as normas que regem directamente o prosseguimento da instância principal.

Mais próximo do nosso é o *direito espanhol*. Nele se determina que a acção principal seja proposta, sob pena de caducidade, no prazo de 20 dias sobre a “adopção”⁽⁹⁾ da providência cautelar pelo tribunal (art. 730-2 LEC) e que a caducidade da providência igualmente tem lugar com a extinção do processo, salvo se por sentença condenatória ou acto equivalente, ou com a suspensão da causa por mais de 6 meses por causa imputável ao requerente (art. 731-1 LEC).

Vê-se, de qualquer modo, que o nosso regime é, de todos os citados, que correspondem àqueles que nos estão mais próximos, o mais exigente para com o requerente da providência cautelar⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ VOLLKOMMER, *Zöller Zivilprozessordnung*, 1997, n.º IV.1.c do comentário ao § 926.

⁽⁸⁾ *Zöller cit.*, n.º IV.2.c do comentário ao mesmo § 926.

⁽⁹⁾ Não se diz se definitiva ou provisória, isto é, se o início do prazo tem de aguardar o trânsito em julgado da decisão ordenatória.

⁽¹⁰⁾ No CPC de 1876 já era estatuída a caducidade do arresto quando o processo estivesse parado por o autor não promover os termos da acção principal. Mas o tempo de paragem relevante era aí, não de 30 dias, mas de 3 meses (art. 368 CPC de 1876, § único).

2. Razão e requisitos da norma. Ónus de impulso e negligência do autor

2.1. O regime instituído no CPC de 1939 é, nomeadamente quanto à propositura e ao prosseguimento da acção, explicado, com o rigor formal que lhe é habitual, por JOSÉ ALBERTO DOS REIS ⁽¹¹⁾:

“O requerente foi favorecido por uma providência que se traduz numa *intromissão grave na esfera jurídica do seu adversário* (...) e conseguiu esse efeito mediante uma instrução resumida e um julgamento superficial, que não podem dar garantias de segurança e justiça. Não faria sentido que o efeito se mantivesse indefinidamente sobre base tão precária (...). Urge que ao julgamento ligeiro e sumário se substitua um julgamento profundo e ponderado, que dê garantias completas de actuação do direito objectivo (...). Para que o efeito da providência se mantenha, é condição essencial que a acção seja proposta dentro de dez dias (ps. 629-630) [e] que o autor seja diligente em promover o andamento da acção proposta. A razão desta [segunda] exigência é de fácil compreensão. Justifica-se pelas mesmas considerações que justificam a necessidade de proposição da acção dentro de prazo curto (...). É necessário, pois, que, *o mais depressa possível*, se obtenha um julgamento definitivo, um julgamento acompanhado das garantias normais de segurança e justiça (...). O ónus [de propositura da acção] seria ilusório, não atingiria o fim que a lei tem em vista, se o autor pudesse *protelar indefinidamente o julgamento final*, isto é, se lhe fosse lícito manter-se inactivo dentro da causa principal (...). De modo que o ónus da diligência na prossecução dos termos da acção é o complemento material e lógico do ónus da proposição”.

Trata-se, portanto, de obstar a que, *contra o interesse do réu*, se prolongue para além do necessário o efeito provisório da providência cautelar. Mas, porque ao interesse do réu se opõe o interesse

⁽¹¹⁾ CPC anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 1948 [1981], I, p. 633.

do autor em que a providência se mantenha até à decisão final ou à providência executiva, a lei não dispensa, no que ao prosseguimento da instância principal se refere, um *juízo de imputabilidade*: é preciso, para que a caducidade se dê, que o prosseguimento da acção esteja *totalmente dependente* duma actuação do autor e que a omissão dessa actuação lhe seja imputável, a título de *dolo* ou de *mera culpa*.

A esta luz se há-de examinar, em cada caso concreto, a verificação dos três requisitos de que a lei faz depender a caducidade da providência cautelar nos termos do art. 389-1-b CPC:

- É preciso que o prosseguimento do processo esteja dependente da *promoção* do autor, isto é, da prática, pelo autor, dum acto a ter lugar nos autos principais ou em incidente de que dependa o seu andamento;
- É preciso que o acto não seja praticado durante *mais de 30 dias*;
- É preciso que a omissão se deva a *negligência* do autor.

2.2. Quer o primeiro requisito, quer o terceiro, hão-de ser entendidos em face das normas relativas ao *impulso processual* e, por isso, não têm hoje exactamente o mesmo alcance que tinham em 1939. Isto mesmo é espelhado nas diferenças de redacção dum preceito que, permanecendo em substância o mesmo, reflecte a evolução entretanto sofrida pelo direito processual português em sede de direcção do processo pelo juiz e de distribuição de ónus e deveres pelas partes.

É sabido que a revisão do CPC efectuada em 1995-1996 privilegiou, comparativamente à legislação anterior, a *obtenção da decisão de mérito*, não só eliminando muitos obstáculos processuais anteriormente existentes, mas também aumentando os poderes do juiz para a realização dum “regular, célere e eficaz andamento do processo” ⁽¹²⁾.

O *princípio da direcção formal* do processo pelo juiz foi alargado, cabendo-lhe, designadamente, promover, dentro dos limites

⁽¹²⁾ Já assim nas *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*, in *Sub Judice*, 1992, IV, n.ºs I.1.2 e I.4.5.

da lei, todas as diligências que julgue necessárias, indeferir os requerimentos das partes que não correspondam a um interesse sério ou visem fins meramente dilatórios e, duma maneira geral, *providenciar pelo andamento do processo* (art. 265-1 CPC) ⁽¹³⁾. Assim, deixou de se dizer que “a iniciativa e o *impulso processual* incumbem às partes” (art. 264-1 CPC, com a mesma redacção no CPC de 1939), passando o novo art. 265-1 CPC a ressaltar apenas “o ónus de impulso *especialmente imposto pela lei* às partes” ⁽¹⁴⁾. Tornou-se, pois, impossível continuar a afirmar que “o desenvolvimento do processo tem de ser continuamente estimulado pelas partes” ⁽¹⁵⁾, pelo que o ónus de impulso processual subsequente só *excepcionalmente* integra hoje o princípio do dispositivo ⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, constituiu trave mestra da revisão do Código o reforço do *princípio da cooperação*, quer no aspecto material, quer no aspecto formal ⁽¹⁷⁾, com repercussões, designadamente, em sede de litigância de má fé (art. 456-2-c CPC) ⁽¹⁸⁾. Aponta-se para uma apreciação do *comportamento da parte* mais liberta da mera perspectiva da observância de preceitos formais, acentuando-se a dinâmica resultante da consideração do *comportamento de ambas as partes* ⁽¹⁹⁾, que *entre si* devem, nomeadamente, cooperar para se obter, com *brevidade* e eficácia, a justa composição do litígio (art. 266-1 CPC).

⁽¹³⁾ Sobre o princípio da direcção do processo pelo juiz, remeto para a minha *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, n.º II.6.6.2.

⁽¹⁴⁾ Ver ainda, sobre a articulação entre o ónus de impulso subsequente e o alargamento do poder de direcção do processo pelo juiz, as *Linhas orientadoras* cit., n.º I.4.5, onde já se lia que “as partes só terão o ónus de impulsionar o processo quando a lei especialmente o estabeleça”.

⁽¹⁵⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p. 360. Acrescenta: “*ne iudex procedat ex officio*”.

⁽¹⁶⁾ Compare-se o local citado de MANUEL DE ANDRADE com a minha *Introdução* cit., n.º II.6.2.

⁽¹⁷⁾ Remeto, também aqui, para as *Linhas orientadoras* cit., n.º I.5, e para a minha *Introdução* cit., n.º II.8.

⁽¹⁸⁾ A responsabilidade das partes foi também, em geral, acentuada com o sancionamento da negligência grave, onde antes se sancionava apenas o dolo (art. 456-2 CPC).

⁽¹⁹⁾ O mesmo se dá com a apreciação de certos comportamentos do tribunal. Assim é que, na verificação da violação do dever de decidir em prazo razoável, há que atender, designadamente, à contribuição que as partes possam ter dado para a demora do processo (minha *Introdução* cit., n.º II.4. (8)).

Quando sobre o autor impendia o ónus do impulso processual subsequente, a norma hoje constante do art. 389-1-b CPC tinha um âmbito de aplicação mais vasto, podendo o procedimento cautelar extinguir-se e a providência cautelar caducar sempre que o processo estivesse parado à espera do “estímulo” do autor, para o que bastava que o juiz lhe solicitasse uma qualquer actuação e, fora do campo dos prazos peremptórios ⁽²⁰⁾, fosse excedido o prazo concedido para o efeito ⁽²¹⁾. Hoje, porém, uma vez que ao juiz cabe providenciar pelo andamento do processo, a norma só tem ocasião de se aplicar quando ocorra algum dos casos excepcionais em que, por lei, cabe ao autor impulsionar o desenvolvimento do processo ⁽²²⁾.

2.3. Constitui um desses casos o da apresentação de documento de que a lei faça depender o prosseguimento do processo, caso em que se aplica o art. 508-2 CPC, mas não o de apresentação de documento exigido para a prova de facto integrante da causa de pedir, constitutivo duma excepção ou meramente instrumental.

O art. 508-2 CPC estabelece o dever do juiz de, em despacho pré-saneador, convidar a parte a apresentar “documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa”. Este último respeita a actos *extrínsecos* ao direito ou à excepção, cuja prática a lei exige para que o direito ou a excepção possa ser feito valer em juízo (é o caso do registo da acção). Já o documento “essencial” respeita a actos *intrínsecos* ao direito, à excepção ou a

⁽²⁰⁾ A consequência da omissão da prática do acto da parte dentro do prazo peremptório é a extinção do direito a praticá-lo (art. 145-3 CPC), em manifestação do princípio da preclusão (cf. a minha *Introdução* cit., n.º II.7). Por isso, omitido o acto, o processo há-de prosseguir por iniciativa oficiosa (meu *CPC anotado* cit., n.º 5 da anotação ao art. 389).

⁽²¹⁾ Independentemente da duração do prazo concedido e, por conseguinte, mesmo que este excedesse 30 dias, originariamente ou em resultado de prorrogação, o problema não se punha enquanto ele estivesse a correr, visto que qualquer demora na prática do acto se continha nos limites da concessão, não podendo ser imputável à parte.

⁽²²⁾ Veja-se o meu *CPC anotado* cit., I, n.º 1 da anotação ao art. 265, e II, n.º 5 da anotação ao art. 389. Aí se exemplifica com o acto de registo, a publicação de anúncios, o requerimento de habilitação dos sucessores da parte falecida e a apresentação de prova da qualidade de herdeiro.

um pressuposto processual, que, por lei, sem ele não se constitui, quer por a lei expressamente o exigir *para o processo* (é o caso da procuração forense, sem a qual não há patrocínio judiciário, ou da certidão da sentença estrangeira, sem a qual não pode ser feita a sua revisão), quer por ela o exigir *para a prova* duma situação jurídica que necessariamente *precede* aquela que se quer fazer valer em juízo (é o caso da certidão de casamento, visto que sem casamento não há divórcio).

A falta do documento essencial não pode impedir a propositura da acção ou a arguição da excepção, impedindo, sim, na fase do saneamento do processo, o *prosseguimento* deste; mas o seu efeito não é meramente suspensivo da instância, como é o caso do documento exigido para o mero prosseguimento da causa (cf. art. 3-2 CRP), pois destrói os efeitos do acto de propositura ou de arguição da excepção (nulidade do articulado, com a consequência, quando se trate da petição inicial, da nulidade de todo o processo), produz a absolvição da instância (por falta de pressuposto processual) ou gera a improcedência da acção (absolvição do pedido) ou da excepção (com ou sem condenação no pedido), tudo consequências a extrair pelo juiz no despacho saneador ⁽²³⁾.

Verificada a falta de documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa, o juiz fixa o *prazo* para a sua apresentação (art. 508-2 CPC), o qual pode, nos termos gerais, *prorrogar* ⁽²⁴⁾; esgotado o prazo sem apresentação do documento, seguem-se as consequências indicadas, por onde também se vê que *só no caso de documento de que a lei faça depender o mero prosseguimento da causa é que esta, sendo suspensa, fica a aguardar a apresentação*; nos casos que a lei unifica sob a denominação de documento essencial, cabe logo ao juiz tirar as consequências da omissão, *de imediato* extinguindo (nuns casos) ou *fazendo prosseguir* (noutros) a instância.

⁽²³⁾ Para desenvolvimento, pode ver-se o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 4 da anotação ao art. 508, ou a minha *Acção declarativa comum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, n.º 11.3.2.

⁽²⁴⁾ Só não é prorrogável o prazo fixado por lei, salvo quando a própria lei permita a prorrogação (art. 147-1 CPC) ou as partes nela acordem até ao limite global do dobro do prazo (art. 147-2 CPC).

Outro é o regime da prova documental de factos que *integrem* a causa de pedir, *fundem* uma excepção ou sejam perante esses meramente *instrumentais*: embora os documentos que os provem *devam* ser apresetados com o articulado em que são alegados (art. 523-1 CPC) ⁽²⁵⁾, a parte permanece livre de os apresentar até ao encerramento da discussão em 1.^a instância (art. 523-2 CPC), *não precludindo o direito a apresentá-los* ⁽²⁶⁾.

Só assim não será quando todos os factos ainda por provar (fundamento da acção ou duma excepção) careçam de prova documental, por exigência da lei (art. 364-1 CC) ou convenção válida (art. 223-1 CC): embora a lei não o diga, o princípio da economia processual impõe que o juiz convide a parte a apresentar o documento, seguindo-se, se tal não for feito, despacho saneador a, conforme os casos, absolver do pedido ou condenar no pedido ⁽²⁷⁾.

Consequentemente, fora deste caso, o não cumprimento da norma do art. 523-1 CPC *não constitui causa de suspensão do processo*, que não deve ficar parado a aguardar a apresentação,

⁽²⁵⁾ A lei refere-se aos “documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da acção ou da defesa” (factos principais), mas aplica-se também àqueles que se destinam a provar factos instrumentais (probatórios ou acessórios) que permitam ou vedem a ilação sobre os factos principais da causa (cf. o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 3 da anotação ao art. 523).

⁽²⁶⁾ Alguma doutrina abrange no conceito de documento essencial, cuja falta dá lugar ao convite ao aperfeiçoamento, os ditos “absolutamente essenciais para o êxito do pedido” (CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1987, II, p. 63) ou “indispensáveis à prova de um pressuposto essencial da acção” (ANTUNES VARELA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 263). No mesmo sentido, hoje: PAULO PIMENTA, *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, ps. 148-149 (embora limitando aos documentos “verdadeiramente essenciais”). ABRANTES GERALDES, *Temas de processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997, II, p. 78, dir-se-ia aderir à mesma tese (“documentos essenciais à definição dos pressupostos da acção, da reconvenção ou da defesa”), mas acaba por só dar exemplos em que, ressalvado o caso do contrato-promessa para a acção de execução específica, o documento respeita a situação jurídica anterior à que se quer fazer valer em juízo. Essa orientação não se conforta com o disposto no art. 523-2 CPC. No sentido do texto, vê-se, pelos exemplos que dão, que estão TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 303, e LOPES DO REGO, *Comentários ao CPC*, Coimbra, Almedina, 2004, I, art. 508, V. Mais restritiva ainda é PAULA COSTA E SILVA, *Saneamento e condensação*, in *Aspectos do novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 225: documento essencial é apenas “aquele que a lei mande juntar ao articulado”.

⁽²⁷⁾ Cf. o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 6 da anotação ao art. 510, bem como, para os casos de revelia, n.º 10 da anotação ao art. 485.

devendo o juiz, nos termos do art. 265-1 CPC, ordenar o seu prosseguimento se a parte não tiver feito a apresentação com o articulado.

2.4. A situação não se altera quanto a *documentos a apresentar a requerimento da parte contrária*, nos termos do art. 528 CPC. Se não se tratar de documento abrangido pelo art. 508-2 CPC e houver outros factos a provar, o juiz, *depois de verificar que os factos que o requerente pretende provar (e que ele obrigatoriamente tem de especificar no requerimento) interessam à decisão da causa*, concede à parte um prazo para a apresentação, decorrido o qual ordenará o *prosseguimento da causa*, mantendo a parte a possibilidade de apresentar o documento até ao encerramento da discussão em 1.ª instância e estando sujeita, se não o fizer, às *consequências determinadas no art. 519 CPC ex vi art. 529 CPC* (livre apreciação do seu comportamento para efeito de prova; inversão do ónus da prova; eventual apreensão do documento; multa ou sanção pecuniária compulsória) ⁽²⁸⁾.

2.5. O regime é o mesmo quanto a documentos destinados à prova dos factos principais do *incidente da instância*: embora o art. 303-1 CPC mande requerer logo as provas, as partes podem apresentar documentos até ao encerramento da discussão *no incidente*, aplicando-se o art. 523-2 CPC ⁽²⁹⁾. Mas há que ter em conta a influência que o incidente possa ter no prosseguimento da causa: se o prosseguimento desta tiver de aguardar a decisão do incidente, como acontece no caso da habilitação *mortis causa* e, em regra, no de extinção de pessoa colectiva (arts. 276-1-a CPC e 284 CPC), mas não no da habilitação por acto de transmissão entre vivos ⁽³⁰⁾, a *diligência da parte na prática dum acto de que dependa o andamento do incidente*, por via dum ónus de impulso processual que excepcionalmente lhe seja imposto, importa à verificação dos pressupostos da norma do art. 389-1-b CPC.

⁽²⁸⁾ Ver o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 2 da anotação aos arts. 519 e 529.

⁽²⁹⁾ Ac. do STJ de 9.2.95 (MÁRIO CANCELA), *BMJ*, 444, p. 542. Em sentido contrário: ac. do STJ de 21.10.80 (BRUTO DA COSTA), *BMJ*, 300, p. 344. A doutrina deste último é errada (ver o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 6 da anotação ao art. 523).

⁽³⁰⁾ Remeto para o meu *CPC anotado* cit., II, n.º 2 da anotação ao art. 376.

Isso mesmo dizia expressamente, antes da revisão de 1995-1996, o art. 382-1-a CPC, idêntico ao art. 387-1-a CPC de 1939: a providência cautelar ficaria sem efeito se, tendo o requerente proposto a acção, o processo estivesse parado durante mais de 30 dias, por sua negligência em promover os respectivos termos *ou os de algum incidente de que dependa o andamento da causa*.

Com a extinção do ónus geral de impulso processual subsequente, a revisão de 1995-1996 passou, mais laconicamente, a referir apenas a paragem do processo por mais de 30 dias, *por negligência do requerente*, deixando para a lei que especialmente estabeleça o ónus de impulso subsequente a determinação dos casos susceptíveis de integrar a previsão da norma; ora um desses casos pode ser o de a causa principal aguardar, *por imposição legal*, a decisão dum incidente que esteja parado por o requerente da providência, estando *onerado com um ónus de impulso*, não praticar o acto que deveria para o observar. Assim acontecerá, por exemplo, se o requerente da providência cautelar não proceder à publicação dos anúncios para citação edital dos sucessores incertos da parte falecida (arts. 248-5 CPC e 375-1 CPC).

Por outro lado, a omissão de requerer o incidente de habilitação ou a falta de prova, no incidente, de quem é herdeiro da parte tem como consequência a continuação da paragem *do processo principal*, em termos que podem ser imputáveis ao requerente da providência.

2.6. Diversamente do que acontece no caso de falecimento de pessoa singular e, em regra, quando se extingue a pessoa colectiva, a *transformação* desta não suspende a instância, o mesmo se observando quando ocorre a *fusão* de pessoas colectivas (art. 276-2 CPC), embora, neste último caso, pelo menos uma das pessoas colectivas fundidas se extinga (art. 112-a CSC) ⁽³¹⁾, e bem assim quando a sociedade se extingue por dissolução (art. 162 CSC). Neste último caso, dá-se a substituição *automática* da sociedade pela generalidade dos sócios, representada pelos liquidatários, não

⁽³¹⁾ Para ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado*, cit., I, p. 603, a quem se deve o preceito, “para efeitos processuais, [a pessoa colectiva] continua a existir”.

havendo lugar a incidente de habilitação. No caso da fusão, a substituição (da parte originária pela pessoa colectiva resultante da fusão) dá-se também *sem incidente de habilitação*, porquanto a lei se contenta com a substituição dos representantes, quando for caso disso ⁽³²⁾. Dificilmente haverá, portanto, lugar à verificação, nestes casos, do condicionalismo do art. 389-1-b CPC.

3. A iniciativa e a alegação do requerido

De acordo com o art. 389-4 CPC, “a extinção do procedimento e o levantamento da providência são determinados pelo juiz, com prévia audiência do requerente, *logo que se mostre demonstrada (!) nos autos a ocorrência do facto extintivo*”.

A redacção desta norma deve-se à revisão do CPC de 1995-1996.

Anteriormente, a lei distinguia, para o efeito da determinação da tramitação a seguir para o levantamento da providência, entre os casos hoje constantes das alíneas *b)*, *c)* e *e)* e os das actuais alíneas *a)* e *d)*. Nos primeiros, feita, *pelo requerido*, a prova da ocorrência da causa da caducidade, o levantamento era ordenado sem audiência do requerente; nos restantes, o requerente era ouvido, cabendo-lhe provar a inexactidão da afirmação *do requerido*, sendo, se não o fizesse, levantada a providência. Em todos os casos, a iniciativa do levantamento era do requerido, não podendo o juiz ordená-lo oficiosamente ⁽³³⁾.

A nova redacção, ao generalizar a todos os casos a observância do princípio do contraditório, deixou de fazer referência à peti-

⁽³²⁾ Já assim em ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao CPC*, Coimbra, Coimbra Editora, 1946 [1960], III, p. 239, e *CPC anotado cit.*, I, p. 603. A expressão literal deste regime não é muito feliz, porquanto o disposto no art. 162 CSC, expressamente ressalvado pelas disposições dos arts. 276-1-c CPC e 374-3 CPC, acabou por praticamente esvaziar estas normas processuais no que respeita às sociedades, uma vez que o disposto no art. 276-2 CPC, a estender à situação de cisão, *ex vi* art. 120 CSC (ver o meu *CPC anotado cit.*, I, n.º 4 da anotação ao art. 276), já excluía a sua aplicação nos casos de extinção por causa diversa da dissolução.

⁽³³⁾ ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado cit.*, I, p. 645; MOITINHO DE ALMEIDA, *Providências cautelares não especificadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979, p. 64; ac. do STJ de 14.2.95 (MARTINS DA COSTA), *CJ/STJ*, 1995, I, p. 92.

ção do requerido ⁽³⁴⁾ e enfatizou o papel do juiz na determinação da extinção do procedimento e do levantamento da providência ⁽³⁵⁾. Esta mudança de redacção, embora os trabalhos preparatórios revelem que o legislador visou, em primeiro lugar, a generalização do princípio do contraditório ⁽³⁶⁾, inculca que passou a ser *de conhecimento officioso* o fundamento de caducidade, sem prejuízo de se manterem as regras gerais respeitantes à introdução no processo dos factos a ele respeitantes, que têm de ser observadas ⁽³⁷⁾. Assim, nomeadamente, os *factos respeitantes à negligência do art. 389-1-b CPC*, à propositura da nova acção prevista no art. 389-1-d e ao facto extintivo do direito têm de ser *trazidos ao processo pelas partes*, salvos os casos em que o juiz pode deles tomar conhecimento officiosamente (art. 514 CPC).

Há, porém, ainda que ter em conta que os prazos das alíneas a) e b) do art. 389-1 CPC são *prazos de direito substantivo*, aos quais é aplicável o art. 333-2 CC. É que, não obstante serem determinados por lei processual, o seu decurso tem como efeito a cessação da situação jurídica de direito civil decorrente do decretamento da providência. Assim, por exemplo, a *posse* da coisa ou do estabelecimento comercial cautelarmente restituído ao proprietário, ou ao contraente que cedeu o seu uso e fruição, cessa com o levantamento da providência cautelar e esse é um *efeito de direito civil* ⁽³⁸⁾. Ora, segundo o art. 333-2 CC, a caducidade de direito

⁽³⁴⁾ Dizia o art. 383-1 CPC (levantamento sem prévia audiência do requerente): “quando o levantamento seja *requerido* com este fundamento”. E o art. 383-2 CPC (levantamento com prévia audiência do requerente): “*requerido* o levantamento”.

⁽³⁵⁾ Dizia o anterior art. 383-1 CPC: “é a providência levantada”. E o art. 383-2 CPC: “é a providência *declarada* sem efeito e levantada”.

⁽³⁶⁾ Ver o meu *CPC anotado* cit., I, n.º 8 da anotação ao art. 389.

⁽³⁷⁾ Assim também em LOPES DO REGO, *Comentários* cit., I, art. 389, III. Diversamente, sem justificação em TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos* cit., p. 253 (o levantamento deve ser sempre requerido), e com longa ponderação em ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, Coimbra, Almedina, 2004, III, ps. 310-316 (analisando fundamento a fundamento e considerando que uns podem ser conhecidos officiosamente e outros não, *estando neste caso o do art. 389-1-b CPC*).

⁽³⁸⁾ Ver, por exemplo, os acs. do TRL de 12.2.82 (RICARDO DA VELHA), *CJ*, 1982, I, p. 182, e do TRP de 18.1.93 (ALBERTO MALGUEIRO), *BMJ*, 323, p. 443, bem como o art. 622 CC quanto ao arresto. De direito civil é igualmente o prazo, também estabelecido na lei de processo, do art. 847-1 CPC (levantamento da penhora por negligência do exequente em promover os termos da execução: cessam os efeitos civis da penhora). Tal não

civil não é, no campo do direito disponível, de conhecimento oficioso⁽³⁹⁾. Cabendo ao requerido a invocação do fundamento de caducidade do art. 389-1-b CPC, a ele cabe, por isso, *alegar os respectivos factos constitutivos, nomeadamente os que permitem a conclusão sobre a negligência do requerente da providência ao omitir a actuação da qual dependia o prosseguimento do processo*⁽⁴⁰⁾.

O entendimento contrário (também o conhecimento destes fundamentos pode ter lugar oficiosamente) dispensará o requerido

quer dizer que a contagem destes prazos de direito civil não se faça nos termos da lei de processo: a norma do art. 144-4 CPC, embora só preveja os prazos para a propositura de acção (o que historicamente se explica: ver o n.º 5 da anotação ao art. 144 do meu *CPC anotado* cit., II), deve ser analogicamente aplicada aos outros prazos de direito substantivo estabelecidos no CPC. Aquela jurisprudência que viu na alteração introduzida no art. 144-4 CPC, quando da revisão de 1995-1996, a confirmação da natureza *não substantiva* dos prazos de propositura de acção constante da lei de processo (por exemplo, ac. do TRP de 15.4.99, CUSTÓDIO MONTES, *CJ*, II, p. 203) incorre em manifesto equívoco, pois o legislador não quis tomar posição, ainda que literalmente a nova redacção, desgarrada da história do preceito, pareça inculcar exactamente a ideia contrária – a de que, *apesar de serem de direito substantivo*, os prazos de propositura de acções estabelecidos no CPC têm o tratamento dos prazos processuais.

⁽³⁹⁾ Não se trata da caducidade extintiva dum direito não exercido (art. 298-2 CC), mas da *caducidade extintiva numa situação jurídica que não se mantém sem certa actuação do titular*. Compreende-se, aliás, que deva ser deixada na disponibilidade do requerido, que sofre os efeitos da providência, a iniciativa do seu levantamento, em casos (os das alíneas a) e b) do art. 389-1 CPC) em que não é contraditória a sua subsistência (contraditório seria que ela pudesse subsistir nos casos das alíneas c) e e) do art. 389-1 CPC; pouco consentânea com o regime da providência cautelar em face da acção principal, tal como é definido no direito português, seria igualmente a subsistência da providência no caso do art. 389-1-d CPC).

⁽⁴⁰⁾ Este *onus da alegação* não implica necessariamente o *onus da prova* (cf. a minha *Acção declarativa* cit., n.º 14.3.1). A doutrina tradicional, formada quando vigorava o *onus* geral de impulso processual subsequente, é no sentido de o *onus* da prova da negligência do requerente caber ao requerido (ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado* cit., I, ps. 635-636). Defende-o ainda ABRANTES GERALDES, *Temas* cit., III, p. 298 (491). Perfilharam a mesma ideia os acs. do TRL de 21.4.76, ALVES PINTO, *CJ*, II, p. 488, e do TRP de 2.11.99, AFONSO CORREIA, www.dgsi.pt, proc. 9921224. Mas a actual excepcionalidade do *onus* de impulso processual subsequente levará a defender, mediante aproximação da figura da obrigação determinada, que, tal como na responsabilidade obrigacional, a culpa *se presume*. Defendi-o no meu *CPC anotado* cit., n.º 5 da anotação ao art. 389, embora se me possa obstar que a fonte *legal* do *onus*, geral ou especial, difere sempre do negócio jurídico, pelo que é sempre maior a aproximação ao regime da responsabilidade delitual, sem prejuízo de o jogo das presunções judiciais poder levar a algumas conclusões probatórias que sejam *prima facie* contra o requerente da providência.

da alegação dos respectivos factos constitutivos, mas não dispensa que estes constem do processo, ao qual, salvas as excepções do art. 514 CPC, têm de ser trazidos pelas partes (art. 664 CPC), independentemente da questão de saber quem tem o ónus da prova. Nomeadamente, *quando nenhuma das partes tiver alegado os factos em que se estriba a negligência do requerente, a previsão do art. 389-1-b CPC não fica preenchida.*

4. Nem ónus de impulso nem negligência

4.1. No caso concreto, as autoras originárias alegaram a *transformação* duma delas em sociedade anónima, a *fusão* de ambas e a *alteração da denominação social* da sociedade incorporante. Apenas estes factos relevavam para a substituição das autoras pela sociedade incorporante e esta trouxe deles prova, mediante a apresentação de certidão das *escrituras públicas* que os titularam e do respectivo *registo comercial*.

Nos casos em que há lugar ao incidente de habilitação, a decisão judicial sobre esta limita-se a pronunciar-se sobre os factos constitutivos da transmissão, e destes faz *prova plena*, nos termos gerais do art. 370 CC, a certidão da escritura de habilitação (art. 373-1 CPC), de aquisição ou de cessão (art. 376-1-a CPC), não podendo os requeridos, *na contestação*, senão invocar a *falsidade do documento* ou a *invalidade do acto*. Ora o réu expressamente *aceitou a autenticidade dos documentos apresentados* pela autora, cujo valor de prova se tornou assim inatacável, e, quanto à validade do acto de fusão, também nada disse. O que o réu fez foi, na verdade, outra coisa: chamou a terreiro a MOBIL, a aliança comercial estabelecida entre ela e a BP, a cessão de quotas do ano 2000 a favor da BP PORTUGUESA SA e a alteração da denominação sofrida pela BP LUBS ainda quando sociedade por quotas e, misturando tudo com a fusão invocada, pretendeu — e obteve — que o processo parasse até que a autora apresentasse vários *documentos respeitantes a actos anteriores à propositura da acção*, alguns dos quais já objecto de requerimento na contestação, com a vaga justificação de que *lhe poderiam servir para descobrir eventuais nulidades*. Se, no caso, incidente de habilitação houvesse, o réu teria,

deste modo, *extravasado o respectivo objecto, confundindo-o com aquilo com que, na contestação, pretendeu ampliar o objecto da acção* ⁽⁴¹⁾.

Como nem sequer incidente de habilitação há, mais extemporânea e inadequada se mostra ainda a actuação do réu, que apenas podia, em resposta ao requerimento da autora, *impugnar os documentos* que plenamente provavam a alegação por ela feita. Efectivamente, ao afastar no caso o incidente de habilitação, a lei não permite a introdução de qualquer controvérsia sobre a validade do acto de fusão que implique trazer ao processo outros elementos para além dos documentos que a titulam: ao réu apenas é consentido pronunciar-se sobre estes, arguindo-os de *não autênticos, falsos ou insuficientes para a prova do acto*.

O incidente da instância tem um *objecto próprio*, visando a resolução de determinadas questões mais ou menos directamente subordinadas ao objecto do processo e implicando uma sequência anómala de actos processuais ⁽⁴²⁾. *Vícios como a simulação do acto documentado* (que o réu veladamente ameaçou vir a invocar, no seu requerimento de 23.2.04) *podem ser invocados no incidente de habilitação* (art. 376-1-a CPC), *mas não em sede de simples pronúncia sobre documentos apresentados pela parte contrária*.

4.2. Dos documentos cuja apresentação o réu solicitou em 23.2.04, apenas as actas das deliberações sociais das autoras respeitantes à fusão tinham relação com a operação de fusão. Tendo

⁽⁴¹⁾ Em reconvenção, o réu formulou, entre outros, a título principal e com muito pouca clareza, os pedidos de declaração de que o contrato entre ele e a MOBIL foi “tornado impossível” por incumprimento desta, de que não consentiu a cessão definitiva da posição contratual da MOBIL à BP, de que *a cessão de quotas da totalidade do capital social da MOBIL foi simulada, dissimulando a cessão da posição contratual em todos os contratos em que a MOBIL era parte*, e de que ele tinha direito de reter o estabelecimento em garantia do reembolso de alegados investimentos. Intentou assim ampliar o objecto do processo, de modo a nele conseguir a apreciação de vários contratos já celebrados, e foi neste âmbito que requereu a notificação das autoras para que juntassem aos autos “*todos os 13 contratos referidos na petição inicial*” (relativos à aliança entre a MOBIL e a BP: art. 24 PI).

⁽⁴²⁾ CASTRO MENDES, *Limites objectivos do caso julgado*, Lisboa, Ática, 1968, p. 198; SALVADOR DA COSTA, *Os incidentes da instância*, Coimbra, Almedina, 1999, ps. 7-12; LEBRE DE FREITAS, *Introdução cit.*, ps. 13 e 116 (4), e *CPC anotado cit.*, I, n.º 2 da anotação ao art. 96, e II, n.º 1 da anotação ao art. 550.

sido necessariamente apresentadas ao notário que elaborou a escritura, a sua regularidade foi por este examinada e só *no âmbito duma arguição contra a validade do acto*, que o réu não fez nem lhe era consentido fazer, poderiam interessar à questão da fusão; mas não beliscavam de modo algum a força de prova plena das escrituras apresentadas.

Os treze contratos relativos à aliança comercial poderiam ter interesse *no âmbito da apreciação da matéria alegada na contestação*, como, aliás, o réu expressamente afirmou no seu requerimento de 25.3.04; mas nada interessavam aos factos alegados pela autora no requerimento feito na audiência preliminar. O mesmo se diga da escritura de cessão de quotas à BP PORTUGUESA SA e à BP PORTUGUESA LIMITED: essa cessão de quotas, muito anterior, nada tem a ver com a fusão.

Repare-se: *o que estava em causa, em consequência do requerimento da autora, era apenas a substituição no processo da BP LUBS e da BP PORTUGUESA pela BP PORTUGAL*, resultado da fusão daquelas duas; tudo o mais, se alguma pertinência tivesse ⁽⁴³⁾, tê-la-ia perante a BP PORTUGAL nos mesmos exactos termos em que a tinha perante a BP LUBS e a BP PORTUGUESA, pela singela razão de que estas, que não mais existem autonomamente, são agora aquela.

Desta situação se apercebeu o juiz da causa e, no despacho de 31.1.05, dado sobre pedido de aclaração da autora, tal como, mais tarde, no de 22.6.05, qualificou os documentos cuja apresentação se requerera como “*eventualmente pertinentes à boa decisão da causa*”, assim fundamentando a notificação da autora para os apresentar. Não foi, pois, dada cobertura à ideia de que os documentos eram essenciais à pronúncia do tribunal sobre a fusão invocada ⁽⁴⁴⁾, a apreciar mais tarde (“em momento próprio se aprecia-

⁽⁴³⁾ As questões de legitimidade substantiva levantadas pelo réu, centradas nas vicissitudes internas da contraparte contratual, afiguram-se-me demasiado laterais numa acção de apreciação da resolução do contrato e de condenação no pagamento da dívida contraída.

⁽⁴⁴⁾ O próprio réu verdadeiramente não o diz: logo o requerimento de 23.2.04 é expresso em que a sua pretensão “visava a pronúncia *sobre o teor das relações jurídicas* que os documentos apenas formalizam” e que teriam tido início alguns anos atrás. Aliás, a nossa lei processual não se compadece com aquilo que na doutrina alemã se chama *prova*

rão” as “pretensões deduzidas pelo réu”) e a notificação teve como *único fundamento* a (eventual) pertinência dos documentos para a decisão de mérito.

4.3. Podia a autora ter arguido a *nulidade* dos despachos que a mandaram apresentar os documentos sem dar resposta a questões por ela postas, designadamente quanto à não especificação dos factos a provar, em inobservância do art. 528-1 CPC. Podia também ter *recorrido* da decisão que, em vez de mandar prosseguir o processo, visto que os documentos eram pertinentes ao mérito da causa, determinou que ele aguardasse a junção ordenada. Não o fazendo, o despachos transitaram em julgado, mas isso não teve o condão de lhe impor um *ônus de impulso processual* que só a lei podia criar. O juiz da causa continuava livre de a fazer prosseguir em qualquer momento, como, aliás, era seu dever. *Tanto bastava para que não se verificasse o primeiro dos três requisitos do art. 389-1-b CPC.*

Mas, mesmo que esse requisito se verificasse, outro há que, seguramente, não ocorria: a autora não usou de *negligência* ao exceder o prazo de 30 dias sem praticar o acto que o juiz lhe ordenara, pelo que a omissão não lhe era imputável.

Em primeiro lugar, não havia *factos* no processo de onde decorresse a negligência da autora: por um lado, o réu não os alegara e tinha o ónus de o fazer, porquanto a caducidade não era de conhecimento oficioso; por outro lado, mesmo que não tivesse esse

por investigação (Ausforschungsbeweis) e consiste em ser produzida sem a prévia alegação dos factos sobre que incide, por eles serem desconhecidos pela parte que a requer e por isso só poderem resultar da diligência requerida. É, na Alemanha, normalmente tida por inadmissível em processo civil (na prática, a questão tem sido posta limitadamente à acção de divórcio, à acção de alimentos e à investigação de paternidade, fora portanto do direito disponível), em consequência do princípio dispositivo, na vertente relativa aos factos da causa (*Verhandlungsmaxime*), e apenas admitida no contencioso administrativo, embora se afirme a sua pouca relevância prática. Remeto para a breve notícia e para as remissões constantes da minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 596 (1). Se o réu pudesse, no âmbito da resposta ao requerimento da autora, arguir a nulidade da fusão invocada, teria de o ter feito, fundamentadamente, e só depois, para prova dos factos que alegara, requerer a notificação da autora para apresentar documentos em seu poder. *O processo civil português não se confunde com o inquérito em processo penal.*

ónus e o juiz pudesse oficiosamente conhecer da caducidade, os elementos factuais do processo tinham de ser completados, ao nível da alegação, por qualquer das partes, mesmo cabendo à autora o ónus de provar que esses factos (se alegados) não se verificaram.

Em segundo lugar, como se vê pelos documentos apresentados, estes eram muitos e entre eles havia-os qualificados como *confidenciais*, respeitando a acordos de que nem a autora nem as empresas do grupo BP foram as únicas signatárias: o *consentimento da MOBIL* para a apresentação em tribunal de matéria considerada sigilosa era presumivelmente necessário e podia demorar, tanto mais quanto, em violação do art. 528-1 CPC, não tinham sido *especificados os factos* que com os documentos se queria provar. O posterior despacho judicial de 22.6.05, proferido sobre o requerimento da autora de 14.6.05, constitui a demonstração de que se justificava a preocupação da autora, revelada nos seus anteriores requerimentos, com as consequências da apresentação pura e simples dos documentos em causa.

Em terceiro lugar, *não arguindo nulidades nem recorrendo dos despachos judiciais*, a autora poupou muito mais tempo de duração da instância do que aquele que consumiu a preparar a apresentação dos documentos solicitados. E, mais uma vez, o despacho de 22.6.05 mostra que alguma razão tinha a autora para impugnar as decisões anteriores.

Em quarto lugar, a autora era a *principal interessada* em que o processo conhecesse um rápido desfecho, porquanto, além do pedido de entrega do estabelecimento, deduzira pedidos de condenação do réu em quantias contratualmente devidas e em indemnização, e o recebimento (?) de umas e outra dependia da decisão da causa. Veja-se, inclusivamente, que a autora *propôs a acção consideravelmente antes dos 30 dias* que, em alternativa aos 10 dias do art. 389-2 CPC, a lei lhe concedia para a propositura ⁽⁴⁵⁾, o que tão-pouco é indiferente à apreciação do excesso do prazo do art. 389-1-b CPC. E não lhe era exigível que *previsse* que a sua omissão, prolongada durante 90 dias, estava contribuindo significativa-

⁽⁴⁵⁾ Os prazos do art. 389 CPC, n.ºs 1-a e 2, são, quando o requerido não é previamente ouvido, alternativos (ver o meu *CPC anotado*, II, n.º 3 da anotação ao art. 389).

mente para o atraso da decisão final da acção e, portanto para a manutenção da situação provisória decorrente para a requerida da execução da providência cautelar; é que, como a seguir se diz, a ultrapassagem do prazo de 30 dias foi *irrisório* em face da duração da instância até ao momento e, por outro lado, o comportamento do réu estava sendo no sentido de demorar, e não no de apressar, a decisão final.

A negligência da autora em fazer avançar a causa, por muito que tivesse o respectivo ónus, estava, pois, indubitavelmente excluída.

5. O princípio da proporcionalidade na valoração da ultrapassagem do prazo

5.1. Expresso em várias normas constitucionais, entre as quais sobressaem os arts. 18-2, 19-4, 30-5 e 266-2 da Constituição da República Portuguesa, o princípio da proporcionalidade assenta em três vectores: necessidade, *adequação* e *racionalidade*: a intervenção ou decisão exigível para a protecção de certo bem há-de mostrar-se adequada ao *fim da norma* e não pode ir *além* nem ficar *aquém* do que importa para se obter o resultado devido, sob pena de ser *arbitrária* ou *excessiva* ⁽⁴⁶⁾. Indo além dos preceitos que expressamente se lhe referem, o princípio da proporcionalidade é considerado um “princípio normativo concreto da ordem constitucional portuguesa” ⁽⁴⁷⁾, que se impõe na interpretação e na aplicação do direito, *constitucional e ordinário*, e pode levar ao *afasta-*

⁽⁴⁶⁾ JORGE MIRANDA – RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, I, p. 162 (art. 18, XVIII).

⁽⁴⁷⁾ Ac. 456/93 do TC de 12.8.93 (TAVARES DA COSTA), proferido em processo de fiscalização preventiva, no qual se concluiu que determinadas acções de prevenção, previstas no diploma a apreciar, desequilibrariam desrazoavelmente a ponderação meio-fim ínsita na vertente da adequação do princípio da proporcionalidade, violando desproporcionadamente o núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada. Aí se lê que, “na perspectiva da proporcionalidade e vertentes que a compõem (...), a actuação policial opera através de um uso moderado do poder, *desistindo-se do fim proposto sempre que as vantagens não compensem o custo excessivo dos meios*”. Embora em terreno afastado do do caso em análise, o exemplo jurisprudencial serve, porquanto esta fundamentação é constante na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

mento do meio que, normativamente criado para determinado fim, a ele se mostre concretamente inadequado.

A providência cautelar de entrega, às autoras, do estabelecimento cuja exploração a primeira havia cedido ao réu foi decretada para evitar o grave prejuízo decorrente da continuação da sua exploração pelo réu. Este deixara há muito de pagar a remuneração convencionada e o prolongamento da situação, impossibilitando as autoras, apesar da extinção do contrato, de usufruir o posto de abastecimento de combustíveis, apenas agravaria uma dívida que o réu dificilmente viria a pagar. Estavam em causa valores elevados e a restituição do estabelecimento ao réu, em consequência do levantamento da providência, representaria a imposição à autora de *enorme prejuízo financeiro*, tido em conta, nomeadamente, o ritmo de andamento do processo.

A justificar a imposição de tal sacrifício, estaria a paragem do processo durante mais 2 meses do que os 30 dias que a lei consente. Em nome, pois, do prejuízo que o réu sofreria, no pressuposto da sua absolvição do pedido, por ter ficado *mais 2 meses desapossado do estabelecimento*, impor-se-ia à autora, no pressuposto da condenação do réu no pedido, um prejuízo com esse manifestamente incomparável. E isto sem considerar os níveis de solvabilidade da autora e do réu nem o grau de probabilidade de um e outro vencerem o pleito.

Facto é que aqueles dois meses não têm, na economia do processo, *qualquer significado*, e ofenderia gravemente o princípio constitucional da proporcionalidade interpretar a norma de caducidade do art. 389-1-b CPC num sentido que isolasse o excesso de duração da instância por via da omissão negligente do autor da sua *duração total* e, abstraindo desta e das respectivas causas, retirasse daquele excesso as consequências práticas que ficaram referidas. Com isso se iludiria o *fim da norma de caducidade* em causa.

5.2. A acção foi proposta no Tribunal Cível de Lisboa em 5.7.01, mas só *dois anos e seis meses e meio* depois (em 20.1.04) teve lugar a audiência preliminar. O decurso deste longo período é imputável em grande parte ao comportamento processual do réu e em parte ao tribunal.

Na contestação, o réu arguiu a incompetência relativa do tribunal em que a acção fora proposta. Se estivesse interessado em que a acção se resolvesse depressa, não o faria, *mesmo que tivesse razão* ⁽⁴⁸⁾: *primo*, porque Sintra e Lisboa são comarcas próximas; *secundo*, porque, como é do conhecimento dos operadores judiciais, o tribunal de Sintra estava então em situação de quase rotura, enquanto o de Lisboa funcionava bem; *tertio*, porque a decisão do incidente e a remessa do processo para outro tribunal iria atrasar o processo. O tribunal declarou-se incompetente em 24.1.02, mas o TRL revogou a decisão e declarou-o competente em 15.10.02, decorridos mais de *1 ano e 3 meses* sobre a propositura da acção. O réu não podia ignorar que o acórdão da Relação era *irrecorrível* (art. 754-2 CPC) e, no entanto, recorreu para o STJ, com invocação de fundamento cuja *total inviabilidade* também não podia ignorar (art. 383-4 CPC); pior ainda, perante a rejeição do recurso, reclamou para o presidente do STJ, que indeferiu a reclamação em 20.3.03. Entre 15.10.02 e 20.3.03 decorreram *5 meses e 5 dias*, cujo decurso é inteiramente imputável ao réu, que, recorrendo com falta de fundamento que não podia ignorar (art. 456-2-a CPC), protelou, sem fundamento sério, a formação do caso julgado formal sobre a competência (art. 456-2-d CPC).

O tribunal de 1.ª instância designou em 16.5.03 o dia 20.1.04 para a audiência preliminar. Se, por não ter sido arguida a questão da competência territorial, o tivesse feito em 24.1.02, ter-se-ia economizado um atraso (em pura perda) de quase *1 ano e 4 meses*. Este atraso é *inteiramente imputável ao réu*, sendo irrelevante que o tribunal tivesse decidido mal em 1.ª instância: o comportamento subsequente do réu mostra que ele não deixaria de recorrer se a decisão lhe tivesse sido desfavorável, percorrendo na mesma o processo toda a via sacra que efectivamente percorreu. Mas note-se que a audiência preliminar foi marcada para *8 meses* depois.

Entre 20.1.04 e 7.7.05 (data da apresentação dos documentos pela autora) decorreu *1 ano e 5 meses e meio*, o que eleva para *4 anos* a duração dum processo que ainda está longe do despacho saneador.

⁽⁴⁸⁾ Não tinha nenhuma. A decisão do TRL foi correcta, mal se compreendendo que a 1.ª instância tenha decidido como decidiu.

Apresentados em 5.2.04 pela autora os documentos necessários à prova da fusão das duas sociedades, o réu, em vez de, *em conformidade com o determinado na audiência preliminar*, em satisfação do seu próprio pedido ⁽⁴⁹⁾, responder em 23.2.04 à comunicação que a autora nela fizera, possibilitando o prosseguimento da instância, chamou à colação factos alegados na contestação e, pretendendo que a autora apresentasse documentos que só poderiam interessar à matéria da reconvenção e outros que só muito eventualmente poderiam proporcionar uma (nesse momento processual) inadmissível arguição da nulidade do acto já documentado, pediu que o direito de resposta lhe fosse concedido depois da produção dessa “prova por investigação” que a lei não consente (*supra*, nota 43).

Quando a autora se pronunciou, atempadamente, sobre este requerimento, já o juiz da causa tinha, com *violação do princípio do contraditório*, dado um despacho a ordenar a apresentação requerida, o que motivou novo requerimento da autora, em 12.3.04. Este só teve resposta em 20.10.04, pois, entre 22.4.04 e 20.10.04, por um período de 6 meses, o processo esteve concluso ao juiz da causa, cujo breve despacho de 20.10.04 não se pronunciou sobre as questões levantadas pela autora. Pedida a aclaração desse despacho em 17.11.04, a resposta só foi dada em 31.1.05 (*dois meses e meio* depois), sem que todas as questões levantadas tivessem sido respondidas.

Estavam neste momento decorridos *3 anos e quase 7 meses* sobre a propositura da acção, sem que à autora se pudesse ainda pôr a questão de ser imputável qualquer atraso processual.

5.3. A *desproporção* entre a duração da paragem do processo que se põe a questão de saber se é imputável à autora e o restante tempo decorrido desde a propositura da acção é *enorme*. O princípio da proporcionalidade impõe que, na interpretação do art. 389-

⁽⁴⁹⁾ O réu pediu prazo para se pronunciar, mas não expressamente que este prazo contasse só após a apresentação dos documentos solicitados. No entanto, o despacho judicial proferido sobre o requerimento respeita o espírito deste, podendo entender-se que era implícita a pretensão de que o prazo para a resposta contasse desde o momento do conhecimento, pelo réu, dos documentos solicitados.

-1-b CPC, no que concerne ao segundo dos seus requisitos (e com reflexos no terceiro), bem como na sua consequente aplicação ao caso concreto, se considere a *medida do contributo do período da omissão do acto da parte para a demora do processo*, de tal modo que, sendo esse contributo *proporcionalmente insignificante*, se entenda que ele *não preenche o requisito em causa* ⁽⁵⁰⁾.

Efectivamente, a norma do art. 389-1-b CPC tem como razão de ser evitar que o autor, obtida a providência cautelar, proteja a situação provisória por ele definida ao demorar *desrazoavelmente* a acção, uma vez que há o risco de o julgamento da causa poder vir a revelar que o direito material, com base no qual a providência foi decretada, afinal não existe. No campo do direito disponível, é a consideração do interesse do réu que explica a norma, a qual pressupõe que, uma vez garantido o direito do autor pela providência decretada, o réu passa a ser o *principal interessado na decisão definitiva*. “O ónus da diligência na prossecução dos termos da acção é o complemento material e lógico do ónus da proposição” e ambos visam evitar que, através da sua inércia, o autor *frustre o propósito da lei* de conseguir o mais depressa possível um julgamento definitivo, não vá acontecer que o réu “esteja a ser vítima dum procedimento injusto” ⁽⁵¹⁾.

A interpretação e a aplicação *racionais* da lei implicam, por conseguinte, que a providência cautelar decretada não seja levantada quando, não obstante o autor ter excedido o prazo de 30 dias do art. 389-1-b CPC, o consequente atraso do processo não tenha, em concreto, relevância prática significativa. Só assim o princípio da proporcionalidade, a observar na valoração dos *dois direitos fundamentais em conflito* ⁽⁵²⁾ (o do autor no acautelamento do seu direito; o do réu em não ser excessivamente onerado com esse acautelamento), é respeitado na interpretação e aplicação da norma ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Noutra perspectiva possível, essa consideração de proporcionalidade respeitaria apenas ao terceiro requisito (a negligência da parte). O resultado prático é idêntico.

⁽⁵¹⁾ ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado* cit., I, p. 633.

⁽⁵²⁾ Ver o art. 18-2 da Constituição da República.

⁽⁵³⁾ O princípio da proporcionalidade aflora em outros pontos do regime dos procedimentos cautelares. Assim, por exemplo: o juiz deve oficiosamente decretar a medida

III. O ABUSO DE DIREITO

As considerações acabadas de fazer apontam já no sentido de que, a terem-se por verificados os três requisitos da norma do art. 389-1-b CPC, o direito do réu a requerer o levantamento da providência cautelar não poderia, no caso concreto, ser exercido, por tal representar um inadmissível abuso de direito: *o comportamento do réu ao longo da acção principal tem sido no sentido, não de conseguir uma decisão definitiva rápida, mas sim de atrasar a pronúncia dessa decisão.*

É ilegítimo o exercício do direito que “exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou económico desse direito” (art. 334 CC). Consagra-se assim na nossa lei uma concepção *objectiva* do abuso do direito, segundo a qual o direito subjectivo é reconhecido em vista de certos *valores* e o seu exercício deles não se pode afastar de modo tal que *manifestamente* exceda os limites por eles impostos; designadamente, quando outrem é prejudicado pelo exercício do direito, há que atender à relação existente entre as *vantagens* que o titular visa assegurar para si e os *sacrifícios* que dele resultam para o outro e que verificar se há uma *manifesta desproporção* entre estes dois elementos, em desfavor do segundo⁽⁵⁴⁾. Fundada num argumento de maioria de razão, a doutrina sustenta que o campo de aplicação do abuso de direito se alarga, não só a outras situações jurídicas subjectivas (*poderes, faculdades, poderes-deveres* ou *meras liberdades de agir*), mas também a qualquer comportamento

que julgue mais adequada (art. 392-3 CPC); a providência cautelar não especificada pode ser recusada quando o prejuízo dela decorrente para o requerido exceda consideravelmente o dano que o requerente pretende evitar (art. 387-2 CPC); a providência decretada pode, em regra, ser substituída por caução idónea (art. 387-3 CPC).

⁽⁵⁴⁾ CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil*, AAFDL, 1979, II, ps. 109 e 112; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, Universidade Católica Editora, 2007, II, ps. 623-624. O requisito do excesso *manifesto* do limite mostra que não há no nosso sistema jurídico “uma estrita funcionalização dos direitos”, pressupondo o abuso que a contrariedade entre o exercício do direito e a sua função é *considerável* (CARLOS ALBERTO MOTA PINTO – ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – PAULO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 181).

inversão do ónus da prova dos factos que a parte contrária tenha especificado que com ele pretendia provar (art. 529 CPC).

8. O não cumprimento do art. 523-1 CPC (apresentação com o articulado) ou do art. 528 CPC (apresentação dentro do prazo designado) não é, pois, causa de suspensão do processo, que não deve ficar parado a aguardar a apresentação, não tendo a parte o ónus de impulso processual subsequente e mantendo o juiz o dever de promover, não obstante a omissão verificada, o prosseguimento do processo, nos termos do art. 265-1 CPC.

9. Deste regime só diverge o do documento essencial, que tem de ser apresentado antes do despacho saneador (art. 508-2 CPC), por lei especial determinar que dele depende o prosseguimento da causa ou por respeitar à verificação dum pressuposto processual ou duma situação jurídica que constitui pressuposto daquela que a parte quer fazer valer em juízo.

10. No caso concreto, o juiz mandou notificar a autora para apresentar documentos, a requerimento da parte contrária e com fundamento, como foi esclarecido no despacho de 31.1.05 e confirmado no de 22.6.05, na sua eventual pertinência para a boa decisão da causa.

11. Não se tratava, portanto, de qualquer documento essencial, para o efeito do art. 508-2 CPC, mas de documentos eventualmente pertinentes à prova das situações jurídicas fundamentais que constituíam objecto do processo, isto é, de documentos que a autora podia apresentar até ao final da discussão de facto em 1.^a instância, com eventual sujeição, se não o fizesse, às consequências cominadas no art. 519-2 CPC (multa, livre apreciação do comportamento omissivo, inversão do ónus da prova, apreensão), *ex vi* art. 529 CPC.

12. Aliás, a apresentação de treze desses documentos havia sido já requerida pelo réu na contestação, por, segundo ele, respeitarem ao mérito da causa, e outro (relativo a uma cessão de quotas) respeitava igualmente a factos alegados nos articulados, nada tendo a ver com a invocação, pela autora, duma operação de fusão na audiência preliminar.

13. A fusão de sociedade parte no processo não dá lugar ao incidente de habilitação, pelo que, uma vez invocada, só há que apresentar certidão da escritura e, quando muito, do registo comercial; não sendo aí consentida a impugnação da validade do acto a não ser por vício ou insuficiência formal, não tinha tão-pouco qualquer relevância para a verificação da fusão o conhecimento das actas das deliberações sociais indispensáveis à feitura da escritura.

14. O réu tinha, pois, todos os elementos para responder ao requerido pela autora na audiência preliminar e nem sequer estava verificado o requisito de que a lei faz depender a notificação da parte contrária para a apresentação de documentos (a prévia alegação dos factos a provar), por não ser consentido, em processo civil, inquérito ou investigação de factos não alegados.

15. Por todas estas razões, a autora não tinha o ónus de impulso processual subsequente e só por os documentos poderem ter interesse para o mérito da causa é que o juiz da causa ordenou a apresentação.

16. Tão-pouco se verificava o requisito da negligência: não foram alegados os factos que a constituiriam; entre os documentos pretendidos, havia matéria confidencial que envolvia terceiros, exigindo tempo para preparar a apresentação; não recorrendo dos despachos proferidos nem arguindo a sua nulidade, a autora diligenciou pelo prosseguimento do processo, tal como tinha diligenciado pela sua rápida instauração, ao propor a acção 7 dias antes dos 30 que a lei lhe consentia; a autora era a principal interessada na decisão da causa, que apreciaria outros pedidos por ela deduzidos além do de entrega do estabelecimento (e cujo conhecimento o réu manifestava ter interesse em protelar).

17. A apreciação do segundo requisito (o excesso do prazo de 30 dias) não podia prescindir da verificação do contributo da demora para o atraso na decisão da causa, por imposição do princípio constitucional da proporcionalidade.

18. Durando a instância há 4 anos à data da apresentação dos documentos pela autora, os 2 meses em que ela teria excedido os 30 dias do art. 389-1-b CPC não tinham contribuição significativa para o atraso na decisão da causa.

19. Em compensação, o considerável prejuízo que a autora sofreria com o levantamento da providência, no pressuposto de que venceria a acção, era manifestamente muito superior ao irrisório prejuízo que o réu, no pressuposto de que a ganhasse, teria com o decurso desses 2 meses.

20. Perante os dois (eventuais) direitos em conflito, o art. 18-2 da Constituição impunha assim a paralisação do efeito da caducidade da providência, pois a norma do art. 389-1-b CPC tem como razão de ser evitar que o autor, obtida a providência cautelar, proteja a situação provisória por ela definida, ao demorar desrazoavelmente a acção, e ofenderia o princípio constitucional da proporcionalidade uma interpretação rígida segundo a qual a consequência cominatória da caducidade se verifica, com os consequentes prejuízos para o autor, quando o atraso a este devido não tenha, no âmbito do processo concreto, relevância prática significativa.

21. Mas, se os três requisitos do art. 389-1-b CPC estivessem verificados, a contribuição do réu para os atrasos do processo (*maxime*, mediante a arguição de incompetência territorial manifestamente inexistente e levada a instâncias em que o recurso era manifestamente inadmissível, o que consumiu 1 ano e 4 meses em pura inutilidade, bem como mediante a pretensão de apresentação imediata de documentos que a autora podia apresentar até ao fim da discussão da causa) configuraria abuso do direito de requerer o levantamento da providência cautelar, por extravasar o fim (de celeridade do processo) que subjaz à norma de caducidade.

22. Efectivamente, a invocação, pelo réu, da caducidade da providência cautelar não era consequência da violação do seu interesse em que a acção rapidamente fosse resolvida, uma vez que o seu comportamento processual era antes no sentido de atrasar essa solução: o abuso do direito processual do réu impediria sempre o efeito de caducidade do art. 389-1-b CPC.

23. Certa foi, pois, a decisão comentada.